

MALA CAPTUS, BENE DETENTUS. **LEGALIZACIÓN DE LAS DETENCIONES** **ARBITRARIAS EN VENEZUELA**

PROF. FERNANDO M. FERNÁNDEZ

SUMARIO

I. Introducción y antecedentes. II. Sentencia 857 de la SCTSJ y sus implicaciones. III. El delito común de privación ilegítima de libertad personal. IV. Conclusiones. V. Bibliografía citada

RESUMEN

En este breve artículo se analiza la reciente sentencia 857 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en la que se establece que la privación ilegítima de la libertad o detención arbitraria producida por agentes policiales cesa cuando el Tribunal de Control así lo decide durante la audiencia de presentación, con lo cual dejan de aplicarse la garantía constitucional, el Código Penal y el Código de Ética y Disciplina de los y las Jueces venezolanos. De esa forma, se inserta la premisa del derecho penal internacional *mala captus, bene detentus*, totalmente incompatible con el derecho constitucional y penal internos. También se examinan los efectos jurídicos del posible crimen de encarcelación en concordancia con el de persecución tipificados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, bajo investigación del Fiscal ante dicho Tribunal en la situación I de Venezuela, los cuales han sido determinados por la Misión Independiente de Naciones Unidas de Determinación de los Hechos.

PALABRAS CLAVE

Mala captus, bene detentus, encarcelación, detención arbitraria, privación ilegítima de libertad, revolución judicial, enemigo.

ABSTRACT

This brief article analyzes the recent sentence 857 of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice of Venezuela, which establishes that the illegitimate deprivation of liberty or arbitrary detention produced by police agents ceases when the Court of Control so decides. during the presentation hearing, with which the constitutional guarantee, the Penal Code and the Code of Ethics and Discipline of Venezuelan Judges cease to apply. In this way, the premise of international criminal law *mala captus, bene detentus* is inserted, totally incompatible with internal constitutional and criminal law. The legal effects of the possible crime of imprisonment in accordance with that of persecution typified in the Rome Statute of the International Criminal Court are also examined, under investigation by the Prosecutor before said Court in situation I of Venezuela, which have been determined by the United Nations Independent Fact-Finding Mission.

KEYWORDS

Mala captus, bene detentus, imprisonment, arbitrary detention, unlawful deprivation of liberty, judicial revolution, enemy.

ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CEDJV	Código de Ética de los Jueces y Juezas (<i>sic</i>) de Venezuela
COPENAL	Código Penal
COPP	Código Orgánico Procesal Penal
CRBV	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
ERCPI	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional
PDCP	Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos
SCPTSJ	Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia
SCTAJ	Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia
SPTSJ	Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia

I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES

En Venezuela se ha instaurado la práctica judicial de la llamada “mala captura, buena detención” o *mala captus, bene detentus*, una controversial e interesante doctrina del derecho penal internacional (Paulussen 2012),¹ la cual ha permitido aprehender a sospechosos en otros países de forma irregular y, luego, ser legalizada la detención en sede local.

El caso histórico más citado es el de Adolf Eichmann (Mohit, 200)² quien fue secuestrado³ en Argentina y, posteriormente, juzgado en Israel, (Arendt, 1963)⁴ mediante el ejercicio de la jurisdicción universal y el principio de no impunidad de los peores hechos punibles contra la humanidad. La figura de la *mala captus, bene detentus* ha sido una práctica alternativa usada en caso de fugitivos de la justicia por graves crímenes cuando no funcionare la extradición y la cooperación penal internacional en la ejecución del principio extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*). Se trata de una excepción especialísima por su conflicto con normas de derechos humanos (Villagran, 1996)⁵

¹ C.Y.M. Paulssen, *Male Captus Bene Detentus? Surrendering suspects to the International Criminal Court*. Intersentia. Disponible en: https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/1273457/Paulussen_Male_24-09-2010_emb_tot_24-09-12.pdf. Consultado en fecha 22 de diciembre de 2022.

