

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

**EL PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIA EN EL DERECHO
PROCESAL PENAL VENEZOLANO**

**Autora: Mariluz Castejón Perozo
Asesora: María Mercedes Fernández**

Barquisimeto, Noviembre de 2009

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

**EL PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIA EN EL DERECHO
PROCESAL PENAL VENEZOLANO**

**Trabajo Especial de Grado para optar al Grado
de Especialista en Derecho Procesal**

**Autora: Mariluz Castejón Perozo
Asesora: María Mercedes Fernández**

Barquisimeto, Noviembre de 2009

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la Ciudadana Abogado Mariluz Castejón Perozo, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es: El Procedimiento de Flagrancia en el Derecho Procesal Penal Venezolano; considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas, a los 05 días del mes de Noviembre de 2009.

Abog. María Mercedes Fernández
C.I. 9.542.241

ÍNDICE GENERAL

	pp.
RESUMEN	vi
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO	
I. LA FLAGRANCIA SEGÚN LA DOCTRINA LEGAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO	7
Antecedentes Históricos	7
Nociones Doctrinales de la Flagrancia	13
II. LA ACTUACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIA EN EL DERECHO PROCESAL PENAL VENEZOLANO	22
La Aprehensión en Flagrancia	22
Responsabilidad del Aprehensor	27
Efectos del Delito Flagrante	32
Detención In Fraganti	38
Cuasi Flagrancia	40
Flagrancia como Sinónimo de Detención	54
La Flagrancia y el Delito Flagrante	60
La Flagrancia en el CEC y el COPP	77
III. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LAS NORMATIVAS VIGENTES QUE REGULAN LA ACTUACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN CASOS DE FLAGRANCIA	83

Calificación de la Flagrancia	83
El Procedimiento Abreviado	95
Fase Preparatoria	95
La Fase Intermedia	103
Preclasificación Jurídica de los Hechos	105
El Juzgamiento de la Flagrancia	112
Fase de Juicio Oral	119
IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	122
Conclusiones	122
Recomendaciones	125
Referencias Bibliográficas	128

UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRÉS BELLO”
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

**EL PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIA EN EL DERECHO
PROCESAL PENAL VENEZOLANO**

Autora: Mariluz Castejón Perozo
Asesora: María Mercedes Fernández
Fecha: Noviembre, 2009

RESUMEN

El presente estudio tiene como propósito principal analizar el procedimiento de flagrancia en el Derecho Procesal Penal. Para el estudio se procedió al análisis e interpretación de las fuentes consultadas, así como de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Código Orgánico Procesal Penal, así como otras leyes y jurisprudencia que sirvieron como base jurídica en lo concernientes a su actuación en la investigación de un hecho punible. En el desarrollo de la investigación se evidencia que el delito flagrante y la flagrancia es uno de los objetos de preocupación de la sociedad venezolana, que ha ido evolucionando a medida del paso del tiempo, sin embargo, es importante detenerse a analizar que está sucediendo en torno a la actuación de los funcionarios públicos en el manejo y seguimiento de la flagrancia en el derecho procesal penal, puesto que debido a lo particular del delito concurren diferentes hechos que pueden llevar a que el delito quede impune, así como a que se realice una aprehensión de manera arbitraria, por lo que la actuación de los funcionarios públicos al momento de observar la flagrancia deben ser lo más eficientes posibles y lograr un procedimiento abreviado óptimo, más aún cuando la ley permite que cualquier ciudadano pueda realizar la aprehensión si está en presencia del delito y los delincuentes. Es por ello que se concluye que la normativa vigente del Código Orgánico Procesal Penal debe ser revisada y adaptada para lograr la eficacia de este procedimiento, al momento de un delito flagrante, así como tener en cuenta lo particular del procedimiento abreviado en los casos en los que el Ministerio Público solicita la calificación de flagrancia.

Descriptores: Flagrancia, Derecho Procesal Penal.

INTRODUCCIÓN

La evolución del Derecho Procesal Penal moderno, ha ocasionado cambios en los ordenamientos penales del mundo. Ejemplo de ello, es la rapidez con que los Estados empiezan a abandonar teorías antiguas por otras modernas que permiten al Derecho Penal como ciencia, evolucionar en el tiempo y ser más efectiva como marco regulador de la conducta del ser humano.

Las sociedades organizadas, no pueden sin ordenamientos penales idóneos que le permitan junto a un ordenamiento procesal adecuado, facilitar la solución de los conflictos derivados de la comisión de los delitos. De manera que el Derecho Procesal Penal, es una rama vital para el orden social y la convivencia civilizada en cualquier forma de organización de la sociedad humana.

Es así, que los Códigos penales y las leyes especiales contentivas de normas penales, constituyen el marco de legalidad penal de todo ordenamiento jurídico. Son estos instrumentos jurídicos los que tipifican y dan existencias a los tipos penales aplicables a quienes adecuen su conducta a lo prescrito por la norma.

En Venezuela y Latinoamérica, el Derecho Penal resulta indispensable, para plantearse una comprensión al control social, en su forma moderna denominada Derecho Penal, mirarlo como un fenómeno cultural, histórico e incluso cambiante; es decir, que nace, existe, de acuerdo a su vinculación con el proceso general del momento al que se vincula. Sólo desde esta macrovisión, se puede buscar una comprensión más compleja, y por cierto real. Por lo cual, el trabajo se traduce en un esfuerzo de unificación de las épocas, en sus aspectos que la relacionan como totalidad, tanto en su producción material de sociedad, es decir, el proceso de producción y división del trabajo, como de ideas e instituciones, o aparato jurídico político, también.

De este modo, el Derecho Procesal Penal constituye una herramienta para la crisis social que el país está viviendo, sin embargo, el Proceso Penal está limitado por ciertas circunstancias, destacándose en el ordenamiento jurídico entre otras, la actuación de los funcionarios policiales, y la acepción de los hechos al momento de un delito.

En este sentido, un caso en particular determinando el delito muy común en el país, es la flagrancia. Arteaga (2002, 62), define un delito flagrante como: "...aquel que actualmente se está cometiendo o ejecutando por alguien y por ello reluce, resplandece, emite señales que son observadas

por alguien”. Es así, como el estudio de la flagrancia es preciso analizar la actuación de los funcionarios policiales en el hecho.

En ese orden de ideas, específicamente en Venezuela, cuando un individuo es conseguido en delito flagrante existe una serie de pasos para el seguimiento del caso, se presentan circunstancias en las cuales el funcionario policial encargado de ese seguimiento, actúa manipulando los hechos, no llevando un registro preciso sobre lo sucedido, y donde no se toma en cuenta el tiempo para el proceso.

La Flagrancia, según la Sentencia C-024 de 1994. se refiere a aquellas situaciones en donde una persona “es sorprendida y capturada en el momento de cometer un hecho punible o cuando es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible”.

Es así, como aun partiendo del supuesto de que ninguna persona puede ser privada de su libertad sin previa orden de autoridad judicial competente, de conformidad con lo establecido en la norma superior, en las circunstancias y con el contenido de los requisitos establecidos en la Constitución Política y en las leyes, la policía pueda proceder a la captura y privación de la libertad de las personas sorprendidas en flagrancia, con el único propósito de cumplir

y alcanzar la realización de su fin último, obviamente sin desconocer los procedimientos legales y la observancia del respeto a los derechos y garantías personales, por lo que en ningún tiempo y circunstancia tales detenciones, pueden tener un carácter absoluto e indefinido.

El ejercicio de las facultades otorgadas a la policía en cumplimiento de su deber en todo momento deben obedecer a los principios de necesidad, eficiencia, proporcionalidad y razonabilidad, respecto de las medidas que se tomen con el fin de proteger el fin perseguido que como quedó dicho no es otra cosa que el mantenimiento del orden público en general. Sobre este aspecto, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha dicho:

En efecto, refiere la Sentencia C-024 (1994), que lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial de la libertad en los casos de flagrancia, “es la inmediatez de los hechos delictivos y la premura que debe tener la respuesta que hace imposible la obtención de la orden judicial”.

En este sentido, se deben contemplar ordenamientos jurídicos que establezcan parámetros entre las funciones de los organismos policiales que manejen una intervención minoritaria evitando la manipulación de los hechos, y más aún cuando se trata de un delito flagrante, ya que se debe incorporar

al Derecho Procesal Penal venezolano, normativas que logren contribuir al mejoramiento de este aspecto de carácter social.

En Venezuela, el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal (2008), establece los supuestos del delito flagrante y en su único aparte la detención por flagrancia, debe tenerse claro que en realidad uno es la causa y la otra la consecuencia, pues tal como señala Vásquez (2000, 23), pudiera:

...tratarse de un hecho flagrante en el que no se verifique la aprehensión, como sería el caso de que el particular no haga uso de la facultad que la ley le reconoce. De allí que la flagrancia no sea más que la evidencia procesal de la perpetración de un hecho punible, en tanto que la aprehensión es una consecuencia de aquella que puede por excepción, materializarse sin previa orden judicial...

En este orden de ideas, Venezuela requiere de ciertos lineamientos o parámetros donde se establezca la actuación de los funcionarios con relación al seguimiento de un caso de delito flagrante. Es así como, es importante mencionar además la actuación e incorporación de los ordenamientos jurídicos aplicados al delito flagrante y la flagrancia en el derecho penal venezolano, puesto que ambos representan herramientas de mucha importancia para el mundo de la justicia social.

En consecuencia, el delito flagrante y la flagrancia es uno de los objetos de preocupación de la sociedad venezolana, que ha ido evolucionando a

medida del paso del tiempo, sin embargo, es importante detenerse a analizar que está sucediendo en torno a la actuación de los funcionarios públicos en el manejo y seguimiento de la flagrancia en el derecho penal, hecho este que se adapta a la presente investigación.

Es por ello, que este estudio se presenta de la siguiente manera, en el Capítulo I, está todo lo referido a la Flagrancia según la Doctrina Legal en el Ordenamiento Jurídico Venezolano. El Capítulo II, contiene todo lo relativo a la Actuación de los Funcionarios Públicos en el Procedimiento de Flagrancia en el Derecho Procesal Penal Venezolano. En el Capítulo III, se explica el Ordenamiento Jurídico y las Normativas vigentes que regulan la Actuación de los Funcionarios Públicos en Casos de Flagrancia. Seguidamente, se proponen las conclusiones y recomendaciones a las que llegó la autora, finalizando con las referencias bibliográficas consultadas.

CAPÍTULO I

LA FLAGRANCIA SEGÚN LA DOCTRINA LEGAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

Antecedentes Históricos

Desde la más remota antigüedad, y por razón de la convicción de culpabilidad que siempre se ha producido en el colectivo con respecto al aprehendido in fraganti, se castigó este tipo de delito en forma severa y expedita, Maggiore (1996, 7), afirma que “los lacedemonios no castigaban el hurto sino en caso que el ladrón se dejara sorprender en flagrancia o fuera descubierto de cualquier otra manera”.

En este orden de ideas, el Antiguo Testamento, en el Libro del Éxodo, capítulo 22, versículo 2, se establece que, “si un ladrón es sorprendido en el momento del robo, y se le hiere y muere, su muerte no se considerará un asesinato”.

Asimismo, en el Derecho Romano existieron el hurto manifiesto y el no manifiesto (*furtum manifestum et nec manifestum*), siendo constitutivo el primero de delito flagrante, que era penado más rigurosamente, con la

esclavitud para el hombre libre, y con la precipitación desde una roca para los esclavos, y para cuyo juzgamiento se procedía de oficio, en razón de que, tal como propone Carrara (2000, 72), “a) la culpabilidad es evidente; b) más intenso el espíritu de venganza”.

En el Derecho Canónico, para aplicarle también el procedimiento de oficio, se equiparó el hecho notorio al delito flagrante; pero es en la época intermedia cuando el Derecho se ocupa más profundamente del estudio de la flagrancia, especialmente con lo relacionado con la aprehensión del sorprendido *in fraganti*, su juzgamiento y las pruebas a utilizar en su contra, produciéndose también, en el proceso inquisitorio sumario que se seguía en la época, una equiparación de la situación que surgía cuando aparecía evidente la culpabilidad del reo en razón del señalamiento general, con el delito flagrante, debiendo procederse en ambos casos *ex abrupto*, es decir, obviando el cumplimiento de las garantías y formalidades procesales correspondientes, como por ejemplo los derechos de ser oído y a la defensa, por cuanto en tales tipos de causas no se requería de acusación, ni denuncia y se podía condenar sin pruebas al reo.

Por supuesto, que también desde la antigüedad se produjeron reacciones en contra de tan extrema severidad, destacando los críticos que en muchos

casos podría oponer el reo una causa que justificara su ilícita actuación, como lo sería por ejemplo, el hambre en los casos de hurtos de alimentos.

Ahora bien, el delito flagrante sigue teniendo en la actualidad una importante trascendencia procesal, por cuanto, al igual que en la antigüedad, continúa determinando la aplicación, como de hecho ocurre en muchos países civilizados, de un juicio rápido, casi inmediato a la comisión del hecho, y excluyente de algunas de las etapas del proceso que ordinariamente se sigue para delitos no flagrantes, pero por supuesto en el que debe darse cumplimiento al elenco de garantías establecidas en el moderno Derecho procesal penal a favor del encausado, además de que aparece consagrado como causa de detención en casi todas las constituciones del mundo.

En este sentido, Venezuela, que hasta hace poco más de un lustro no disponía de un procedimiento especial para el juzgamiento de personas sorprendidas en flagrancia, ha contemplado la detención *in fraganti*, en todas las constituciones que ha tenido desde su fundación como República.

Es así, que la permanente evolución social. Económica y política del mundo actual, evidenciada en los vertiginosos avances de la ciencia y la tecnología, ha determinado también el surgimiento de diversas manifestaciones del delito a través de formas más sofisticadas y subrepticias, lo que motiva a los

Estados que pretenden mantenerse actualizados, dentro de los cuadros garantistas y respetuosos de los derechos humanos, que constituyen los marcos referenciales principales de la doctrina dogmática penal, a formular políticas de estudio permanente de tal problemática y de sus más efectivas soluciones.

Pero, paradójicamente uno de los principales procedimientos penales especiales aplicables en el mundo civilizado, como lo es el denominado procedimiento abreviado, en el caso de Venezuela, guarda una estrecha relación con un elemento de tan vieja data como lo es el delito flagrante; y es que los grupos sociales progresistas, preocupados siempre por obtener la mayor suma de felicidad y tranquilidad posibles, a la par que desarrollan constantemente mecanismos y procedimientos propiciatorios de los más rápidos juzgamientos y consecuenciales ejemplarizantes castigos para todo aquel que viole las normas sociales, mantienen también aquellos institutos que han demostrado su eficacia a través de los tiempos.

Así, dentro de la concepción de un nuevo y moderno sistema de enjuiciamiento penal, irrestrictamente enmarcado dentro de los postulados de respeto de los derechos humanos consagrados en diversos acuerdos, convenios y tratados suscritos por la República, se promulgó en Venezuela el 23 de Enero de 1998 para adquirir vigencia plena a partir del 1º de Julio de

1999, el Código Orgánico Procesal Penal (COPP), que incorporó dentro de sus procedimientos especiales el procedimiento abreviado, constitutivo de un expedito mecanismo de juzgamiento de aquellas personas que fueran sorprendidas y aprehendidas en la comisión del delito.

En dichos casos, una vez formulada por el Ministerio Público la solicitud de aplicación de tal procedimiento, en una suerte de bendición jurisdiccional, sólo se requiere que el Juez de Control verifique la procedencia de la flagrancia y así la califique, para que se aplique entonces este especialísimo procedimiento de juzgamiento, cuyo primer supuesto de procedencia, conforme al numeral 1º del artículo 378 del COPP, atiende precisamente a la naturaleza flagrante del delito por el que se proceda.

Además, tomando en consideración el legislador venezolano para efectos de la determinación de lo que debe entenderse por delito flagrante, y para la consecencial aplicación en el caso del procedimiento abreviado, los tres tipos o modalidades de circunstancias en los que puede cometerse tal delito, es decir, los tres tipos o modalidades de flagrancia que contempla la doctrina universal, la flagrancia real o clásica, la cuasiflagrancia y la flagrancia presunta; en cuanto a esta última, sólo toma en consideración la flagrancia presunta a posteriori.

En este sentido, el desarrollo fáctico de uno de estos tres tipos de flagrancia y su satisfactoria fundamentación por parte del Ministerio Público ante el Juez de Control conlleva a que éste, una vez verificada la situación que se le plantea, y oídos en audiencia privada el representante fiscal, la víctima y su representante, el aprehendido y su defensor, proceda a calificar la aprehensión.

Si la califica como flagrante, decretará la aplicación del procedimiento abreviado y remitirá las actuaciones del tribunal unipersonal para que convoque directamente al juicio oral y público; y en caso de que considere que no es posible la aplicación del procedimiento abreviado, ordenará la aplicación del procedimiento ordinario. Esta etapa del procedimiento especial concebido para el enjuiciamiento de las personas sorprendidas en la comisión de delito, es decir, la calificación de la flagrancia, es quizás la que ofrezca mayor complejidad en la estructura de dicho procedimiento.

Es así, que mediante el procedimiento abreviado establecido en el artículo 372 y siguientes del COPP, se pretende impartir justicia de manera rápida y eficaz en aquellos casos en que la especial circunstancialidad en que se produce la aprehensión del sorprendido en la comisión del delito, por imperativo legal, posibilita su juzgamiento a las fases preparatorias e intermedia del procedimiento abreviado.

Nociones Doctrinales de la Flagrancia

En principio, el Diccionario de la Real Academia Española (2002, 721), en su vigésima segunda edición, define el vocablo flagrancia como “calidad de flagrante”, y para el término flagrante, señala: “Adj. Que flagra. 2. Que se está ejecutando actualmente. 3. De tal evidencia que no necesita pruebas. Contradicción Flagrante. Loc. Adv. En el mismo momento de estarse cometiendo el delito, sin que el autor haya podido huir”.

Por su parte, la Enciclopedia Jurídica Omega (1989, 298-299), la define de la siguiente manera:

Según la definición de Escriche ... es el delito que se ha cometido públicamente y cuyo perpetrador ha sido visto por muchos testigos al tiempo que lo cometía. El delito descubierto en el mismo acto de su perpetración. (Por ejemplo, en el lugar del hecho, teniendo el ladrón las cosas robadas en su poder; o con el revólver aun humeante en la mano del homicida), es el denominado flagrante.

Floirán (1990, 69), expresa sobre el delito flagrante, que “en términos generales es flagrante el delito cometido actualmente y durante todo el tiempo de la ejecución”. Para Manzini (1991, 128), el concepto jurídico de flagrancia “está constituido por una idea de relación entre el hecho y el delincuente. No puede haber flagrancia en virtud solamente del elemento objetivo, es necesaria siempre la presencia del delincuente”.

En otras palabras, conforme al criterio de estos autores, independiente de la ocurrencia o existencia de una situación extraordinaria con apariencia de delictiva, no habrá delito flagrante si no concurre la especial circunstancialidad de que se haya sorprendido al reo en el propio acto de la comisión del hecho.

Al respecto, Arteaga (2002, 62), define la flagrancia como, “aquel que actualmente se está cometiendo o ejecutando por alguien y por ello reluce, resplandece, emite señales que son observadas por alguien”. Además, Borrego (2002, 103), al referirse a los dos supuestos que constitucionalmente posibilitan de la detención de una persona, se refiere al delito de flagrancia como “fenómeno vivaz del delito”.

En este orden de ideas, Calderón y Choclán (2001, 626-627), señalan que debe entenderse por delito flagrante:

El que se está cometiendo o se acaba de cometer cuando el delincuente sea sorprendido y se considerará sorprendido en el acto no sólo el que fuera cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durara o no se suspendiera mientras el delincuente no se ponga fuera del alcance inmediato de los que le persigan. También se considerará delincuente, in fraganti, aquel a quien se sorprenda inmediatamente después de cometido el delito con efectos o instrumentos que infundan la vehemente sospecha de su participación en el mismo.

Por su parte Pérez (2002, 105), expresa que, “será delito flagrante aquel que es descubierto por las autoridades cuando se está cometiendo o acaba de cometerse”. Igualmente Báez (2003, 42), propone que el delito flagrante:

En términos generales, se entiende por delito flagrante aquel acto de carácter delictual en el que su perpetración se ve alterada por la sorpresa a la que se somete al agente al momento de cometerlo, o en otros términos puede ser apreciada esta situación de flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento de cometer el hecho punible o cuando es sorprendida con objetos, armas o instrumentos, de los que aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible o ha participado en él, o cuando es perseguida por la autoridad, o cuando por voces de auxilio se pide su captura.

En este orden de ideas, el Código Orgánico de Justicia Militar (1998), en su artículo 205, establece que:

Se considera delito in fraganti: 1. El que se comete actualmente o acaba de cometerse. 2. Aquel por el cual el culpable se vea perseguido por la autoridad o señalado por la opinión pública; o se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho en el mismo lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es culpable.

A su vez, el Código Orgánico Procesal Penal (2008), en el artículo 248, define el delito flagrante de la siguiente forma:

Para los efectos de este Capítulo se tendrá como delito flagrante el que se esté cometiendo o el que acaba de cometerse. También se tendrá como delito flagrante aquel por el cual el sospechoso se vea perseguido por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público, o en el que se sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se

cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor.

En este orden de ideas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia N° 2580 del 11 de Diciembre del 2001, con ponencia del Magistrado Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero, al analizar la norma anteriormente citada, establece que de la misma surgen cuatro supuestos que definen el delito de flagrante, siendo el primero aquel en que el delito “se esté cometiendo, en el instante en que alguien lo verifica sensorialmente en forma inmediata”; el segundo supuesto del delito flagrante se concretiza con la expresión, “acaba de cometerse”; el tercero se produce, “cuando el sospechoso se vea perseguido por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público”; y el cuarto supuesto de delito flagrante que admite la Sala Constitucional es el constitutivo de la flagrancia presunta, es decir, “cuando se sorprenda a una persona a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde ocurrió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir, con fundamento, que él es el autor”.

La indicada sentencia de la Sala Constitucional es abundosa en detalles caracterizadores de cada supuesto, y constituye a juicio de Nuñez (2005),

con algunos errores de ubicación de tales detalles, y un evidente exceso en cuanto a la posibilidad de la calificación de la flagrancia por el aprehensor.

Ahora bien, la anterior Constitución de 1961, en el artículo 60, establecía que “la libertad y seguridad personales son inviolables, y en consecuencia: 1º Nadie podrá ser preso o detenido, a menos que sea sorprendido in fraganti...”. Asimismo, el también derogado Código de Enjuiciamiento Criminal (CEC), definía en el artículo 184 el delito *in fraganti*, pero a diferencia del COPP no establecía un procedimiento especial para el juzgamiento de dichos delitos.

En otras palabras, no obstante su mixtura entre los procedimientos inquisitivo y acusatorio, el CEC, no aprovechó la potencialidad derivada de ese especial tipo de detención que constituye la aprehensión *in fraganti* para implementar en tales casos un procedimiento especial; y de acuerdo con lo que señalaba el encabezamiento del artículo 186, la única consecuencia que derivaba de tal aprehensión era que “el detenido como reo in fraganti, no podrá continuar en detención si ésta no es ratificada por auto expreso del Tribunal de Instrucción, dentro de las noventa y seis horas de haber sido puesto el detenido a su disposición”, de lo que se desprende que en los casos de detención in fraganti no era procedente la aplicación de la prórroga consagrada en el artículo 75-H de dicho Código, es decir, que el

pronunciamiento del Tribunal necesariamente debía producirse dentro de las noventa y seis horas siguientes a dicha aprehensión.

Además, en el CEC, la detención in fraganti estaba prevista en el artículo 183, definido el delito flagrante en el artículo 184, y regulado el procedimiento posterior a tal detención en los artículos 185 y 186.

En términos parecidos a la previsión del CEC, el COPP incorporó en el Libro III, contenido de los Procedimientos Especiales, en el Título II, el Procedimiento Abreviado, con miras a obtener el provecho procesal que puede derivar de una detención practicada como consecuencia de haber sido sorprendido el agente en la comisión del hecho punible o en una situación, por virtud de la ley, equiparable a tal sorpresa: celeridad en la administración de la justicia penal y consecuentemente una sustancial economía de costos en la misma, si bien, en principio, ante la convicción fáctica y Psicológica acerca de la evidente responsabilidad penal de las persona aprehendida, y ante la contundencia de las pruebas colectadas por el Ministerio Público, tal procedimiento posibilita su inmediato juzgamiento por un Tribunal unipersonal obviando las fases preparatorias e intermedia.

En este sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), amplía la garantía constitucional relacionada con la detención *in*

fraganti, por cuanto fija un lapso perentorio dentro del cual el aprehendido debe ser puesto ante la autoridad judicial, además de que, como norma general, establece el juzgamiento en libertad. Dicha disposición aparece incorporada en el numeral 1º del artículo 44, del siguiente tenor:

La libertad personal es inviolable; en consecuencia: 1º Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que se 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...

En el Libro Primero, Título III, Capítulo II del COPP (2008), se establece el régimen De la Detención por Flagrancia, cuyas condiciones y requisitos se establecieron en el artículo 248, en la siguiente forma:

Para los efectos de este capítulo se tendrá como delito flagrante el que se esté cometiendo o el que acaba de cometerse. También se tendrá como delito flagrante aquel por el cual es sospechoso se vea perseguido por las autoridad policial, por la víctima o por el clamor público, o en el que se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor. En estos casos cualquier autoridad deberá, y cualquier particular podrá, aprehender al sospechoso, siempre que el delito amerite pena privativa de libertad, entregándolo a las autoridades más cercanas, quien lo pondrá a disposición del Ministerio Público dentro de un lapso que no excederá de doce horas a partir del momento de la aprehensión, sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en relación con la inmunidad de los diputados de la Asamblea Nacional y a los Consejos Legislativos de los Estados. En todo caso, el Estado protegerá al particular que colabore con la aprehensión del imputado.

En este orden de ideas, para la Magistrada Blanca Rosa Mármol (2003), si la flagrancia es procesalmente procedente, es porque están satisfechos los dos primeros supuestos para la detención, a saber, un hecho punible con pena privativa de libertad, cuya acción no esté prescrita, y fundados elementos de convicción de autoría o participación en contra del aprehendido.

En síntesis, para cerrar con el concepto, se cita una interesante sentencia de la Sala Constitucional, ratificada en posteriores sentencias, donde se desarrolla el concepto de delito flagrante. Dicha sentencia estableció:

Observa la Sala que, según la norma anterior, la definición de flagrancia implica, en principio, cuatro (4) momentos o situaciones:

1. Delito flagrante se considera aquel que se esté cometiendo en ese instante y alguien lo verificó en forma inmediata a través de sus sentidos.

La perpetración del delito va acompañada de actitudes humanas que permiten reconocer la ocurrencia del mismo, y que crean en las personas la certeza, o la presunción vehemente que se está cometiendo un delito.

Es esa situación objetiva, la que justifica que pueda ingresarse a una morada, establecimiento comercial en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado, sin orden judicial escrito de allanamiento, cuando se trata de impedir su perpetración.

En síntesis, la flagrancia es el delito cometido públicamente y que ha sido presenciado por una o varias personas, es decir, testigos al momento de perpetrarse el delito, quienes pueden dar testimonio sobre el hecho y al mismo tiempo informar sobre los detalles del acontecimiento que pueden dar

lugar a la persecución, y al mismo pueden ejercer la función de aprehender al sujeto implicado en el delito flagrante.

CAPÍTULO II

LA ACTUACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIA EN EL DERECHO PROCESAL PENAL VENEZOLANO

La Aprehensión en Flagrancia

En el momento en que se esté llevando a cabo un delito en donde exista flagrancia, la aprehensión puede ser llevada a cabo tanto por una autoridad como por un particular. En el primer caso, cuando se encuentra dentro de las facultades del ejercicio legítimo de una autoridad, oficio o cargo, circunstancialidad que inviste al funcionario aprehensor con el manto eximente de responsabilidad penal establecido en el numeral 1° del artículo 65 del Código Penal (2005), siempre que dicho funcionario, tal como lo exige la norma no traspase los límites legales que se imponen a las autoridades de policía de investigaciones, sea el órgano principal, sean los órganos con competencia especial o los de apoyo a la investigación penal, señalados en el artículo 117 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP, 2008).

Además, comenta Nuñez (2005), que para una persona que ostenta autoridad, la práctica de la detención infraganti viene a constituir uno más de

los deberes y obligaciones que tiene asignados por mandato de la ley, tomando en cuenta que su uso arbitrario o sesgado de tal deber u obligación, por parte de esa persona, podría determinar su sometimiento al correspondiente proceso legal, bien sea penal, administrativo o disciplinario, e incluso hasta civil.

En este orden de ideas, absolutamente diferente es la situación de particular aprehensor, a quien la ley, al utilizar el vocablo *podrá*, según explica Báez (2003, 47), se presenta como:

...una posibilidad de actuación de carácter optativo y discrecional, por lo que su omisión, en un supuesto de flagrancia, no es punible, ya que se deja a una reacción o actuación derivada de la conciencia o moral ciudadana de cada persona.

Se considera, que la aprehensión del sujeto activo de un delito flagrante por parte de un particular, en cualquiera de los supuestos de este tipo de delito, también constituye una muestra de autoridad, por cuanto este aprehensor también está investido al efecto de una *sui génesis* pero legítima autoridad, primando también en este caso la necesidad de cumplimiento por parte de dicho particular aprehensor de la exigencia de no traspasar los límites legales; pero se trata de una posibilidad de actuación que tiene el particular, es decir, que finalmente será éste quien decidirá si efectúa o no tal aprehensión.