² Abraham Mohit, *El derecho consuetudinario de las sustracciones internacionales: Límites y fronteras. Anuario Asiático de Derecho Internacional*, Volumen 11 (2003-2004). Disponible en: <https://brill.com/display/book/edcoll/9789047418306/BP000006.xml>. Consultado el 21 de diciembre de 2022.

³ Yadavshem, *El juicio contra Eichmann “Conmigo están seis millones de acusadores”*. Disponible en: <https://www.yadavshem.org/yv/es/exhibitions/eichmann/index.asp>. Consultado el 18 d diciembre de 2022.

⁴ Hannah Arendt, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio acerca de la banalidad del mal*. Editorial Lumen, S. A., 1999.

⁵ Francisco Villagran, “¡Mala captus, bene detentus! El secuestro y la extradición irregular a la luz de los derechos humanos y del derecho internacional”, *Revista del Instituto Intera-*

y el respeto a la soberanía de los Estados. Así las cosas, la noción *mala captus, bene detentus* no puede ser aplicada en casos de delitos comunes en el propio país.

Se puede afirmar que, en Venezuela, las detenciones arbitrarias forman parte de una política judicial y constituyen un patrón institucionalizado y crónico que permite ejecutar políticas de persecución, mediante la supresión de los derechos humanos fundamentales a la libertad personal, a un juicio justo, al debido proceso, a la presunción de inocencia y al acceso a la justicia de cualquiera que sea identificado, etiquetado o percibido como enemigo, bien porque sea un opositor político, un disidente que se apartó de las ideología política oficialista o, simplemente, un tercero que sea percibido como tal. Se trata de una presunción de culpabilidad, *a priori*, de todo aquel que hubiere sido estigmatizado⁶ rotulado o divisado como enemigo (Fernández, 2019).⁷

En los últimos días se ha producido un hecho que confirma el problema de la falta de voluntad e incapacidad del Poder Judicial venezolano para poder investigar los hechos y enjuiciar a los posibles máximos responsables de las atrocidades según los estándares del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (de ahora en adelante, “ERCPI”). Asimismo, se trata de la privación intencional y grave de los derechos humanos fundamentales a la presunción de inocencia, a un juicio justo, a la defensa en juicio y el acceso a la justicia, previstos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (de ahora en adelante, “PIDCP”) y la Convención Americana de Derechos Humanos (de ahora en adelante, “CADH”).

En otras palabras, se trata del establecimiento por vía jurisprudencial, de la política judicial “mala captura, buena detención” o *mala captus, bene detentus*, una polémica doctrina del derecho penal

americano de Derechos Humanos, N.º 23 Enero-Junio de 1996. pp. 11-43. Disponible en: <https://dspace.iidh-jurisprudencia.ac.cr/server/api/core/bitstreams/83b9634b-7b3e-434e-b597-2404545b0a14/content> . Consultado el 21/12/2022.

⁶ Amnistía Internacional, *Venezuela: Represión calculada: Correlación entre las estigmatizaciones y las detenciones arbitrarias por motivos políticos*. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/documents/amr53/5133/2022/es/> . Consultado el 21 de diciembre de 2022.

⁷ Fernando M. Fernandez, *Todo enemigo se presume culpable*. Disponible en: <https://provea.org/publicaciones/investigaciones/investigacion-especial-todo-enemigo-se-presume-culpable/> .

internacional consuetudinario que justifica el secuestro en el extranjero de algún fugitivo de la justicia por graves crímenes y su posterior convalidación por un tribunal local. La introducción jurisprudencia de esta figura permite que se pueda detener arbitrariamente a cualquier ciudadano y que, luego, será legalizada dicha aprehensión injusta por el Juez de Control de la constitucionalidad y sus garantías, con lo cual se incumplen las garantías y se violan los derechos humanos de la presunción de inocencia, a la defensa y el debido proceso.

Con esta sentencia se elimina la naturaleza y la esencia del Juez de Control consagrado en la Constitución y el COPP y, en su lugar, se instaure la convalidación y legitimación forzada en sede jurisdiccional de un ilícito procesal que viola derechos humanos de los detenidos, lo cual es una amenaza para todos los ciudadanos y un quiebre del Estado de Derecho y la seguridad jurídica que supedita al Poder Judicial y al Ministerio Público a las determinaciones de los policías. En otras palabras, quien decide, dispone y manda en la justicia penal en materia de detenciones es el Poder Ejecutivo: los otros poderes se someten a su designio.

No solo se viola el principio constitucional sino, también, el de convencionalidad, al certificar automáticamente la privación de libertad de cualquier persona sin cumplir los extremos del artículo 9 del PIDCP y el artículo 7 de la CADH, como se verá más adelante.

La novedad jurisprudencial que aquí se examina es una reciente sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (de ahora en adelante, “SCTSJ”), la cual confirma el patrón de sistematicidad del ataque a una población civil del crimen de lesa humanidad de encarcelación.

El artículo 7) 1) e) del ERCPI dice así:

“A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: ... e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional”.

Asimismo, el ERCPI también tipifica el crimen de persecución así:

Artículo 7) 1) h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte... Artículo 7) 2) g) A los efectos del párrafo 1: ... Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad...”

En fecha 27/10/2022 se produjo la sentencia número 857 en el expediente # 21-0174 (de ahora en adelante la “Sentencia 857”)⁸ con ponencia de la Magistrada MICHEL ADRIANA VELÁSQUEZ GRILLET, quien sustituyó al Magistrado Calixto Ortega, en la cual se decidió que un caso de amparo constitucional contra una sentencia de la Corte de Apelaciones del estado Nueva Esparta en la que se había confirmado una detención arbitraria sin orden judicial, ni existir las condición de flagrancia en la que, además, el procesado fue presentado tres (3) días después de haberse producido la aprehensión inconstitucional e ilegal ante el Tribunal de Control.

Esta situación se repite, a pesar de la reforma del Código Orgánico Procesal Penal (de ahora en adelante “COPP”)⁹ de 2021 durante la llamada “revolución judicial”¹⁰ que fue realizada como una forma de hacer ver que el Estado venezolano tenía la disposición y la voluntad

⁸ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, *Sentencia N.º 857 del 27 de octubre del 2022*. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/320239-0857-271022-2022-21-0174.HTML> , consultado en fecha 19 de diciembre de 2022.

⁹ Venezuela. *Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal*. Publicada en Gaceta Oficial N.º 6.664 Extraordinario de fecha 17 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://pandectasdigital.blogspot.com/2021/09/codigo-organico-procesal-penal.html>

¹⁰ Asamblea Nacional, *Instalada Comisión Especial para la Reforma del Sistema Judicial*. Disponible en: <https://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/instalada-comision-especial-para-la-reforma-del-sistema-judicial> . Consultado el 19 de diciembre de 2022.

de investigar y castigar las graves violaciones de derechos humanos y crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional bajo investigación de la Oficina del Fiscal ante la Corte Penal Internacional (de ahora en adelante “OFCPI”).¹¹ Esta investigación corresponde al examen preliminar abierto en 2018 por la Fiscal Bensouda¹² e incluía, desde entonces, la determinación de los crímenes de encarcelación y persecución antes indicados.

Venezuela es un Estado parte de dicho instrumento y cuenta con la correspondiente Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹³ y, en consecuencia, está sometida internacionalmente a la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional, tal como lo dispone su Artículo Único, que dice: “Se aprueba en todas sus partes y para que surta efectos internacionales en cuanto a Venezuela se refiere, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, concluido en la ciudad de Roma, Italia el 17 de Julio de 1998.”

II. SENTENCIA 857 DE LA SCTSJ Y SUS IMPLICACIONES

La sentencia 857 no es vinculante, pero evidencia una política judicial en forma de jurisprudencia y remarca un patrón violatorio de derechos humanos, tal como lo calificó el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria para el caso de Antonio Ledezma,¹⁴ en la práctica recurrente desde el año 2001 cuando se dictó

¹¹ Corte Penal Internacional, *Declaración del Fiscal ante la Corte Penal Internacional Sr. Karim Khan, sobre la apertura de una investigación en la Situación I de Venezuela*. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/news/icc-prosecutor-mr-karim-aa-khan-qc-opens-investigation-situation-venezuela-and-concludes> ; y <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-02/18-18> . consultado en fecha 19 de diciembre de 2022.