Por su parte Arteaga (2002, 207), propone que aquí “entran también en el campo de la específica justificación, por ejercicio de la autoridad los casos en los que particulares obran *pro magistratu*, atribuyéndoles la ley facultades propias de un cargo público”, como es precisamente el caso de la especial facultad que el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal otorga a los particulares para que procedan a aprehender a los sorprendidos en la comisión de delito flagrante.

Es por ello que vale la pena proponer lo referido por Vásquez (2000, 23), al hacer una reflexión sobre la aprehensión por flagrancia, al expresar que:

...la medida cautelar de carácter personal limitativa de la libertad personal, que obligatoriamente debe adoptar la autoridad y que facultativamente puede ejecutar un particular, si sorprendieren a una persona en el momento de ejecutar un delito o a poco de haberlo cometido, en posesión de objetos, armas o instrumentos que fundadamente hagan presumir su participación en el hecho, a fin de ponerlo a disposición de la autoridad judicial que deberá pronunciarse acerca del mantenimiento, revocación o sustitución de la medida.

Hay un aspecto importante de la aprehensión in fraganti por parte de un particular, y es el que está constituido en la circunstancia acerca de si otorga o no al aprehendido el derecho a la legítima defensa contra tal detención, lo cual a juicio de Nuñez (2005), no merece discusión, por cuanto resultaría por demás evidente la injusticia de contraponerle al aprehensor tal excepción

legal, debiendo recordarse que la primera circunstancia que exige el numeral 3° del artículo 65 del Código Penal (2005), para la procedencia de la legítima defensa es la “agresión ilegítima por parte del que resulta ofendido por el hecho”.

Es así, que resulta evidente que la acción del aprehensor particular está revestida de legitimidad, la cual surge del derecho que le asigna el encabezamiento del único aparte del artículo 248 del COPP (2008), reforzada tal legitimidad por la parte *in fine* de dicho único aparte que establece que “en todo caso, el Estado protegerá al particular que colabore con la aprehensión del imputado”, y siendo así jamás podría devenir en una agresión ilegítima. Al respecto, Arteaga (2002, 192), expresa con respecto a la procedencia de la legítima defensa:

Finalmente se requiere que la agresión sea ilegítima, esto es, sin derecho, contraria a derecho, aunque no se exige que sea delictiva. No hay así legítima defensa contra quien actúa en legítima defensa o en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho.

Es decir, que actuando en el ejercicio legítimo de la autoridad que a una y a otro les confiere el único aparte del artículo 248 del COPP, no podrían la autoridad o el particular que practicasen la aprehensión incurrir en agresión ilegítima. Así, sólo podrá reclamar válidamente el aprehendido si el captor, autoridad o particular, traspasa los límites legales, como es el caso si es

maltratado al practicarse la aprehensión, o si se incumplen los lapsos para ponerlo a disposición del Ministerio Público.

En este orden de ideas, Roxin (1997, 747), formula un oportuno planteamiento y propone que “no cabe contraargumentar con la inexperiencia del particular, si se le exige la misma diligencia que también tendría que emplear un funcionario; pero lo que es insostenible es plantearle mayores exigencias que al funcionario”, lo que coadyuva a la intangibilidad de la actuación del particular aprehensor, no obstante su sumisión a los límites legales que señalan el artículo 65, numeral 1° del Código Penal y el artículo 117 del COPP.

En general, la detención in fraganti constituye un mandato de cumplimiento obligatorio para la autoridad, en tanto que para el particular constituye una facultad de optativo cumplimiento, pero en ambos casos se estaría en presencia de un ejercicio legítimo de la autoridad, perfectamente encuadrable y encajable dicha actuación en el dispositivo contenido en el primer supuesto del numeral 1° del artículo 65 del Código Penal, por lo que se considera que, a menos que fuera evidéntísimo que el delito por el que se produce la aprehensión no amerita pena privativa de libertad, y siempre que el aprehensor no haya traspasado los límites legales, en ningún caso podría responsabilizarse a éste.

Responsabilidad del Aprehensor

Cuando una persona es sorprendida cometiendo un delito bajo los supuestos de flagrancia, obligatoriamente el funcionario público o facultativamente un particular, efectúan la detención del sorprendido sin necesidad de una orden judicial, pero con la única finalidad de conducirlo ante la autoridad correspondiente.

Ahora bien, para Arteaga (2002), hay que determinar si la detención es legítima o ilegítima. Es indiscutible que la circunstancia de la comprobación directa por parte de alguien con relación a la materialización del delito, es la que faculta para la aprehensión de su autor o partícipe, lo cual exige del aprehensor la valoración de que se está cometiendo un delito que amerita pena privativa de libertad. Pero en cuanto a la valoración del hecho y la manera de saber si merece o no pena privativa de libertad, no pueden ser exigidas al funcionario y menos aún al particular, éstos no están obligados a conocer el derecho. Tampoco se puede responsabilizar al aprehensor en todos los casos en que posteriormente se determine que el hecho no cubre los supuestos de la flagrancia.

Otra especial circunstancia, y que se presenta con mucha regularidad, es que los Fiscales del Ministerio Público solicitan al Juez de Control que califique la detención como flagrante, pero piden que se siga la investigación por el procedimiento ordinario. En este sentido, el Dr. Irazú Silva (citado por Arteaga, ob. cit.), argumenta que el solo hecho de haber calificado como flagrante la detención no tiene como consecuencia ineludible ordenar el procedimiento abreviado.

Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 07 de mayo de 2003, con ponencia del Magistrado Iván Rincón Urdaneta, Expediente 02-2772, se refirió al punto de la siguiente manera:

...no se concibe la aplicación del procedimiento abreviado como una opción por parte del fiscal, sin estimar previamente la veracidad de la flagrancia en un caso concreto, vale decir, ante un caso de flagrancia, el fiscal al valorar adecuadamente los hechos y tipificar la conducta procesal adecuada del imputado, deberá solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, pero si en el caso concreto existen situaciones que podrían ser sospechosas de forjamiento o que desvirtúen la flagrancia alegada, el fiscal debe solicitar el procedimiento ordinario, a fin de salvaguardar los derechos procesales del imputado y averiguar mejor las conexiones del delito o la existencia de una posible conspiración o cualquier otra causa que necesite dilucidarse mejor. Por ello, si hay que verificar circunstancias fuera del hecho flagrante, la posibilidad de un procedimiento abreviado desaparece, ya no se puede tomar el hecho como un delito in fraganti, y es en ese momento cuando el fiscal solicita la aplicación del procedimiento ordinario, el cual será sometido a la calificación y autorización respectiva por el Juez de Control. Siendo ello así, no es viable que en la hipótesis de que el Fiscal solicite la flagrancia y ésta sea acordada, el Juez aplique el procedimiento ordinario, tal como lo plantea la sentencia accionada, ya que admitir lo contrario, sería

convertir tan preciado Código en meros enunciados de carácter programático y dejar sin efecto sus disposiciones, ya que se seguiría el procedimiento ordinario para aquellos delitos que, justamente ha querido el legislador, sean de rápido trámite y juzgamiento. Por ello, al estimar los juzgados competentes que el hoy recurrente estaba cometiendo un delito flagrante al momento de ser aprehendido, debe aplicarse el procedimiento especial conforme lo dispone el artículo 372 numeral 1 del Código Orgánico Procesal Penal, ya que la ley adjetiva es imperativa para el Ministerio Público de regirse por el procedimiento abreviado cuando se verifique la existencia del elemento flagrancia.

Tomando en cuenta lo anterior, no debe interpretarse la sentencia como una obligación del Ministerio Público de que ante toda detención *in fraganti* se siga el procedimiento abreviado, puesto que calificar la flagrancia y luego solicitar el procedimiento abreviado atiende a una circunstancia muy particular, que no es otra que dejar en claro la responsabilidad del aprehensor, pues se podría prestar a confusión de que, si bien el sujeto fue aprehendido en pleno acto delictivo, por falta de pruebas el Fiscal deba necesariamente referirse a que la aprehensión no se debió a un flagrante delito.

Ello podría traer graves consecuencias, en especial, en contra del funcionario que sorprendió al sujeto que precisamente, por no conocer del derecho, no pueda saber todos los aspectos que ya se ha mencionado. Si se piensa que un funcionario que sorprende a una persona conduciendo un vehículo solicitado por un robo, que lo aprehenda y que lo conduzca

inmediatamente ante el Ministerio Público, luego el Fiscal lo presente ante el Juez de Control y exponga que debe investigar sobre la procedencia del vehículo, realizar las respectivas experticias y determinar cómo el sujeto lo obtuvo, a fin de precisar si tiene responsabilidad en el robo. Además, que el sujeto aprehendido dice que el vehículo es suyo porque se lo compró a un tercero. Qué tendría que hacer el fiscal en dicho caso. No hay otra respuesta que argumentar que la aprehensión fue in fraganti pero que necesita investigar, y por lo tanto, optar por el procedimiento ordinario.

Diferente es el caso, y se cree que este es el sentido de la sentencia del Máximo Tribunal, en que el hecho reúna todas las características que se mencionan y que son necesarias para solicitar el enjuiciamiento abreviado y el Fiscal del Ministerio Público no lo solicite, o solicitado éste, el juez no lo acuerde por simple capricho y sin fundamento alguno. En estos casos sí sería acertado el criterio que impone la obligación de seguir el juzgamiento breve.

En cuanto a la responsabilidad, como lo afirma Roxin (1997), constituye uno de los principales puntos polémicos entre penalistas y procesalistas. La verdad es que ante situaciones de esta índole es necesario tener en cuenta, entre otras cosas, la sospecha fundada del hecho y la relación con su autor, la observancia de toda la diligencia objetivamente posible y exigible al funcionario o al particular y el privilegio del error del primero y la

inexperiencia del segundo, para que en todo caso el juez, apoyado en lo que en ese momento era reconocible, pueda determinar si se actuó conforme a la legalidad o no.

En todo caso de funcionarios, sostiene la Sala Constitucional, en Sentencia de fecha 11 de Diciembre de 2001, Expediente 00-2866-314, que: “...cuando las autoridades policiales, administrativas o incluso judiciales incurran en errores, todo ciudadano posee el derecho de demandar la indemnización de daños y perjuicios, y así lo establece la Constitución en su artículo 49”.

Tal como se puede apreciar, la responsabilidad del aprehensor, tanto si es algún funcionario público, que por su cualidad tiene la responsabilidad de llevar a cabo la aprehensión, así como si es un particular, deben tener en cuenta que siempre es necesario mantener en todo momento los derechos del aprehendido, puesto que la calificación de flagrancia debe estar siempre a la luz de lo que está dispuesto en la normativa legal que la rige.

Efectos del Delito Flagrante

El efecto de la flagrancia, siguiendo a Cabrera (2006), es que tanto las autoridades como los particulares pueden capturar al autor del delito, y esa

detención puede hacerse in situ y por tanto sin auto de inicio de investigación, ni orden judicial, tal como lo exige el artículo 44, numeral 1 de la Constitución vigente, donde se refiere que nadie podrá ser detenido a menos que sea sorprendido in fraganti.

Pero para el efecto que se logre, es necesario que se aprehenda el delito como un todo; es decir, que se observe la perpetración y al y al autor y que si hay captura del delincuente, el observador presencial deponga en la investigación. Esta declaración es la que demuestra del delito flagrante y justifica la captura. Pero, al mismo tiempo, son estas pruebas las que resaltan que la flagrancia es un estado probatorio, ya que nace porque existen pruebas de la comisión de un delito y de sus partícipes humanos.

Es así, que si los presentes no capturan, o si haciéndolo no entregan al arrestado, o si no denuncian los hechos o, en fin si no acuden ante los órganos de investigación, simplemente no hay flagrancia, por estar ella determinada por la información o por la prueba sobre la existencia integral del hecho punible, y ésta no existe. Al igual que tampoco hay flagrancia, si se presenta al Juez de Control el detenido, sin que se le impute delito alguno.

Explica Cabrera (ob. cit.), que la preponderancia de la prueba es tal en esta materia, que cuando el victimario se entrega, así sea seguidamente del

hecho delictivo, el delito no se considera flagrante, porque la sola declaración del supuesto autor del delito no basta, siendo necesarias otras investigaciones y pruebas, diferentes a la propia declaración para poder incriminar al victimario.

Por ello, los artículos 248 y 249 del COPP, así como los que en el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal regulaban la flagrancia en general, nunca consideraron como una forma de ella, la declaración de autoría de quien se entregaba ante las autoridades en el mismo sitio o en lugar distinto al del delito y a continuación de haber delinquido; a menos de que existieran personas u otros medios que percibieron el delito en toda su extensión, a quienes se le toma declaración o se les examina.

La aprehensión de los hechos que configuran el delito en el instante de su ejecución o inmediatamente a él, por parte de alguien, conduce a que de seguidas a ese conocimiento lo informe a las autoridades, incluso para que comience la persecución del delincuente, si fuera el caso, y para que quede formado el cuadro probatorio básico, nuclear, que permitirá conocer el delito y capturar el autor. Si se obra de esta manera, si existe aprehensión del hecho punible en toda su extensión, coetánea a su acontecimiento, se está ante un delito flagrante, así la víctima se niegue a identificarse o rechace los hechos.

Si en la fase de investigación se ubican testigos presenciales, o ellos luego del comienzo de la pesquisa espontáneamente acuden a informar, la condición de flagrancia no existe, porque lo importante es obtener la prueba rápida del delito y de la autoría, para detener al delincuente sin necesidad de orden judicial.

Al respecto Angulo (2006, 181), recuerda que etimológicamente flagrancia viene de flama o llama, de lo que aún arde y, en principio, es la declaración de los que presenciaron los hechos, inmediatamente a su ocurrencia, cuando aún la llama está encendida en la mente del observador, la que puede convertirse, por su precisión, en prueba de primera mano, contundente reflejo de lo sucedido, ajeno a la duda. Por ello, en los delitos flagrantes, “las pruebas del hecho delictivo son tan evidentes que no necesitan mayor investigación”.

Por tanto, declaraciones posteriores carecen de la nitidez y precisión, y por ello las informaciones de las personas presenciales en fechas alejadas de la concurrencia de los hechos, no pueden servir de fundamento para privar, sin orden judicial, de libertad a alguien, cuando se sabe que a medida que pasan los días, detalles y algunos hechos se pierden en la memoria o se transforman. Las declaraciones obtenidas inmediatamente después de los hechos a que ellas se refieren son de la esencia del principio de originalidad

de la prueba, y si se refieren al delito en su integridad, resultan contundentes y certeras, alejando la duda.

Es por eso, que restringir la libertad de alguien, sin la garantía de la orden judicial, con base en declaraciones tardías, en propender al abuso, y hasta por este detalle de la ineficacia probatoria que tienen las declaraciones no controladas que se recogen en la fase investigativa, resulta importante que las pruebas del delito flagrante se obtengan inmediatamente a la ejecución del mismo, o al menos en un plazo que impida se deformen los hechos en la mente humana, si es que se trata de informaciones.