¹² Corte Penal Internacional, *Declaración de la Fiscal ante la Corte Penal Internacional, Señora Fatou Bensouda sobre la apertura de un examen preliminar en la Situación I de Venezuela*. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/2018-otp-rep-PE-Venezuela.pdf> . consultado en fecha 19 de diciembre de 2022.

¹³ Venezuela. Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Publicada en Gaceta Oficial N.º 5.507 Extraordinario de fecha 13 de diciembre de 2000. Disponible en: <https://pandectasdigital.blogspot.com/2017/03/estatuto-de-roma-de-la-corte-penal.html> consultado en fecha 19 de diciembre de 2022.

¹⁴ Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las naciones Unidas, *Comunicación dirigida al Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela el 11 de mayo de 2015 Relativa a Sr. Antonio José Ledezma*

la sentencia 526/01 cuyo ponente fue el Magistrado Iván Rincón,¹⁵ mediante la cual las actuaciones inconstitucionales y delictivas perpetradas por la policía durante una detención arbitraria se convalidan con la aquiescencia de los Tribunales de Control, de las Cortes de Apelaciones y la SCTSJ. La Misión Independiente de Determinación de los Hechos en Venezuela (de ahora en adelante “MIDH”)¹⁶ determinó que la sentencia 526/01 constituye la base jurisprudencial de una irregularidad grave cometida por los Tribunales de Control y Cortes de Apelaciones con grave afectación a los derechos humanos de los encarcelados arbitrariamente. Así como también, denota la falta de independencia del Poder Judicial.

El patrón y su sistematicidad de los ataques a una población civil, lo cual conforma la política judicial, queda evidenciado en que no es la primera vez que se realiza tal convalidación por la SCTSJ. En efecto, ante la negativa de una acción de nulidad por inconstitucionalidad de una detención arbitraria, en fecha 05 de octubre de 2012, a escasos meses de haberse dictado mediante Decreto Ley la penúltima reforma del COPP,¹⁷ con ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán.¹⁸ En dicha sentencia se cita textualmente la sentencia de la Sala de Casación Penal del TSJ (de ahora en adelante “SCPTSJ”) con el voto salvado de la Magistrada Blanca Rosa Mármol de León, en la

Díaz. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Detention/Opinions2015AUV/Opinion_2015_27_Venezuela_D%C3%ADaz_AUV.pdf . consultado en fecha 19 de diciembre de 2022.

¹⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, *Sentencia N.º 526/01 de fecha 09 de abril de 2001*. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/526-090401-00-2294.HTM> , consultado en fecha 19 de diciembre de 2022.

¹⁶ Misión Independiente de Determinación de los Hechos en Venezuela del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las naciones Unidas, *Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A-HRC-48-CRP.5_SP.pdf , consultado el 19 de diciembre de 2022.

¹⁷ Venezuela. *Decreto N.º 9.042 de fecha 12 de junio de 2012, con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Procesal Penal*, publicado en la Gaceta Oficial N.º 6.078 Extraordinario de fecha 15 de junio de 2012. Disponible en: <https://pandectasdigital.blogspot.com/2017/02/codigo-organico-procesal-penal.html> , consultado el 19 de diciembre de 2022.

¹⁸ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, *Sentencia 1299 de fecha 05 de octubre de 2012*. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Octubre/1299-51012-2012-12-0108.html> ; consultado el 19 de diciembre de 2019.

cual se formaliza la negativa del recurso extraordinario y excepcional de avocamiento para resolver el grave y escandaloso desorden procesal iniciado con la detención arbitraria de un ciudadano.

Lo más llamativo es que no se conoce que haya habido procedimientos disciplinarios derivados de esa ilicitud, según el Código de Ética y Disciplina del Juez Venezolano o Jueza Venezolana (de ahora en adelante “CEDJV”),¹⁹ contra los jueces que hubieren convalidado las detenciones arbitrarias, sobre todo, por la notoriedad de la norma constitucional y del tipo penal sobre tales actos abusivos en perjuicio del de las víctimas en lo que se viole el bien jurídico de la libertad personal. Tales decisiones deberían ser consideradas como errores inexcusables, ante un organismo independiente en lo disciplinario y de control ético.