Las declaraciones tardías de quienes presencian un delito, así como las contradicciones entre sí, no pueden permitir la calificación de flagrancia. Por esto, si los testigos del juicio oral donde se juzga a alguien, señalan a un individuo del público como autor del delito, contradiciendo la anterior identificación del imputado, o cuando en el juez surge una duda sobre la veracidad o acuciosidad del testigo, no podrá ordenar la detención del señalado como reo in fraganti.

Explica Cabrera (2006), propone que la situación varía si los testimonios apuntan hacia el imputado, pero siempre que se refieran a la presencia de un coautor, el cual es señalado por los testigos como un integrante del público presente en las audiencias. En la fase de investigación

del proceso penal regulado por el COPP, las declaraciones de los terceros, en este caso quienes presenciaron en toda su integridad la perpetración del delito, no constituyen testimonios, ya que, conforme al artículo 222, testigo es el que declara ante un juez, y ellos no lo están haciendo, sino ante la autoridad de investigación.

De acuerdo al propio COPP (2008), en su artículo 303, ellos son informantes, pero esas informaciones a los efectos de que el Juez de Control pueda determinar si hubo o no flagrancia, cuando ponen a su orden el detenido, actúan como elementos probatorios, los cuales van a obrar sobre el criterio del juez, al igual que otros elementos de convicción recabados en la investigación, por ello, se insiste que la flagrancia es un estado probatorio, por lo que de su existencia para una ulterior declaración judicial dependen estas pruebas.

La providencia que dicte el Juez de Control, declarando la flagrancia y ordenando si rige el procedimiento abreviado o el ordinario, y dictando o no una medida privativa de libertad, es de carácter procedimental y cautelar. Para dictarla no necesita de total certeza de convencimiento que se exige para dictar fallos de naturaleza procedimental y no sobre el fondo de la causa; y para obtener verosimilitud no se requiere una completa actividad probatoria, sino elementos de convicción que permitan al juez obtener ese

grado de convencimiento. De allí, que para decidir, en principio, no tenga que oír testigos, sino leer actas. Cuando los presentes en el lugar de los hechos, frustran el delito o lo presencian, y en ambos casos detienen al delincuente, o al menos a uno, se está ante flagrancia propia, lo que coloquialmente se diría que fue atrapado con las manos en la masa.

Detención In Fraganti

Cabrera (2006), explica que pueden ocurrir varias situaciones inmediatas al delito presenciado, estas son:

1. Que se detenga a uno o varios de los partícipes del delito, en plena ejecución del mismo, o inmediatamente después.
2. Que no se capturen, pero sean conocidos por alguno de los que presenciaron el hecho.
3. Que no se capturen y sean desconocidos para los presentes en el lugar al momento del suceso, pero que puedan aportar sus características físicas.

4. Que no se detengan y que además los delincuentes cubrían sus caras, o estaban maquillados, por lo que resultan de imposible o difícil identificación.

En el primer supuesto a su vez puede acontecer que los aprehensores conozcan o no al detenido. En el caso de que no lo conozcan, corresponde a la autoridad policial establecer su identidad. En los otros dos supuestos siguientes, puede ocurrir que nadie en el lugar trató de arrestar a los autores, o que perseguidos huyeron; o que se les escaparon a los aprehensores.

En todos estos supuestos el delito flagrante existe. El ha sido presenciado en su integridad por una o varias personas que informaron al investigador o a la policía de lo que saben, y que conocen los hechos en su totalidad, faltando sólo en algunos de estos ejemplos la identidad del autor, pero éste, como persona, fue percibido como tal. El autor visible no es una máquina, ni un animal, es un ser humano que podrá ser identificado por la policía y reconocido por quienes observaron los hechos.

Pero, como estado probatorio, con las probanzas latentes, que han sido consignadas en la investigación, el delito flagrante no deja de serlo porque se capturó de inmediato al delincuente, o porque este no fue identificado al

instante, probatoriamente, el delito sigue flagrante, aun en el caso del encapuchado.

Pero, hay que hacer la distinción entre delito flagrante y aprehensión o detención *in fraganti*. Se trata de dos conceptos distintos, aunque unidos por un nexo de causa efecto. La detención *in fraganti* sólo es posible si hubo un delito *in fraganti*, pero por los hechos de que no haya arresto *in situ* del delincuente, o porque este huya, el delito que es su totalidad ha sido percibido por alguien, del cual hay pruebas de toda su extensión, continúa siendo flagrante y debe seguir produciendo los efectos que el COPP señala a la institución.

Cuasi Flagrancia

Lo anteriormente expuesto conduce a que sea necesario explicar las formas de detención *in fraganti*, lo que es conocido como cuasi flagrancia.

El artículo 248 del COPP (2008), al igual que el artículo 184 del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal de 1926, que fue reformado varias veces, se refiere a situaciones existentes en el siglo XIX, que han cambiado en la actualidad, y que crean un conflicto con la realidad, debido a que las disposiciones que definen la flagrancia deben ser interpretadas

restrictivamente, como lo ordena el artículo 247 del COPP (ob. cit.), al disponer: “Todas las disposiciones que restringen la libertad del imputado, limitan sus facultades y las que definen la flagrancia, serán interpretadas restrictivamente”.

Las dos situaciones de cuasi flagrancia que contempla el artículo 248 del COPP (2008), y que se tienen como delitos flagrantes son:

a) La persecución del sospechoso por la autoridad policial, la víctima o el clamor público.

b) Que al sospechoso se le sorprenda a poco de haber cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor.

Explica Cabrera (2006, 89), que ninguno de los dos supuestos están tipificados *per se* en las leyes penales, sin embargo, tradicionalmente las normas adjetivas patrias los equiparan, cuando rezan: “También se tendrá como delito flagrante aquel por el cual es sospechoso...”. Esta equiparación se entiende como que se pretende justificar la detención sin orden judicial del sospechoso.

Ser sospechoso es una valoración subjetiva de quien realiza la detención, pero que restringida por la propia letra del artículo 248 del COPP (2008), ya que no se trata de cualquier sospecha, sino la que nace con un fundamento razonable, por haber el aprehensor presenciado el hecho punible en pleno desarrollo, o que acaba de cometerse, o la que surge de ver a un sujeto perseguido por la policía o por una o varias personas; o merodeando en el sitio del suceso, momentos después de su acaecimiento (a poco), con signos objetivos de haber participado en el delito.

El primero de estos supuestos, el (a), trae tres situaciones distintas, pero que podrían combinarse; la primera es que la persecución del sospechoso la realice la autoridad policial. Tal persecución, así como la que inicia la víctima o la del clamor público, que son las otras dos previstas en el artículo 248 del COPP (2008), siempre se ha interpretado como una persecución en caliente que comienza en el sitio del suceso.

Esto es indudable con relación al clamor público. El sospechoso huye y el público lo señala y hasta lo grita, y cualquier policía o ciudadano, si puede, lo arresta. El Código Orgánico de Justicia Militar (1998), en su artículo 205, considera delito infraganti:

Aquel por el cual el culpable se vea perseguido por la autoridad o señalado por la opinión pública; o se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho en el mismo lugar donde se cometió, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el culpable.

Según Cabrera (2006), esta norma contiene un error, y que lo que se quiere decir fue clamor público, el cual da comienzo a la persecución en caliente. Ser señalado por la opinión pública, ni siquiera da idea de una persecución, lo que es ajeno a la cuasi flagrancia.

Asimismo, la víctima puede perseguir desde el sitio del delito al delincuente, pero si lo conoce, por ejemplo, puede ir a buscarlo a lugares hasta lejanos y capturarlo. En ese sentido, lo ha estado persiguiendo, a pesar que puede haber falta de continuidad en la persecución.

Pero, el caso de la persecución policial, en el siglo XXI es distinto, dado los avances de la tecnología con que cuenta la fuerza policial. Policialmente, la persecución en caliente de alguien puede durar días y hasta meses y por ello no deja de ser persecución de un sospechoso que huye y sigue huyendo de la escena del crimen. Pensar que una persecución hoy día consiste en unos policías corriendo detrás de una persona que huye del crimen, es una irrealidad, que no puede ser ignorada ni siquiera por la interpretación restrictiva que prevé el artículo 247 del COPP.

Policialmente, la persecución en caliente puede ser a pie, con vehículos y hasta helicópteros, tras alguien que identificado como el delincuente en el sitio de los hechos, se da a la fuga, aun cuando recibió la voz de alto o si lo hizo subreptivamente.

Es importante resaltar que el delito flagrante se refiere al que se está cometiendo o se acaba de cometer, y que es presenciado por alguien; pero la persecución corresponde a un momento posterior al delito, y eso a criterio de Cabrera (2006), es importante porque al responder a un tiempo posterior, así comience con motivo del delito, ella es una fase distinta, conceptualmente separable como tal del delito.

Puede ocurrir que el fugitivo desaparezca de inmediato; pero sea conocido de quienes presenciaron los hechos, y ante las sospechas fundadas en su contra, provenientes de la identificación de los presentes, la policía lo solicita en lugares, moradas, entre otros; distantes del lugar de los hechos. Se trata de una persecución en caliente, que puede durar tiempo y que hasta momentáneamente se suspende, por falta de recursos policiales o personales, pero que no por ello pierde su naturaleza de persecución de quien cometió un delito in fraganti.

Igualmente, si quienes huyen, pueden ser identificados policialmente con los elementos que se recaben de seguidas en la escena del crimen, tales como huellas dactilares que se transmiten electrónicamente a computadoras que cotejan las huellas que reciben con las almacenadas, e identifican a alguien positivamente; o como resultado del reconocimiento en el archivo criminal realizada por quienes presenciaron los hechos, o por retratos hablados y otros métodos biométricos, confeccionados bajo los aportes de las personas presenciales, se está ante una fórmula moderna de persecución policial, porque del sitio del suceso nace la cadena identificatoria que busca la captura de quien ha sido reconocido por los presentes, o cuyos signos identificatorios quedaron impresos en el lugar de los hechos presenciados por una o más personas.

Además, la persecución puede originarse por otras causas, el sospechoso huye en un vehículo cuyas características son suministradas por los presentes, tales como color, marca, número de placa, entre otro; el cual es avistado e interceptado por la policía, a quien se le comunicaron los datos por la red de comunicaciones, de seguidas a la consumación del delito.

Borjas (citado por Cabrera, ob. cit., 140), expresa que la ley venezolana no tiene un límite de tiempo a partir del hecho punible como hábil para perseguir. “La ley no fija norma alguna al efecto, y deja a la libre apreciación

del juzgador, según el caso, resolver si el tiempo transcurrido entre la perpetración del delito, y el encuentro del presunto autor, luce o no verosímil". Al respecto, el autor citado, opina de este comentario, que el delito flagrante produce persecución del delincuente identificado, y tal persecución existe mientras haya continuidad razonable en la búsqueda, sin límite de tiempo.

Ahora bien, la situación es distinta cuando no existe delito flagrante. Las huellas recogidas en el sitio deben ser cotejadas para que se identifique a alguien; y ellas podrían aparecer en el lugar de los hechos por otras razones o coincidencias, sin que denoten autoría. Al no existir flagrancia no hay persecución, sino una labor de identificación, de contrastar las diversas partes de la escena del crimen, y de los informes que vayan recopilándose en la investigación, y así el perseguidor llegare a un conocimiento sobre el autor, él no comenzó de inmediato la persecución, tuvo que cerciorarse mediante pesquisas, de que a quién iba a requerir y, por tanto, no está ante una situación flagrante, ya que la determinación de la autoría no es producto de lo precisado por quienes observaron el delito, y por ello puede existir un alto margen de error.

En la actualidad la persecución, que se caracteriza por su continuidad, no puede ser conceptualizada como hace un siglo. Si el delincuente huye de

la escena del crimen en un vehículo que toma una determinada vía, una autopista, por ejemplo, en la que lo intercepta una alcabala móvil que fue alertada por los sistemas de comunicación policial, así la detención sea en un lugar distante al de los hechos, tal captura debe considerarse in fraganti, ya que a pesar de que la persecución no se caracterizaba por ir, materialmente tras el fugitivo, no por eso dejaba de existir persecución, ni había cesado.

Otra situación es cuando el delincuente, en su huída roba un vehículo, apea al conductor y en dicho vehículo continúa la fuga, pero el automóvil o la moto está equipado con un buscador satelital que permite seguirlo y ubicarlo. En este caso, la utilización del sistema satelital (sistema de posicionamiento global o GPS), es parte de la persecución que abarca un nuevo delito flagrante, que es el robo del vehículo, ya que el delito flagrante puede desarrollarse en forma tal que se multiplique, o que se convierta en permanente.

Lo que es cierto es que la persecución, en cualquier caso, tiene que ser probada nítidamente para justificar el arresto. Los partes policiales, las cámaras de video incorporadas a los vehículos que hacen seguimiento, las deposiciones de los encargados de los sistemas satelitales, las declaraciones de los perseguidores, entre otros; deben servir de prueba de la

persecución en sí, la cual será concatenada con las pruebas del delito flagrante que conforma un eslabón diferente a la persecución.

Cabrera (ob. cit.), explica que no se puede entender que se diga que cesó el estado de flagrancia o la persecución porque el delincuente repele a los perseguidores, o se les escape por su habilidad. Aceptar esto es atar el instituto a un juego de azar, ya que la concepción sobre la flexibilidad de la persecución, se ubica en las corrientes modernas del derecho procesal venezolano sobre la flagrancia.

Al respecto, el artículo 116 parte *in fine*, de la Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (2005), dispone:

En el caso de detención flagrante de un individuo con dediles u otro tipo de envase en el interior de su organismo, bastará para fines de identificación con la radiografía u otro medio técnico o científico que se le practique, o el informe de los médicos de emergencia que lo hubieran atendido, hasta tanto se haga la experticia toxicológica de las sustancias.

Al transportista se le considerará tal porque se le encuentren los dediles u otro envase en el interior de su cuerpo; y la existencia de estos pequeños contenedores, se demuestra con la radiografía u otro medio técnico o científico que se le practique, o con el informe de los médicos de la

emergencia. Con estos elementos basta para detenerlo como reo in fraganti, aun cuando hasta ese instante no se conozca qué transporta, porque la sustancia no ha sido objeto de experticia toxicológica. En este caso se está ante una distensión del régimen de la flagrancia, basada en que si alguien transporta en el interior de su cuerpo alguna sustancia, es que la oculta, por ser ilícita; pero ésta es una persecución, ya que aún no se determina cuál es la sustancia, cuerpo del delito.

En este caso afirma Cabrera (2006), que si existe flagrancia cuando no se precisa el cuerpo del delito, pero se permite que éste luego se determine con la experticia toxicológica, distendiendo así uno de los elementos del delito flagrante, tomando en cuenta que no hay razón para que la persecución producto de la posterior identificación del delincuente, tenga un trato distinto por no comenzar de inmediato en caliente.

Otro supuesto de la cuasi flagrancia es el del merodeador. La extensión de la flagrancia, lo que tal vez se podría llamar el estado de flagrancia, alcanza a aquél que se le sorprende a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor.

No se trata del perseguido, ni de la persona que estaba cometiendo la fechoría y fue capturada al instante por esto, sino de alguien que no huye, que se mantiene en el sitio o cerca de el, y que puede estar incurso en dos posibilidades: (a) Es identificado por quienes presenciaron los hechos o por la víctima, ya que lo vieron cometer el delito, pero no lo detuvieron de inmediato ni lo persiguieron; (b) no es identificado por nadie, pero se hace sospechoso por su actitud, o porque ostenta a la vista de los demás, posibles elementos activos o pasivos del delito, tales como armas o instrumentos (elementos activos) u otros objetos, como podrían ser los elementos pasivos productos del robo o el hurto.

Igualmente, indicadores como heridas visibles, supuesta sangre en la ropa, entre otros; no los contempló la norma (artículo 248 del COPP), pero debe ser interpretada con amplitud, la frase “objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento la autoría”, como pueden ser la ropa ensangrentada, los jirones de la misma y otros; es decir, las huellas del delito.

Cabrera (ob. cit.), considera lamentable que al COPP se le olvidó considerar para este supuesto las marcas y trazas en el cuerpo, al igual que no repitió la letra del derogado CEC, que permitía el apoderamiento por el

aprehensor de los instrumentos del delito, los cuales al ser sometidos a experticia podrían comprobar la participación del detenido en el crimen.

Es posible que los redactores del COPP, cuerpo legal con gran preocupación garantista para el ciudadano, evitaran que los particulares pudieran catear a los sospechosos debido a que el artículo 205 ejusdem, encomendó la inspección de personas a la policía, cuando considere que haya motivos para presumir que alguien oculta entre sus ropas o pertenencias, o adheridas a su cuerpo, objetos relacionados con el hecho punible, y previa advertencia a la persona de la sospecha y del objeto buscado, cuya exhibición se pide, teniendo presente que como es común el delincuente se negará.

Este quehacer constituye un cambio en relación al CEC, donde el aprehensor del in fraganti, que podía ser un ciudadano, conforme al artículo 185, podía incautarle las armas y otros elementos, lo que hacía pensar que podía inspeccionarlo para cerciorarse de lo que hacía, y para que ello le sirviera de prueba de su conducta, al entregar al detenido a la autoridad.

Pero cuando el aprehensor en este último supuesto no es la autoridad policial, entonces hay que ser cuidadosos para entender cómo justificar la detención si no se presenta ante el investigador los objetos que lo hicieron entrar en sospecha, y que se asomaban de alguna manera del cuerpo o de la

ropa del arrestado. Si se interpreta la flagrancia en todas sus manifestaciones en forma restrictiva, como lo ordena el artículo 247 del COPP (2008), el aprehensor tiene vedado registrar al sospechoso, ya que ello sólo corresponde a la autoridad policial principal o auxiliar.

La existencia del artículo 205 del COPP al relacionarse con el 247, pareciera llevar a esta apreciación. El merodeador sólo podría ser capturado por los particulares, si los objetos activos o pasivos del delito son visibles. Los ciudadanos comunes, en supuestos como estos, donde existe la sospecha, pero no se conoce lo que carga encima el sospechoso, lo más que podrían hacer es informar a la policía, y quedar sujetos a que ésta ordene la inspección.

Esta parece ser la corriente que consideró el legislador patrio al no permitir, ni el COPP ni el Código de Enjuiciamiento Militar en su artículo 205, una disposición similar a la del artículo 185 del CEC. Si el particular requisase al sospechoso al capturarlo, estaría infringiendo el artículo 197 del COPP (2008), el cual dispone: “Los elementos de convicción sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforma a las disposiciones de este Código”. De allí, que de hacerlo el particular estos elementos de convicción no tendrían valor por provenir de un medio (acción) ilícito.

El denominador común de las distintas categorías de flagrancia descritas en el artículo 248 del COPP, es que el delito en toda su extensión (hecho punible – autoría), es conocido por alguien (uno o varios), quienes así pueden probar de una vez lo ocurrido por ser sujetos presenciales.

Esta realidad lleva a repetir que el concepto de flagrancia es un concepto ligado a la prueba. Se comprueba de una vez la autoría y el cuerpo del delito, no importa que otros partícipes o coautores no sean identificados totalmente o no resulten percibidos en la escena; y con los medios que comprueban los hechos de la totalidad del delito, debido a su peso probatorio, no se hace necesario insertarlos en un proceso penal, pudiendo acudirse a uno abreviado, tal como lo prevé el COPP en su artículo 372, numeral 1.

En el fondo, se trata de un asunto probatorio. La prueba completa del delito y su autor, como una sola unidad en apariencia existe, sin necesidad de ir sumando elementos de convicción que verifiquen un todo en ese sentido. Ello sin perjuicio de que se recaben aparte otras pruebas para comprobar móvil, coautores, detalles, entre otros.

Flagrancia como Sinónimo de Detención

Podría pensarse en otra concepción de flagrancia donde el acento pesa sobre la detención del autor del delito y no sobre la presencia de quienes observan los hechos. Esta visión fundada en la captura del criminal, se apuntaba en que la propia Constitución, cuando trata la flagrancia, lo hace desde la óptica de quién es detenido cometiendo un delito, y así el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), en su primer numeral dispone claramente que: “Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de orden judicial, a menos que sea sorprendido in fraganti”.

Entonces, lo importante sería la detención de quien se pille cometiendo un hecho punible de acción pública, o inmediatamente después de ejecutado; o la captura de alguien que huye o huyó del sitio o que continuó allí con los elementos activos o pasivos del delito. Aquí, es aspecto probatorio como clave para determinar la flagrancia, quedaría sustituido por lo concerniente a la detención o privación de libertad de una persona.

Cabrera (2006), opina que flagrancia y aprehensión estarían íntimamente unidas y se puede argüir que por ello el antiguo CEC, regulaba la captura y sus efectos, al igual que lo hace el artículo 248 del COPP. Luego, no existiría flagrancia si no hay detención inmediatamente a los

hechos delictivos, y tal condición, que permite la detención sin orden judicial, se perdería si el delincuente huye y no puede ser capturado de inmediato. La institución de la flagrancia quedaría entonces limitada a la detención de alguien sin orden judicial, porque se le encontró o sorprendió cometiendo un delito, o huyendo, o merodeando en la escena del crimen, a poco de cometerse.

El centrar el instituto en la captura está acorde con que el propio COPP, ordene interpretar la flagrancia restrictivamente (artículo 247, del COPP), indudablemente para preservar la garantía constitucional que otorga a las personas el artículo 44 de la Constitución de 1999, y sus semejantes en Constituciones anteriores. Esta posición no es que desdeñe lo probatorio, pero le resta importancia, siendo el núcleo de ella la captura del sospechoso y las distintas circunstancias que la ameritan.

Desde este ángulo de visión, si no hay preso *in situ*, o captura tras una persecución inmediata y continua del aprehendido, no hay flagrancia, así el delito o la persecución la presencia una multitud, ante quien actúa el delincuente. Se trata de una idea incluso temporal sobre la flagrancia, si la detención no es inmediata al delito, la flagrancia cesa, y para apresar luego a los imputados se requerirá de una orden judicial.

La normativa del derogado CEC de 1962, pareciera inclinar la balanza hacia esta posición, y dicho Código tendrá que ser analizado por haber instaurado en el país la institución. En su artículo 186 se definían las consecuencias de la flagrancia, mientras que en el 185, se regulaba la actividad del aprehensor, señalando el contenido de la diligencia que se firmaría ante la autoridad policial o el funcionario de instrucción que recibía al detenido. Además, señalaba el proceder del aprehensor, inclusive lo que debe hacer si se temía la fuga del detenido, por lo que pareciera que el eje de la flagrancia es la detención.

Artículo 185. El aprehensor pondrá inmediatamente al aprehendido infraganti, junto con las armas e instrumentos con que crea que ha cometido el delito o que fueren conducentes a su esclarecimiento, a la disposición de la más cercana autoridad de policía o funcionario de instrucción, quien hará entender una diligencia que firmará el aprehensor y el aprehendido, si supieren:

En esta diligencia se expresará:

El nombre y apellido del aprehensor y del aprehendido.

Las señales de éste si fuere preciso.

Las personas presentes en el hecho.

El lugar, día y hora en que tuvo lugar.

Las demás circunstancias que sirvan para averiguarlo o ponerlo en claro.

Si el aprehensor temiere la fuga del aprehendido o no pudiese entregarlo a la autoridad o funcionario, lo pondrá a disposición de cualquier cuerpo de guardia o fuerza pública, en cuyo caso tanto el jefe como el aprehensor están en el deber de dar parte, sin pérdida de tiempo, a la autoridad de instrucción más inmediata o al juez competente.

Artículo 186. El detenido como reo infraganti no podrá continuar en detención si ésta no es ratificada por auto expreso del juez de instrucción dentro de las noventa y seis horas de haber sido

puesto el detenido a su disposición. A tal efecto, el juez dará preferencia al sumario sobre cualquier otro trabajo del Tribunal y abreviará las diligencias sumariales hasta donde sea posible, con el fin de resolver sobre la libertad del indiciado dentro del plazo establecido.

Si el juez encontrare que el aprehendido no cometió ningún hecho que merezca pena corporal, deberá ponerlo en libertad.

Es más, el citado artículo 185 del CEC (1962), cuando pautaba que el aprehensor, sin distinguir los diversos casos de flagrancia, consignara las armas o instrumentos con que se ha cometido el delito o que fueren conducentes a su esclarecimiento, pareciera crear dudas sobre en cuanto a que lo importante es la presencia de quien percibe el delito y la prueba que aporta, y la idea contraria se vería apuntalada por una de las exigencias de la citada norma, al señalar el contenido de la diligencia de entrega del detenido, ya que ésta, junto con otros requisitos debe contener, “las demás circunstancias que sirven para averiguarlo o ponerlo en claro”. Pareciera que si se va a averiguar o aclarar es porque no hubo presencia cognoscitiva total y que, por tanto, ella no es la clave de la flagrancia sino la captura.

Dicha norma, que no fue reproducida por el vigente COPP, giraba exclusivamente sobre la aprehensión, y las circunstancias que sirven para averiguar o poner en claro el hecho, que debería contener la diligencia de entrega del preso, se convierten así en una consideración secundaria. Desde esta concepción, cuando no hay detenidos no hay flagrancia, así los hechos,

delito o fuga; sean observador por cientos de personas. Estos observadores declararían sobre lo que conocen, pero al no existir detenidos inmediatamente al delito, y por tanto a quien imputar de seguidas, el Ministerio Público no podría acudir al procedimiento especial llamado por el COPP, procedimiento abreviado.

En opinión de Cabrera (2006), resulta ilógico que porque no haya detenidos, un hecho captado en toda su extensión por una o varias personas, si es conocido por las autoridades policiales o el Ministerio Público, pierda la naturaleza de flagrante, y el autor identificado no pueda detenerse donde se le halle, sin orden judicial previa, a pesar de estar plenamente precisado.

En consecuencia, si lo avistase la policía no podría capturarlo en su escondite sin orden de allanamiento, y es más, tampoco podría ser detenido sin orden judicial preexistente. Se trata de un delincuente identificado, pillado con las “manos en la masa”, como se diría coloquialmente, pero que escapó de la persecución, o que simplemente los que presenciaron los hechos no se atrevieron a aprehenderlo.

Es así, que Cabrera (ob. cit.), afirma que existe flagrancia tanto en el delito cometido o que acaba de cometerse y que es presenciado por alguien,

sea o no autoridad, como en la detención del delincuente en el sitio de los hechos o donde se le persiga, si es que fue identificado a raíz del hecho punible, por ejemplo, por quienes lo conocían; o lo fue posteriormente durante la investigación criminal.

La detención en sí, escindida del delito es ilegal, y ello es oro indicio de que el meollo de la institución no es en el apresamiento sino en el delito. Para sustentar esto, el artículo 9 de la Ley sobre el Delito de Contrabando (2005), contribuye en esta apreciación al disponer: “Cuando conjuntamente con la aprehensión de mercancías, se produzca la detención flagrante de alguna persona en la comisión del delito de contrabando, se seguirá el procedimiento dispuesto en el Título II del Libro Tercero del Código Orgánico Procesal Penal”.

Tal como se puede apreciar, la detención tiene lugar porque se le capturó cometiendo el delito, y además, porque se encontró la mercancía que constituía el contrabando, hecho que viene a completar la interpretación presentada anteriormente en este punto.

La Flagrancia y el Delito Flagrante

La ley reconoce dos caras de la flagrancia, una, el delito flagrante; otra, la detención *in fraganti*; y a pesar de ser complementarias se trata de dos figuras disímiles. Si se toma como ejemplo el COPP (2008), tanto en su artículo 248 como el 372, número 1, hablan de delitos flagrantes, mientras que la Constitución vigente destaca la detención de la persona, no es el delito; y se refiere a la persona sorprendida *in fraganti*. Por su parte, el derogado CEC (1962), también distinguía delito *in fraganti* en su artículo 184, de aprehendido *infraganti*, artículo 185; lo que necesariamente atiende a situaciones distintas, así se complementen.

Cabrera (2006, 33), refiere que el delito *in fraganti* o flagrante, es “aquel de acción pública que se comete o se acaba de cometer, y es presenciado por alguien que sirve de prueba del delito y de su autor”, así no lo conozca, pero que ayuda a la identificación de alguna manera. En este caso, el aspecto probatorio es decisivo para determinar los efectos de esta cara de la flagrancia, puesto que sin ella no existe.

La presencia de personas en el lugar de los hechos, que sensorialmente los impresionan, convierten el delito en flagrante, y estas personas a su vez son la prueba de lo sucedido, por lo que delito flagrante y prueba se hacen inescindibles. La existencia de estas probanzas, a las cuales se pueden adicionar otras recogidas en la escena del crimen o en otros lugares donde se expande el delito, permiten al Ministerio Público

acudir al procedimiento abreviado, una vez capturado el imputado, ya que tienen material probatorio, en principio suficiente, para verificar los hechos de la acusación, proveniente de los informantes, que luego se convierten en testigos en el juicio oral.

Sin estas pruebas, no solo no hay flagrancia, sino que la detención de alguien sin orden judicial es ilegal, ya que no hay motivos para ella, y es por tanto arbitraria. Por ello, la flagrancia, al menos en cuanto al delito, es un estado probatorio. Si la prueba existe, se pasa al segundo paso, la detención inmediata sin orden judicial del presunto autor o del merodeador, o la persecución del indiciado con fines de apresararlo y, por supuesto, en todos los casos someterlo a juicio, se le mantenga o no en él privado de libertad. Pero en este caso la detención no es el núcleo de la institución, ya que el arrestado puede ser juzgado en libertad por el procedimiento abreviado o por el ordinario, según se escoja, siendo lo importante el delito flagrante.