Dice así el CEDJV:

“Causales de destitución. Artículo 29. Son causales de destitución: ... Incurrir en error Inexcusable por ignorancia de la Constitución de la República, del derecho o del ordenamiento jurídico, declarado así por alguna de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia que conozca de la causa.” Pero, obviamente, tanto la SCTSJ como la SCPTSJ han convalidado sistemáticamente lo que son claras y obvias decisiones inconstitucionales.

El Juez de Control fue concebido en el COPP como un magistrado de garantías que tiene como función primordial verificar la constitucionalidad y legalidad de las actuaciones del Ministerio Público y los organismos policiales (Fernández, 1999).²⁰ Pero, por causa de esta interpretación de la SCTSJ reiterada en esta sentencia *in commento*, se ha convertido en un patrón cuyo *modus operandi* se repite y consolida como una política de Estado institucionalizada.

¹⁹ Venezuela, *Código de Ética y Disciplina del Juez Venezolano o Jueza Venezolana*. Publicado en Gaceta Oficial N.º 6.207 Extraordinario de fecha 28 de diciembre de 2015. Disponible en <https://www.asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/leyes/codigo-de-etica-del-juez-venezolano-y-jueza-venezolana-20211025153802.pdf> . Consultado el 19 de diciembre de 2022.

²⁰ Fernando M. Fernandez, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial McGraw-Hill. Caracas, 1999. pp. 184-185.

III. EL DELITO COMÚN DE PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LIBERTAD PERSONAL

La sentencia 857, además, permite la exoneración de un delito común llamado “privación ilegítima de libertad personal” con lo cual se judicializa la impunidad *de iure et facto* del hecho punible. Esto es, sienta la base jurisprudencial de una política, aun cuando no sea vinculante, para detener arbitrariamente a cualquier persona sin cumplir la CRBV ni las normas procesales del COPP, fortalecidas y reiteradas en 2021 en el marco de la cacareada revolución judicial.²¹ También, confirma la política fijada en la sentencia 526/01 de la SCTSJ.

Además, la sentencia 857 confirma la tendencia de legitimar el crimen de encarcelación, producto de las actuaciones irregulares de los organismos policiales que realizan detenciones arbitrarias y los Jueces de Control, en lugar de anular dichas actuaciones y procesar a los funcionarios por cometer el delito de privación ilegítima de la libertad tipificado en el artículo 176 del Código Penal, la confirman. También se patentiza la inacción de los Fiscales del Ministerio Público.

Análisis del delito de privación ilegítima de libertad

Articulado del COPENAL ²²	Comentarios
Artículo 176 El funcionario público que con abuso de sus funciones o quebrantando las condiciones o las formalidades prescritas por la ley, privare de la libertad a alguna	Este artículo estuvo numerado como 177, pero fue cambiada la numeración en la reforma del COPENAL de 2005, con lo cual se incumplió con la técnica legislativa (Fernández, 2012). ²³

²¹ Consejo de Estado, *Presidente Maduro anuncia Comisión Especial para conducción de una Revolución en el Sistema de Justicia*. Disponible en: <https://www.sunaval.gob.ve/2021/06/22/consejo-de-estado-presidente-maduro-anuncia-comision-especial-para-conduccion-de-una-revolucion-en-el-sistema-de-justicia/>. Consultado en fecha 22 de diciembre de 2022.

²² Venezuela, *Ley de Reforma Parcial del Código Penal*, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 5.763 Extraordinario, de fecha 16 de marzo de 2005, reimpresa en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 5.768 Extraordinario de fecha 13 de abril de 2005. Disponible en: <https://pandectasdigital.blogspot.com/2017/02/codigo-penal.html>. Consultado el 19 de diciembre de 2022.

²³ “... La técnica legislativa aconseja, en estos casos, no rodar los artículos, en su lugar, anotar cuales son los artículos derogados o anulados y proseguir con la numeración. Ello ayuda a

persona será castigado con prisión de cuarenta y cinco días a tres y medio años; y si el delito se ha cometido con alguna de las circunstancias indicadas en el primero y segundo apartes del artículo precedente, la prisión será de tres a cinco años.