La otra cara, según Cabrera (ob. cit., 34), la detención o aprehensión *in fraganti*, está referida a la “captura de las persona en el sitio de los hechos o posteriormente”, en los supuestos que se han llamado cuasi flagrancia. Esta privación de libertad sin orden judicial, debe ser interpretada restrictivamente, como lo expone el artículo 247 del COPP (2008), y a esta cara de la flagrancia le dedica el artículo 373, al especificar cómo debe ser la conducta

del aprehensor con relación al aprehendido y a su entrega al Ministerio

Público. Dicho artículo dispone:

El aprehensor dentro de las doce horas siguientes a la detención, pondrá al aprehendido a la disposición del Ministerio Público, quien dentro de las treinta y seis horas siguientes, lo presentará ante el juez de control a quien expondrá cómo se produjo la aprehensión, y según sea el caso, solicitará la aplicación del procedimiento ordinario o abreviado, y la imposición de una medida de coerción personal, o solicitará la libertad del aprehendido. En este último caso, sin perjuicio del ejercicio de las acciones a que hubiere lugar.

El juez de control decidirá sobre la solicitud fiscal, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes desde que sea puesto el aprehendido a su disposición.

Si el juez de control verifica que están dados los requisitos a que se refiere el artículo anterior, siempre que el Fiscal del Ministerio Público lo haya solicitado, decretará la aplicación del procedimiento abreviado, y remitirá las actuaciones al tribunal unipersonal, el cual convocará directamente al juicio oral y público para que se celebre dentro de los diez a quince días siguientes.

En este caso, el fiscal y la víctima presentarán la acusación directamente en la audiencia del juicio oral y se seguirán, en lo demás, las reglas del procedimiento ordinario. En caso contrario, el juez ordenará la aplicación del procedimiento ordinario y así lo hará constar en el acta que levantará al efecto.

Para justificar la captura, el aprehensor al entregar al detenido a la autoridad, a menos que sea ésta quien la efectuó, deberá indicar cómo ella se produjo, aportando los datos que permitirán al acusador, su fuera el caso, estructurar sus pruebas, al concatenar el delito con la detención.

De las dos caras de la flagrancia, la primera, el delito que es presenciado, para Cabrera (ob. cit.), es el que mayor atención debe dársele.

Esto puede ocurrir de la manera más natural, que fue la tomada en cuenta en la legislación sobre flagrancia del siglo XIX. Una o varias personas, víctimas o no, están delante de hechos delictivos en progreso, o que acaban de suceder.

La aprehensión del hecho por los presentes no sólo puede comprender el *iter* del delito, sino el conocimiento del autor del mismo, o de sus caracteres físicos o de otra índole, tales como voz, señas, entre otros; que permitan posteriormente identificarlo; y ese delito que se cometía o acababa de cometer, salvo casos, era presenciado por un número limitado de personas. Sólo delitos cometidos en teatros, parques o plazas, por ejemplo, podrían ser conocidos por muchas personas.

Quienes presencian el delito pueden ser autoridades policiales, principales o de apoyo, o particulares. Los primeros podrían estar en el sitio por coincidencia o bien esperando su ocurrencia, porque habían sido alertados del mismo, como en los casos de informaciones confidenciales, o podrían acudir estando en pleno desarrollo, porque fueron informados de alguna forma de lo que estaba sucediendo mediante llamadas telefónicas, anónimas o no, aviso por radio de un policía que observa algo extraño, o cualquier forma de advertencia.

Si se captura *in situ* el sospechoso, tanto el CEC, como el actual COPP, señalan el procedimiento a seguir, pero si no hay detención, las personas presenciales tienen de inmediato que declarar lo que conocen, ya que si no, no hay delito flagrante. Con las personas presenciales pueden ocurrir varias situaciones, si se trata de particulares: (a) concurren espontáneamente a la policía o al Ministerio Público, y se convierten en denunciantes; (b) identificados por los agentes policiales que cubren el suceso, se les cita para que colaboren con las investigación y sean interrogados (artículo 303 del COPP).

La comparecencia de los presentes en estos casos puede ocurrir en los momentos siguientes del delito, pero es una irracionalidad pretender esto en ciudades grandes, o con personas que tienen ocupaciones, que a veces deben cumplir con urgencia; de allí que, pretender que la declaración es una cuestión enmarcada dentro de un espacio determinado de tiempo que la ley no señala, es distinguir donde no lo hace la ley.

Por razones como el olvido, distorsión de los hechos, confusiones; las declaraciones deben ser en un tiempo que permita el inicio de la persecución, pero tal tiempo está determinado por las dificultades para informar, y ello debe quedar a criterio del juez que ha de calificar la flagrancia, quien ponderaría si se actuó o no con urgencia o inmediatez.

Cuando quien presencia los hechos o se apersona al lugar de su ocurrencia es la autoridad policial, ella debe practicar las diligencias necesarias y urgentes, entre las que están las propias declaraciones de los funcionarios actuantes, producto de las diversas inspecciones *in situ* (artículo 19, Ley de los Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Crimalísticas, 2001), y las actas de las diligencias destinadas a identificar y a ubicar a los autores y demás partícipes del hecho punible, así como las personas que pueden brindar información que contribuya con la investigación (artículo 19, ejusdem).

Si no hay persecución en caliente, hasta ese momento, estas diligencias, coetáneas con la presencia policial en el lugar de los hechos, son el inicio de esa persecución que finalizará con la captura del sospechoso, siempre que la persecución sea continua, sin decaimiento, lo que no significa que sea diaria.

Si bien es cierto que es el criterio del juez el que califica el delito flagrante y por tanto valida sus consecuencias, no es menos cierto que lo expresado hasta ahora es una buena guía para esa calificación, que en el actual sistema procesal penal, requiere que el juez tenga elementos de convicción que le permitan suficientemente hacer la calificación.

En el sistema del CEC, donde el sumario comenzaba de oficio o con una denuncia o una acusación, y donde se tomaba declaración a los testigos presenciales del hecho, tal como los denominaba el artículo 261, tales testimonios, y aun la denuncia a pesar de la discusión sobre sus efectos probatorios; arrojaban por si solos fundados indicios de culpabilidad contra el indiciado identificado, que permitía dictarle auto de detención sin declaración informativa previa, y esto constituía otro efecto del delito flagrante no contemplado expresamente en el CEC. Así, el delito flagrante quedaba separado nítidamente de la detención in fraganti.

En el COPP vigente, la situación es distinta, porque la privación judicial preventiva de libertad (artículo 250), que se puede lograr cuando existe un imputado y se presentan al juez fundados elementos de convicción, no conduce a un juicio inmediato.

El cuerpo del delito y la autoría en muchos casos quedaban plenamente comprobados con esas declaraciones, complementadas con otras probanzas que adelantaba la policía. En otras oportunidades, el cuerpo del delito quedaba probado, mientras que la identificación del delincuente se obtenía partiendo de lo presenciado por los declarantes, aunado a otras pruebas técnicas, u otros testimonios. La presencia en el sitio podía generar distintos

tipos de testimonios de acuerdo al delito, ya que en casos de una explosión, el sentido auditivo podría ser importante, así como el olfato permitiría detectar sustancias inflamables en el lugar, entre otros.

Por tanto, la flagrancia del delito quedaba limitada a lo presencial, apoyada en la aprehensión sensorial, se trata primordialmente de una presencia inmediata, sin intermediarios entre el testigo y los hechos. Pero en la actualidad, la presencia ante algunos hechos puede no ser *in situ*, y ello se debe a la televisión, cine o cualquier otro medio audiovisual o, simplemente visual, de transmisión de imágenes y sonidos (automáticos o no), lo que obliga asimismo a examinar estas posibilidades.

El delito flagrante, por tanto, se convierte en un estado probatorio de su acaecimiento pleno; es decir, de la captación de todo su desarrollo, lo que incluye la autoría, así no se logre de inmediato la identificación del autor ni la detención del delincuente, pero en lo recabado están las guías para tal identificación.

El delito flagrante implica inmediatez en la aprehensión de los hechos por los medios de prueba que los trasladarán al proceso, y esa condición de flagrante, producto del citado estado probatorio, no está unida a que se detenga o no se detenga al delincuente, o a que se comience al instante a

perseguirlo. Lo importante es que cuando éste se identifica y captura, después de ocurridos los hechos, pueda ser enjuiciado por el procedimiento abreviado, como delito flagrante.

Opina Cabrera (ob. cit.), que desde el ángulo que se vea la flagrancia, ella no es que responde a una sucesión inmediata de hechos que conduce al enjuiciamiento, ni encarna una situación fugaz, que pierde su condición, si no se actúa inmediatamente. La flagrancia como estado probatorio, que como una unidad abarca el delito y su autoría, debido a la presencia de los medios durante su ocurrencia, se separa de los otros delitos que no pueden ser presenciados en toda su extensión por nadie, ni directa ni indirectamente, y que requieren una labor de investigación para ir armando el rompecabezas de la autoría.

Es así, que el estado probatorio que envuelve el delito flagrante, que abarca cuerpo del delito-autoría, puede contener errores y hasta falsificaciones, lo que sucede en cualquier acontecimiento que quiere probarse, y por ello en el juicio oral se van a controlar y a contradecir las probanzas de los aspectos fácticos. Pero, como se trata de pruebas ya identificadas por el acusador y que representan la totalidad de los hechos, aunado a que una persona puede quedar privada de su libertad sin orden judicial, el legislador siempre consideró que debido a la calidad de la prueba

(original), el delito flagrante y su autor, pueden ser juzgados en un proceso breve, de allí la remisión que hace el COPP al proceso abreviado para conocer dicho delito.

La conexión flagrancia-estado probatorio, que es un aspecto clave, permite mantener la prueba, sin necesidad de la captura inmediata del delincuente. Pero se debe hacer énfasis en que el estado probatorio que nace de inmediato, se refiere a toda la secuencia u ocurrencia del delito de acción pública captado por las personas presentes.

El hecho delictivo fue presenciado al paternizarse, pero ello no incluye prueba de autores intelectuales, de coautores, motivos, extensión del delito a otros ámbitos, entre otros; se trata de hechos distintos, sucedidos en diversos tiempos y lugares, de los cuales muchos *per se* pueden no ser considerados como delictuales.

Surge así otro aspecto sobre la concurrencia que puede existir de flagrancia en el sentido de que los pasos previos (preparativos) del delito puedan haber sido también presenciados. Cabrera (ob. cit.), opina que no, puesto que la flagrancia, como tradicionalmente lo han expresado las leyes adjetivas patrias, se limitan al delito que se está cometiendo o que acaba de cometerse, a menos que se trata de un delito permanente, que siempre se

está cometiendo, y que se hace perceptible en todas sus etapas, o de un delito de desarrollo continuo como el de porte ilícito de armas, o el tráfico de drogas, que se descubre al inspeccionarse a una persona por esa sospecha u otro motivo.

Para calificar el delito flagrante, no es importante que el hecho delictivo impresione sensorialmente de manera uniforme a quienes lo presencian. Ello es natural porque la contesticidad en los testigos, por ejemplo, no significa que todos capten y expongan los eventos de una manera uniforme. Es más, la presencia humana puede generar percepciones contradictorias, y ellas serán dilucidadas en el proceso penal, ya que las diversas percepciones podrían obrar a favor del imputado. Lo que si resulta cierto es que el delito que es observado por las personas permite, de ser posible, la detención *in situ* del delincuente, bien sea cuando comete la acción delictiva o inmediatamente después, y tal captura *in fraganti* también forma parte integrante de lo que ha comentado sobre el estado probatorio de la flagrancia.

En estos supuestos quien hace la captura y pone al detenido a la orden de las autoridades, se convierte en un medio de prueba integral. Aquí se confunde, a efectos probatorios, delito flagrante con detención *in fraganti*.

No sucede lo mismo cuando quien arresta no presenci6 el delito, pero atendiendo a los llamados de los presentes, captura al se1alado por quienes lo llamaron, en el lugar de los hechos o en otro inmediato. Su testimonio, en cuanto a la aprehensi6n se confunde con los de los perceptores del delito flagrante, formando un solo cuerpo probatorio del conjunto f6ctico, pero hubo dos pasos entre delito flagrante y detenci6n in fraganti.

Puede suceder que quienes percibieron los hechos persiguen al autor o al sindicado por ellos como tal, que huye, y que lo arresten como resultado de esa persecuci6n en aliente. Tambi6n puede ocurrir que personas diferentes a los perseguidos, pero que se sumaron a la persecuci6n, sean quienes detengan al fugitivo. En este 6ltimo supuesto claramente tambi6n hay dos situaciones, el delito cometido y la hu6da o intento de escape, m6s el arresto; e igualmente dos bloques de prueba, aunque se conjuguen a efectos procesales. Estas situaciones operan igualmente con merodeador a quien se le encuentran objetos ligados al delito, es necesario que 6ste exista y que los objetos tengan conexi6n con el hecho delictivo. Si los objetos o instrumentos no los tienen encima, no habr6 flagrancia al no darse el tipo del art6culo 248 del COPP.

Por otra parte, cuando el sospechoso escapa, cesa la persecución, pero ello no implica que posteriormente no se reactive, cuando se identifique al sujeto, si es que ya no lo estaba, tal como se señaló en párrafos anteriores.

Explica Cabrera (2006), que habría que ver entonces si por ello la flagrancia se rompe. Si a raíz de los sucesos el fugitivo está identificado, los pasos posteriores tendentes a su apresamiento, son parte de la persecución por la autoridad, prevenida en el artículo 248 del COPP, y si ésta se concreta es in fraganti, ya que la persecución no ha perdido continuidad por el hecho que no se detuvo al indiciado en las horas o días subsiguientes al hecho, ya él está sindicado por el delito flagrante.

En este sentido, el artículo 20 de la Ley de los Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (LICPYC, 2001), dispone:

El Fiscal del Ministerio Público encargado de la investigación, solicitará al juez competente la orden de allanamiento del inmueble, así como la intercepción o grabación de comunicaciones privadas, sean estas ambientales, telefónicas o realizadas por cualquier otro medio, cuyo contenido se transcribirá y agregará a las actuaciones, siempre y cuando se cumpla con los señalamientos sobre el delito investigado, tiempo de duración, medios técnicos a ser empleados y el sitio o lugar donde se efectuará. Los funcionarios del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, a cargo de la investigación podrán solicitar directamente la orden referida en el presente artículo, previa autorización por cualquier medio del Ministerio Público, de la cual dejarán constancia en sus respectivos libros

diarios los funcionarios intervinientes, siempre que se trate de un supuesto que por la necesidad o urgencia requiera celeridad en la realización de las actuaciones. En todo caso la solicitud deberá contener las razones que la justifican.

Las actuaciones realizadas con prescindencia de lo previsto en el presente artículo, se considerarán carentes de valor probatorio.

Sólo en los casos de delitos flagrantes, los funcionarios del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas podrán actuar con prescindencia de lo establecido en el presente artículo. En todo caso se dejará constancia de lo actuado en el informe que se remitirá al Ministerio Público.

En los casos de delitos flagrantes, los funcionarios del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas podrán actuar sin orden de allanamiento de inmuebles, así como podían interceptar o grabar comunicaciones privadas, sean éstas ambientales, telefónicas o realizadas por cualquier otro medio, sin orden del juez competente. Esto significa que el delincuente no se ha capturado, que se le está persiguiendo, no necesariamente de inmediato a la perpetración del delito; y por ello se visitan lugares privados, o se interceptan llamadas telefónicas u otro medio de comunicación privada, a fin de ubicar y detener al autor del delito flagrante.

Lo anterior resulta de las facultades que otorga el citado artículo 20 de la LICPYC, a la policía en los casos de delitos flagrantes, chocan con los artículos 60 y 48 de la Constitución de 1999, que prohíbe los allanamientos y las intervenciones a las comunicaciones privadas (correspondencia) sin orden judicial, también vedadas sin dicha orden por el artículo 220 del COPP.

Lo cierto es que a la policía se le dota de herramientas durante la persecución de los autores in fraganti, y si bien no pueden realizar a motu proprio los allanamientos en busca del fugitivo, ni las intervenciones y grabaciones telefónicas, si podrán hacerlo con orden judicial previa como parte de la persecución. Luego, la norma comentada contempla en casos de flagrancia, una persecución no inmediata al delito.

Vale la pena destacar, que si bien los artículos constitucionales prohíben los allanamientos sin orden judicial, a menos que sea para impedir la perpetración de un delito; así como la intervención de las comunicaciones privadas por parte del Ministerio Público o la autoridad policial, las normas de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que protegen la inviolabilidad de la correspondencia, y que por mandato el artículo 23 de la Carta Magna, tiene rango constitucional, lo que señala es que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra injerencias y ataques arbitrarios en su domicilio o su correspondencia (artículo 17 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2001), por lo que la prohibición del artículo 20 de la LICPYC, contemplado en la ley, podría considerarse que en los casos urgentes allí señalados, no constituyen injerencias arbitrarias, sino legales. Además, la Ley Aprobatoria sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos (2001), en su artículo 11,

al proteger el domicilio y la correspondencia, reproduce la letra del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La situación luce distinta cuando quien huye no ha quedado identificado, ni puede hacerse por lo aportado por los presentes, y por lo tanto, no hay persecución, hay que establecer previamente quien es el autor, ya que surgen dudas sobre la autoría, y tales dudas ya quiebran la ecuación que conforma la flagrancia, cual es una precisión sobre el delito y su autor, y una posterior persecución de quien, por la precisión anterior, se tiene como criminal.

Cuando a raíz de los hechos la identificación del delincuente no existe, no puede perseguírsele, siendo necesario como paso antecedente, determinar quién es el delincuente, lo que es algo que exige pesquisas, verificaciones a nivel policial, para luego ubicarlo y detenerlo, pero tal arresto se basa en suposiciones, en sospechas, en poder conectar delincuente con delito, y esto rompe la exigencia de delito flagrante, el cual, al menos, permite a partir de lo presenciado, la identificación del delincuente. De allí que el delincuente que oculta sus caracteres fisonómicos pueda en algunos casos, a falta de otras claves identificatorias, burlar los efectos de la flagrancia.

La Flagrancia en el CEC y el COPP

En el CEC el delito flagrante producía efectos que iban más allá de permitir la detención *in fraganti*, como era el establecer fundados indicios de culpabilidad contra alguien, que no fue capturado *in situ*, a quien se le dictaba auto de detención, sin necesidad de oírlo previamente mediante la llamada declaración informativa en el vigente COPP, fundado en el sistema acusatorio, parece que el delito flagrante pierde fuerza en relación a sus efectos; ya que contra el indiciado por las declaraciones, no se dicta un auto que comience el juicio contra alguien.

La anterior apuntación se funda en que los perceptores de la flagrancia no son recibidos como testigos en el actual proceso de investigación penal, a menos de que sean parte de una prueba anticipada, y al no ser recibidos como testigos, sino como informantes por el órgano investigador, su dicho, a los efectos de la investigación no produce otro efecto que permitir al Ministerio Público solicitar al Juez de control una orden de captura contra quien para la Fiscalía es sospechoso de ser el autor.

Si el supuesto autor no se le detuvo de inmediato, ni con motivo de la persecución, sino que tuvo que ser identificado mediante una pesquisa, el no puede ser tenido como sujeto a ser detenido por flagrancia, y por lo tanto las

fases del proceso penal aun no comienzan respecto a él. Sólo después que se expide la orden se procederá a detener al solicitado; si es que se le encuentra, ya que él, en principio, no es perseguido. Este es el principio general. Si durante la ejecución del delito o inmediatamente a él, se detiene a alguien, el aprehensor, sea autoridad o particular, lo pondrá a disposición del Ministerio Público dentro de un lapso que no excederá de doce horas a partir del momento del arresto.

Ante el Ministerio Público pueden acudir de una vez cualquiera de los aprehensores dentro del lapso señalado, pero si se trata de un particular que lo entrega a la autoridad, el término corre para la autoridad igualmente desde que el particular dice que apresó al sospechoso. Por ello, es importante la confección de un acta inalterable (artículo 117 del COPP), donde se asiente lugar, día y hora.

Dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a su entrega, el Ministerio Público presentará al detenido ante el juez de control a quien expondrá como produjo la detención (artículo 373 del COPP), aprehendido que podría ser presentado sin identificación, ya que ello no se exige en los casos de flagrancia (artículo 117, numeral 5 del COPP), y podría aun no constar su propia identidad (artículo 126 del COPP). Revisando el artículo 373 del COPP, con las normas del CEC se encuentra una grave omisión en

el COPP, al callar actividades que aparecen en el CEC y que den ser informadas al Juez.

Cabrera (2006), explica que el artículo 373 del COPP nada aporta sobre cómo se produjo la detención, ya que es necesario que para ello exista un delito flagrante y este debe ser informado al juez con los soportes que hacen verosímil su ocurrencia. Sólo así el juez de control podrá calificar si hubo flagrancia y que la aprehensión, es in fraganti.

Sólo como un soporte probatorio, así sea fundado en el dicho de las personas presenciales que constan en las actas de la investigación, podrá el juez de control determinar si hubo delito flagrante y aprehensión in fraganti, y por tanto ordenar la aplicación del procedimiento abreviado o del ordinario, según la petición del Ministerio Público, y la libertad del detenido o aplicarse una medida de coerción personal. Por ello, Cabrera (op. cit.), estima que si la autoridad policial detiene al sospechoso de inmediato debe comenzar la investigación (auto de inicio de la investigación), que se refiere al prisionero.

De no estar administrada a prueba de la verosimilitud de los hechos (delito flagrante), que acompañan la presentación del detenido ante el juez de control por parte del Ministerio Público, el juez de control deberá liberar al apresado, y no siquiera dar curso a la apertura del procedimiento ordinario,

que comienza con la fase preparatoria, ya que no hay prueba alguna de la comisión de un hecho punible de acción pública. Se trata de la palabra del aprehensor contra la del detenido que niega los hechos, o guarda silencio, a menos que exista en actas declaración del detenido que complemente la de su captor.

De allí que luce exiguo el lapso de treinta y seis (36) horas que el artículo 171 del COPP otorga al Ministerio Público para, a partir de la recepción del apresado, presentarlo al juez de control. Además, la simple entrega del prisionero por parte de quien lo capturó aunado a una declaración del captor de cómo se produjo la aprehensión, no puede bastar para que el Ministerio Público presente al apresado ante el juez de control, con la sola declaración del captor.

Por eso, refiere Cabrera (ob. cit.), que la presentación debe ir acompañada de otros elementos que hagan verosímil la existencia del delito flagrante. Son estos elementos los que fundan la detención, y a su vez son la garantía de que en algunos delitos, como el tráfico o el consumo de drogas, o el porte ilícito de armas, la policía no siembre en el prisionero lo que constituye el cuerpo del delito. Si requieren justificación de que existió un delito flagrante y que el prisionero fue capturado in fraganti, dentro de los parámetros de la ley.

Realmente es exiguo el lapso para recabar los elementos justificativos. Dentro de las doce (12) horas siguientes a la detención, el aprehensor pondrá al aprehendido a la orden del Ministerio Público. Si la detención la hizo la policía, o un particular que lo entregó a la policía, ésta tiene doce (12) horas para practicar las diligencias necesarias y urgente, como son las referentes al aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración del delito (artículo 284 del COPP), y una vez dentro de las doce horas puesto el detenido a la orden del Ministerio Público, éste tiene treinta y seis horas para presentarlo ante el juez de control, horas que debe dedicar a recoger las futuras pruebas sobre el delito flagrante (cuerpo del delito).

Afortunadamente, como el delito flagrante atiende a este estado probatorio, al menos las personas que presenciaron el mismo, estarán identificadas y se les podrá, en actos de la investigación, recibir la información. Dentro de los corto de estos lapsos, pareciera que el Ministerio Público debiera tener una unidad, división o departamento dedicado a la flagrancia.

CAPÍTULO III

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LAS NORMATIVAS

VIGENTES QUE REGULAN LA ACTUACIÓN DE

LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN CASOS

DE FLAGRANCIA

Calificación de la Flagrancia

Para dar inicio a este capítulo, se considera pertinente hacer una revisión de la calificación de la flagrancia para poder comprender mejor el procedimiento que se debe llevar a cabo. Un aspecto un poco álgido en la aplicación del procedimiento de juzgamiento derivado de la sorpresa en la comisión del delito lo constituye la calificación de la flagrancia por el Juez de Control. Los tres supuestos del artículo 372 del COPP señalan los tipos de delitos para los que el titular de la acción penal podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado, pero de la utilización del vocablo resaltado se infiere que es de su potestad o no la aplicación de ese procedimiento en tales supuestos.

Por su parte, el artículo 373 del COPP (2008), establece que una vez puesto el aprehendido a disposición del Ministerio Público, éste lo presentará

dentro de las treinta y seis horas siguientes ante el Juez de Control, a quien expondrá cómo se produjo la aprehensión, "... y según sea el caso, solicitará la aplicación del procedimiento ordinario o abreviado", destacándose también aquí la potestad que tiene el Ministerio Público de solicitar la aplicación de cualquiera de los dos procedimientos.

Al respecto Nuñez (2005), opina que resulta evidente el error de la sintaxis en que incurre el legislador en el artículo 373 al establecer que el Ministerio Público, "...solicitará la aplicación del procedimiento ordinario o abreviado ...", lo que parece referirse a un mismo procedimiento que sería a la vez ordinario y abreviado, siendo que propiamente se ha debido establecer la disyuntiva de solicitar la aplicación del Procedimiento Ordinario o la del Procedimiento Abreviado.

En este orden de ideas, la Magistrada de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, Doctora Blanca Rosa Mármol de León, en voto salvado emitido en sentencia dictada por la Sala con ponencia del Magistrado Doctor Alejandro Angulo Fontiveros, en fecha 14 de Agosto de 2002, en el Expediente N° 2002-000035, expuso que resulta necesario para que se establezca la flagrancia que:

1. La inmediatez temporal, que se esté cometiendo el delito o que se haya cometido instantes antes.

2. Inmediatez personal, que consiste en que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación de relación con el objeto o instrumentos del delito que constituya prueba de su participación; y
3. La necesidad urgente que justifique que los funcionarios actuantes se vean obligados de intervenir inmediatamente con el fin de determinar la actividad delictiva, deteniendo a los autores y aprehendiendo los efectos del delito.

Tal como se puede apreciar, el primero de tales requisitos resulta imprescindible para casos que están enmarcados en el supuesto constitutivo de la flagrancia real, es decir, los que se dan cuando el delito se esté cometiendo, situación en la que no deberían presentarse mayores problemas en la actividad calificatoria de la flagrancia, puesto que en la flagrancia real concurren los elementos que la posibilitan y que además, facilitan su calificación; una de carácter objetivo, consistente en la comisión del hecho punible, y otra de carácter subjetivo, determinado por la presencia del autor de ese hecho, que a su vez se encuentra precisa e inequívocamente identificado por el aprehensor, no existiendo dudas en cuanto a ambos elementos. En los casos de flagrancia real, el ente acusador dispone de un acervo probatorio suficiente que debe permitirle demostrar la ocurrencia del hecho, y en principio, la responsabilidad del autor del mismo.

Ese primer requisito también es válido para los casos de cuasiflagrancia, es decir, aquellos en que el delito acaba de cometerse, o el

autor del hecho es perseguido por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor popular; por cuanto en tales casos la norma legal exige también una relación de carácter temporal inmediato entre el momento de la comisión del hecho y el momento de la aprehensión o de la persecución del autor del mismo, constituyendo una exigencia táctica para el supuesto de la persecución que durante el desarrollo de la misma no se produzca una solución de continuidad en la individualización o identificación de dicho autor, y es por ello, explica Nuñez (2005), que si el perseguido se refugia en su propio domicilio o en alguno ajeno, por cuanto el perseguidor no lo ha perdido de vista en ningún momento, la aprehensión practicada por cualquiera de las personas señaladas en la norma, no resulta ilícita.

La esencia de la autorización legal para la aprehensión en la modalidad de la cuasiflagrancia, guarda relación con la estructura volitivo-cultural de cada persona, ya que en muchos casos, ante el temor por el posible mal que podría devenirle como consecuencia de haber sido sorprendido en la comisión del hecho punible, resulta altamente probable la huída del autor en cuestión.

El tercero de los indicados requisitos, que algo se ha comentado anteriormente por ser común a todos los tipos de flagrancia, hace referencia a la situación de urgencia que posibilita la actuación justificada de la

autoridad o de un particular para aprehender al autor del hecho en los casos de flagrancia real y cuasiflagrancia, o al sospechoso de dicha autoría en casos de flagrancia presunta; y el segundo de los citados requisitos ejerce la rectoría de los casos de flagrancia presunta, los cuales, por la propia estructuración de este tipo de flagrancia, si ofrecen generalmente algún tipo de problemas en la oportunidad de la calificación de la misma, puesto que la flagrancia presunta, a partir de su propia contradictoria denominación, se presenta como una fuente de importantes problemas de carácter doctrinario y prácticos.

En efecto, resulta por demás contradictorio el nombre compuesto de flagrancia presunta, atribuido a este tipo de flagrancia, y sólo basta con examinar las acepciones gramaticales de los vocablos que lo componen para advertir la denuncia o contradicción.

En este sentido, hay que hacer referencia a que la palabra presunta se entiende como supuesto, y entre sus sinónimos se encuentra también el de hipotético, que sería sin lugar a dudas la aplicable para el caso de esta investigación, es decir, que cuando se habla de sorprendimiento en flagrancia se está aludiendo básicamente a un hecho punible que se está cometiendo, y que tal como dice la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (citado por Nuñez, 2005, 87), alguien debió haber percibido

sensorialmente, “pero que sin embargo, en el caso de la flagrancia presunta puede devenir hipotético”.