En el caso previsto en el último aparte del artículo 174, la pena será de diez meses a dos años y medio.

Acción: Es un delito de acción pública. Procede la apertura de la investigación por denuncia de la víctima o de oficio.

Toca al Fiscal del Ministerio Público, como director de la investigación, ser el primero en conocer de la actuación delictiva del funcionario, cuando el organismo policial le informa de la detención. Allí pueden producirse dos situaciones, a saber: (i) la aprehensión por delito flagrante permanente;²⁴ y (ii) la iniciación de una investigación de oficio por el delito del cual ha tenido noticia.

El llamado delito “flagrante permanente” es una interpretación jurisprudencial derivada de la doctrina del Ministerio Público que confunde el concepto de detención en situación de flagrancia hasta llevarlo a posibles hechos punibles que no son inmediatos e instantáneos, sino que se reiteran en el tiempo.

De no procesarse actuación alguna por parte del Fiscal del Ministerio Público, toca al Tribunal de Control, durante la audiencia de presentación, ejercerla mediante (i) la aprehensión por delito flagrante permanente; (ii) ordenar al Fiscal del Ministerio Público la correspondiente apertura; y (iii) el pase a otro tribunal para que conozca del caso y se realicen las diligencias procesales pertinentes.

Gravedad del delito: Se trata de un delito leve, cuyo bien jurídico es la libertad

los operadores de justicia, a los doctrinarios y a los estudiantes a seguir la numeración, sin errores.” En: Fernando M. Fernández, *Código Penal. Comentarios a la reforma parcial del Código Penal de 2005, 2ª edición*, Editorial LIVROSCA, Caracas, 2012. p. LIII.

²⁴ Sala Plena del Tribunal Suprema de Justicia: TSJ ESTABLECE QUE FREDDY GUEVARA DEBERÁ SER JUZGADO POR TRIBUNALES PENALES ORDINARIOS. Disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/-/tsj-establece-que-freddy-guevara-debera-ser-juzgado-por-tribunales-penales-ordinarios> ; Ver sentencia completa disponible en: <https://vlexvenezuela.com/vid/sentencia-n-69-tribunal-825474713> . Consultado el 21 de diciembre de 2022.

personal. Ello es así, debido al anacronismo del Código Penal en materia de tutela de la libertad personal y los derechos humanos y a la ausencia de implementación del ERCPI.

Consumación del delito: El delito se consuma en el momento en que los funcionarios policiales detienen a la víctima sin cumplir las condiciones y formalidades constitucionales y legales, es decir, sin orden judicial ni estar bajo las circunstancias de la flagrancia. Bajo la interpretación que ha dado la SCTSJ se podría considerar como delito permanente.

Flagrancia: El Fiscal del Ministerio Público tiene la inmediación frente al hecho punible cuando los funcionarios le informen de la detención sin haber cumplido las formalidades constitucionales y procesales. También el Tribunal de Control puede apreciar el delito flagrante cuando los funcionarios presentan ante un Tribunal de Control al detenido arbitrariamente.

Sujeto activo: cualquier funcionario público que tenga entre sus funciones la aprehensión de supuestos delincuentes. Se entiende que debe ser un funcionario policial u otro en funciones policiales.

Víctima: cualquier persona.

Conducta punible: El comportamiento proscrito por el tipo penal es la privación ilegítima de la libertad de un ciudadano o detención arbitraria, abusando de las funciones policiales o que se quebranten las condiciones o formalidades prescritas por la ley. En este caso, se trata de las formalidades del artículo 44 de la CRBV que dice así: “Artículo 44. La libertad personal es inviolable, en consecuencia:
1. Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in

fraganti. En este caso será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso.

La constitución de caución exigida por la ley para conceder la libertad del detenido no causará impuesto alguno.”

La DUDH consagra esto: “Artículo 9. Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

De su parte, el PIDCP dice así: “Artículo 9. 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta...”

Asimismo, la CADH dispone lo siguiente: “Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios...”

Pena: 45 días a 3 años y 6 meses

Agravantes: las establecidas en los apartes 1º y 2º del artículo 175 *ejusdem*.

Efectos de la violación a la Constitución: La CRBV es mandatoria e inequívoca en cuanto a que se debe anular todo acto abusivo que cometa cualquier agente del Poder Público. Dice así la Constitución: “Artículo 25. Todo acto dictado en

ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.” (Subrayado del autor)

Efectos procesales de la detención arbitraria: La reforma del COPP en 2021, la cual incorporó el 2º párrafo de su texto, es categórica al señalar las consecuencias procesales de nulidad absoluta una detención arbitraria de esta forma:

“Artículo 7. Se modifica el artículo 175 quedando la redacción en los términos siguientes: Nulidades Absolutas

Artículo 175. Serán consideradas nulidades absolutas aquellas concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado o imputada, en los casos y formas que este Código establezca, o las que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías fundamentales previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, este Código, las leyes y los tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela.

“En los casos de detenciones que se realicen en contravención a lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, este Código, las leyes y los tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela, serán consideradas nulidades absolutas, y en consecuencia el Juez o la Jueza deberá ordenar la libertad sin restricciones, y la remisión inmediata al Ministerio Público

Artículo 175

Cualquiera que, sin autoridad o derecho para ello, por medio de amenazas, violencias u otros apremios ilegítimos, forzare a una persona a ejecutar un acto a que la ley no la obliga o a tolerarlo o le impidie re ejecutar alguno que no le está prohibido por la misma, será penado con prisión de quince días a treinta meses.

Si el hecho ha sido con abuso de autoridad pública, o contra algún ascendiente o cónyuge, o contra algún funcionario público por razón de sus funciones, o si del hecho ha resultado algún perjuicio grave para la persona, la salud o los bienes del agraviado, la pena será de prisión de treinta meses a cinco años.

El que, fuera de los casos indicados y de otros que prevea la ley, amenazare a alguno con causarle un daño grave e injusto, será castigado con relegación a colonia penitenciaria por tiempo de uno a diez meses o arresto de quince días a tres meses previa la querrela del amenazado.

a los fines del inicio de la correspondiente investigación por la detención anulada.”²⁵ (Subrayado del autor)

Aspectos disciplinarios: Toda violación de la Constitución por error craso inexcusable acarrea consecuencias disciplinarias. En el caso comentado, debería aplicarse la destitución del Juez que convalide una detención injusta, tal como lo dispone el artículo 29 del CEDJV antes citado.

Tal como lo indica al artículo 176 del COPENAL los agravantes del delito de detención arbitraria se circunscriben a (i) la conducta extorsiva del 1er. aparte y (ii) al abuso de autoridad por lo cual la pena se ve aumentada de 30 meses a 5 años de prisión.

²⁵ Este párrafo fue agregado en la reforma de 2021 bajo la denominada revolución judicial. Con la sentencia comentada en este artículo dicha reforma ha sido desechada.

IV. CONCLUSIONES

1. Tal como se ha visto en el presente análisis de la Sentencia 857, se reitera el patrón, ya determinado por organismos de derechos humanos, de exonerar de *iure et facto* de responsabilidades penales a los funcionarios que realicen detenciones arbitrarias.
2. Este patrón de legalizar la detención injusta y arbitraria, conocida como *mala captus, bene detentus* en el derecho penal internacional consuetudinario, el cual existía desde la sentencia 526/01, ha sido reiterado en la Sentencia 857 *in commento*, puede ser considerado como una política del estamento judicial que funge como máximo intérprete de la Constitución.
3. Así, se incorpora por vía judicial una doctrina que es inaplicable en el derecho penal y procesal penal internos, debida a su inconstitucionalidad y abierta contradicción con los derechos humanos.
4. En tal sentido, el alcance de dicha sentencia implica que el Tribunal de Control de Garantías Constitucionales convalida la actuación inconstitucional, inconvencional y delictiva de los funcionarios policiales.
5. Esta sentencia, de un plumazo, sacrifica la independencia del Poder Judicial y del Ministerio Público y los supedita a lo que diga el Poder Ejecutivo.
6. La sentencia comentada inaplica el delito de privación ilegítima de libertad tipificado en el artículo 176 del COPENAL.
7. La reforma del COPP de 2021 que desarrollaba la norma constitucional del artículo 44) 1) dentro del marco de la revolución judicial fue ignorada.
8. Mediante esta base jurisprudencial se realizan actos de persecución al suprimir derechos humanos de una población civil, lo cual puede ser considerado como una política de Estado, en concurrencia con el crimen de encarcelación en abierta violación de la CRBV, del COPP y del CEJV, así como de Tratados Internacionales.
9. Es un patrón observable, reiterado y sustentado en la permisividad de la SCTSJ y la SCPTSJ que ya ha sido determinado por la MIDH y es objeto de investigación por la OFCPI.

10. La Sentencia 857, en conexión con sentencias anteriores niega los derechos fundamentales de las víctimas a la presunción de inocencia, a un juicio justo, al debido proceso y al acceso a la justicia.
11. También, la Sentencia 857 impide que los abogados que representan a las víctimas ejerzan cualquier recurso (amparo, avocamiento o de revisión) omite anular los fallos de los Tribunales de Control y de las Salas de Apelaciones. Ello permite anticipar que tampoco se podrán intentar recursos de casación.
12. Asimismo, no se abre el procedimiento disciplinario ni se intenta la acción penal que corresponde. Ello hace pensar que tampoco podría prosperar un recurso de casación.

En fin, esta sentencia, por si sola, pone en evidencia que el crimen de encarcelación, en concurrencia con el de persecución, son sistemáticos y están estructurados como parte de una política judicial de Estado. La cual permite encarcelar a quien haya sido identificado, etiquetado o percibido como enemigo, bien porque sea un opositor político, un disidente que se apartó de la ideología política oficialista o, simplemente, un tercero que sea percibido como tal.

V. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Venezuela: Represión calculada: Correlación entre las estigmatizaciones y las detenciones arbitrarias por motivos políticos*. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/documents/amr53/5133/2022/es/> . Consultado el 21 de diciembre de 2022.

ARENDT, Hannah, Eichmann en Jerusalén. Un estudio acerca de la banalidad del mal. Editorial Lumen, S. A., 1999.

FERNÁNDEZ, Fernando M., Código Penal. Comentarios a la reforma parcial del Código Penal de 2005. Editorial LIVROSCA, Caracas, 2012. 2ª edición.

_____: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial McGraw-Hill. Caracas, 1999.

_____: *Todo enemigo se presume culpable*. Disponible en: <https://provea.org/publicaciones/investigaciones/investigacion-especial-todo-enemigo-se-presume-culpable/> . Consultado el 19 de diciembre de 2022.

- MOHIT, Abraham, *El derecho consuetudinario de las sustracciones internacionales: Límites y fronteras. Anuario Asiático de Derecho Internacional*, Volumen 11 (2003-2004). Disponible en: <https://brill.com/display/book/edcoll/9789047418306/BP0000006.xml>. Consultado el 21 de diciembre de 2022.
- PAULUSSEN, C.Y.M., Male Captus Bene Detentus? Surrendering suspects to the International Criminal Court. Intersentia. Disponible en: https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/1273457/Paulussen_Male_24-09-2010_emb_tot_24-09-12.pdf. Consultado el 22 de diciembre de 2022.
- VILLAGRAN, Francisco, *¡MALA CAPTUS, BENE DETENTUS! EL SECUESTRO y LA EXTRADICIÓN IRREGULAR A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS y DEL DERECHO INTERNACIONAL*. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. N.º 23 Enero-Junio de 1996. Págs. 11 a 43. Disponible en: <https://dspace.iidh-jurisprudencia.ac.cr/server/api/core/bitstreams/83b9634b-7b3e-434e-b597-2404545b0a14/content>. Consultado el 21/12/2022.
- YADVASHEM, El juicio contra Eichmann «Conmigo están seis millones de acusadores». Disponible en: <https://www.yadvashem.org/yv/es/exhibitions/eichmann/index.asp>. Consultado el 18 d diciembre de 2022.