Existen algunos criterios, seguramente buscando disminuir el evidentísimo carácter contradictorio del indicado nombre que denominan *flagrancia equiparada*, a este tipo de flagrancia presunta, que podría parecer más apropiado, pero que en todo caso tampoco resulta exacta, ante la específica circunstancialidad que da lugar a la mal llamada flagrancia presunta o equiparada, constituida dicha circunstancialidad por la tenencia por parte del sospechoso de armas, instrumentos u objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que dicha persona es el autor, circunstancialidad esta de la tenencia que es lo único que tiene visos de flagrancia en dichos casos.

Núñez (2005), explica que por esa razón algunos códigos, como el Código Federal de Procedimientos Penales de México, tratan de amoldar la extensión de la mal llamada flagrancia presunta, limitando bastante, en comparación con otras muchas otras legislaciones, entre ellas la venezolana, las circunstancias que pueden permitir que se considerado como flagrante un hecho no percibido sensorialmente por alguna persona en el momento de su cometimiento.

La ausencia en la legislación venezolana para la llamada flagrancia presunta de requisitos de procedibilidad como los establecidos en la legislación procesal penal mexicana por ejemplo, relativiza la relación de inmediatez entre la ocurrencia del hecho y el sorprendimiento del aprehendido, puesto que este no fue individualizado o identificado durante la comisión del hecho punible sino que fue sorprendido en un momento posterior en circunstancias que por virtud de la ley, permiten presumirlo incurso en la comisión de tal hecho.

Es por eso, que la problemática que se plantea entonces, no sólo por la entidad del delito cometido, ya que independientemente de su gravedad sólo se requiere que amerite pena privativa de libertad, sino también en cuanto a la determinación de la extensión del tiempo que debe considerarse contenida dentro de la extensión, a poco que se coloca entre el momento de la comisión del hecho y el momento en que se sorprende a la persona.

El autor colombiano Martínez (2004, 452-453), comentando la norma similar contenida en el Código de Procedimiento Penal de su país, expone que:

Se cree que no se puede relacionar con términos absolutos de segundos, minutos, horas o días. Se trata de adecuar, a cada caso, la posibilidad de que el delito se haya cometido con esos objetos o armas o de que estos provengan de su ejecución. Habrá casos en que el sindicado acaba de cometer el hecho, en otros

puede estar huyendo si el delito lo cometió minutos u horas antes, pero las armas o elementos que portan indican con claridad que provienen del delito. En síntesis, se trata de un concepto relativo que el funcionario analizará detenidamente con racionalidad y lógica en cada caso.

Aun cuando luce acertado el criterio de este tratadista colombiano, en el mismo puede advertirse fácilmente el peligroso sesgo que podrían devenir del detenido análisis racional y lógico, pero en todo caso discrecional en los casos de flagrancia presunta, al permitir la ley venezolana, sin mayores limitaciones, como por ejemplo las que establece la ley procesal penal mexicana, que puede presumirse la autoría del hecho por parte del aprehendido sólo por la circunstancia de la obtención en su poder de armas, instrumentos u otros objetos relacionados con algún hecho punible, tenencia esta de tales elementos por parte del aprehendido que sería lo único que podría ser calificado de flagrante.

En la flagrancia presunta, deleznable cuanto absurda elaboración de la doctrina, aceptada en una inmensa cantidad de legislaciones, existe un innegable contenido de subjetividad que tal como lo propone Martínez (ob. cit.), debe ser racionalmente sopesado por el Juez de Control al efectuar su trascendente y delicada labor de calificación de flagrancia.

No se descarta que existen delitos antonomásicos para la aplicación de la mal llamada flagrancia presunta, verbigracia los que se cometen en los establecimientos comerciales comúnmente llamados chiveras, dedicados a la venta de repuestos usados para automóviles, en los que en muchas oportunidades, las correspondientes autoridades de inspección de tales establecimientos, han encontrado repuestos de origen ilícito, pero hay que observar que claramente se pone de manifiesto lo que se viene sosteniendo, no hay flagrancia en la comisión del delito de hurto de automóviles para su venta por partes usadas, la flagrancia se circunscribe a la tenencia de repuestos usados provenientes del delito.

Sin embargo, no debe soslayarse que el Juez de Control está encargado *ab initio* de controlar la constitucionalidad del proceso penal, y en tal sentido, no obstante, la atribución al Fiscal del Ministerio Público de poder proponer o no la aplicación del Procedimiento Abreviado, independientemente del tipo de flagrancia que alega, será finalmente el funcionario jurisdiccional, a la luz de la verificación por su parte de que están o no dados los requisitos que determinan que un hecho pueda ser considerado como flagrante, quien decretará la aplicación del Procedimiento Abreviado o del Procedimiento Ordinario.

Resulta apropiado citar el interesante criterio contenido en algunas sentencias dictadas por el Juzgado Decimoctavo de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, a cargo del Dr. Braulio Sánchez (2002), quien negándose a admitir la posición contrafáctica que eventualiza para el Ministerio Público el encabezamiento del artículo 372 del COPP, valiéndose de un interesante planteamiento fundado en una supuesta evitación de una violación al texto constitucional refiere, "...ya que, ni el Juez, ni el representante Fiscal, pueden cambiar los hechos, ni pueden a su capricho mutar la realidad, la fenomenología de los hechos, que hablan por sí solos...", en casos de detenciones *in fraganti*, ha calificado la flagrancia y decretado la aplicación del Procedimiento Abreviado no obstante que el Ministerio Público hubiere solicitado la aplicación del Procedimiento Ordinario.

Tal como se puede apreciar, y sin restarle mérito al planteamiento anterior, tiene más lógica la situación contraria, es decir, la que permite para el Ministerio Público, de conformidad con el artículo 373 del COPP, la alternatividad entre el Procedimiento Abreviado y el Procedimiento Ordinario, por cuanto la norma constitucional que establece que la detención de una persona sólo puede producirse en uno de dos casos, por orden judicial o por sorprendimiento en delito flagrante, no indica que en este último caso se deba proceder de una forma o con un procedimiento específico, y sólo exige

que la persona así aprehendida sea llevada ante la autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas tomando en cuenta el momento de la detención, y el mencionado artículo 373, sin afectar ninguna disposición constitucional, señala que en los casos de flagrancia, el Ministerio Público puede optar entre cualquiera de los dos procedimientos, el abreviado o el ordinario.

Lo anterior significa, que lo que atiende a la fenomenología de los hechos es la aprehensión, es decir, la forma, en flagrante delito, en que se produce la detención de la persona, pero no obliga ese tipo de detención a que el juzgamiento de esa persona se efectúe en una forma determinada, el tipo de juzgamiento atenderá a la solicitud que formule el Ministerio Público a la luz de los elementos probatorios de que disponga, o en todo caso a la decisión, que incluso de oficio, podría tomar el Juez de Control en cuanto a que se juzgare al aprehendido por la vía del Procedimiento Ordinario, o sea, que el Procedimiento Abreviado puede producirse como consecuencia de una aprehensión *in fraganti*, tal es el supuesto del numeral 1° del artículo 372 del COPP, pero en todo caso, tal tipo de detención constituye una especial forma de inicio del proceso penal.

Es por ello, que independiente de la posición asumida por el Ministerio Público, el Juez de Control, aún de oficio, debería negar la aplicación del

Procedimiento Abreviado y ordenar la aplicación del Procedimiento Ordinario, cuando puesto a su disposición el aprehendido *in fraganti*, advierta que no se encuentran disponibles los elementos de convicción que posibilitarían el juicio oral y público inmediato. En tal caso, y en aquellos otros de aprehensión *in fraganti* en que el Ministerio Público pida la aplicación del Procedimiento Ordinario, dándole cumplimiento a lo que establecen los supuestos de los artículos 251 y 252 del COPP, el Juez de Control deberá dictar una medida cautelar sustitutiva de la privación de libertad.

En síntesis, el Juez de Control dispone de un lapso de cuarenta y ocho horas contadas a partir del momento desde que ha sido puesto el aprehendido para decretar o no la aplicación del Procedimiento Abreviado, y siendo que ordenare su aplicación remitirá las actuaciones al tribunal unipersonal que convocará directamente al juicio oral y público a celebrarse dentro de los diez a quince días siguientes, y no obstante que el tercer aparte del artículo 373 del COPP señala que el Fiscal del Ministerio Público y la víctima podrán presentar su acusación en la audiencia de juicio oral, debiendo aclararse que tal situación fue corregida por la jurisprudencia contenida en la sentencia de fecha 1° de Julio de 2003, dictada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros, en la cual se fija una audiencia previa a la celebración del juicio oral y público a celebrarse en el Procedimiento

Abreviado, con el propósito de que las partes ofrezcan pruebas y para que además el imputado se imponga del contenido de la acusación.

En consecuencia, si la acusación del juez de Control ordena la aplicación del Procedimiento Ordinario, éste debe remitir las actuaciones al Ministerio Público con el propósito principal de que se continúe con la investigación correspondiente, y de esta manera poder llegar a la instrucción de la causa.

El Procedimiento Abreviado

Con el propósito de analizar el procedimiento ordinario, a continuación se explicarán por fases el mismo, teniendo presente que en este tipo de procedimiento especial no existe una fase preparatoria como la establecida en el procedimiento ordinario.

Fase Preparatoria

La doctrina es unánime al señalar que la fase preparatoria consiste en la recolección de todos los elementos probatorios para poder fundar una acusación. Binder (1999), explica que en dicha fase se trata de superar un

estado de incertidumbre mediante la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar la información que acabe con esa incertidumbre.

La fase de investigación se caracteriza por la orientación a la recolección, identificación y preservación de datos que determinen la existencia o no de un hecho delictivo y determinar a su autor. En esta etapa existe una cierta ignorancia respecto a lo que el investigador trata de conocer, y una vez superada la incertidumbre y obtenido un cierto grado de criminalidad objetiva, se podrá intentar una acusación.

Dentro del ordenamiento penal adjetivo, se puede considerar la flagrancia como un requisito de procedibilidad, y en igual sentido la encontramos en el artículo 44 ordinal 1° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), el cual faculta a que una persona sorprendida en delito flagrante sea privada de su libertad y llevada ante la autoridad judicial, para que de esta manera se dé lugar al inicio de un procedimiento, que se caracteriza porque las pruebas se encuentran en el hecho flagrante, y con ellas es suficiente para sustentar un eventual imputación.

El hecho de sorprender a una persona en un delito in fraganti es garantía de obtener, en ese mismo hecho, todas las pruebas necesarias para

solicitar al juez de control la calificación de la flagrancia, pero eso no es así en todos los casos; al fiscal le pueden presentar a un sujeto que haya sido aprehendido en el momento en que era señalado por una mujer (víctima) como la persona que le robo sus prendas, pero puede suceder que nadie observó, por eso habría que establecer si el fiscal puede solicitar la calificación de flagrancia ante el juez de control con la promesa de que el hecho será probado en juicio. Es evidente que el hecho encuadra en uno de los supuestos del artículo 248 del COPP (2008), pero hay que tener presente la forma en que el fiscal probará el hecho, y en que su acusación en juicio no tenga un vicio sustancial de fondo para que sea admitida.

En razón de lo anterior, cuando un sujeto es detenido in fraganti, el fiscal debe observar, entre otras cosas, los medios de prueba con los cuales cuenta para fundar su acusación; medios éstos que extraerá únicamente del acta de detención en flagrancia y los que ordene hasta que presente al imputado ante el juez de control. De no contar con suficientes elementos de convicción es porque los hechos no están claros y siendo una finalidad legítima del proceso establecer la verdad, deberá iniciar una investigación y por consiguiente, optar por el procedimiento ordinario.

Sólo podrá solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, cuando tenga suficiente fundamento y una alta posibilidad de obtener una sentencia

condenatoria; de esta manera se estará garantizando a todos los ciudadanos no ser perseguidos injustamente, llevados ante tribunales y sometidos a proceso sin fundamento, lo cual es característico de países donde no existe un verdadero Estado de Derecho.

Al respecto, la Sala Constitucional, en referencia a la necesidad de investigar cuando un sujeto es sorprendido en delito flagrante, observó en Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 16 de Junio de 2003, con ponencia del Magistrado Rincón Urdaneta, Expediente N° 02-1589, que:

...se desprende la intención del legislador de que se aplique el procedimiento abreviado en aquellos casos en que se cumplan dos requisitos concurrentes, a fin de colaborar con la celeridad de la administración de justicia en beneficio de los justiciables. Dichos requisitos consisten en la necesidad de solicitud del Ministerio Público de la aplicación de este tipo de proceso y la declaratoria de flagrancia por parte del juez de control. Ello tiene su motivación en el hecho de que es el Fiscal del caso quien conoce si necesita realizar o no otros actos de investigación o si ya cuenta con los elementos necesarios para llevar a cabo la etapa de juicio.

El encabezamiento del artículo 373 del COPP (2008.), establece que el fiscal presentará al aprehendido ante el juez de control, norma que ha sido interpretada como una obligación en el sentido de que todos y cada uno de los sujetos aprehendidos en delito flagrante y puestos a disposición del Ministerio Público, deberán ser presentados ante el juez.

Estos sujetos deben ser presentados ante el juez correspondiente, pero previamente el Ministerio Público no puede conformarse con la sola exposición del aprehensor respecto a la forma en que se produjo la aprehensión, ya que aparte de contar con suficientes elementos de convicción en contra del aprehendido y saber si el hecho a que se enfrenta es típico, debe además entender que puede encaminarlo en un procedimiento abreviado. Por ello es que el mismo encabezamiento del artículo 373 ejusdem, establece que “según sea el caso solicitará la aplicación del procedimiento abreviado”. En tal sentido, el Fiscal del Ministerio Público presentará al aprehendido ante el Juez y luego podrá optar por solicitar uno u otro procedimiento.

Como ejemplo se tiene a un sujeto que le es presentado al fiscal como autor in fraganti de unas lesiones culposas, en cuanto al hecho de si se podrá solicitar la calificación de la flagrancia, la respuesta es no, sencillamente porque aún no se cuenta con el informe médico forense que permita determinar el tipo de lesiones y por lo tanto, no tiene la certeza de saber si se ha cometido un delito de acción pública o de acción dependiente de instancia de parte (art. 422 Ord. 1° del Código Pena, 2005).

De igual forma, debe ponderarse aún más la conveniencia de intentar este procedimiento especial cuando el hecho material del delito sea una

sustancia estupefaciente y psicotrópica, ya que debido a la rapidez del proceso se hace casi imposible contar con la experticia para el momento de presentar al aprehendido ante el juez de control, experticia que resulta indispensable para determinar la comprobación del delito.

En la práctica se han visto casos donde se ordena el pase a la fase de juzgamiento imputando un delito genérico, es decir, se somete a juicio a un ciudadano por la presunta comisión de uno de los delitos contra la colectividad, contra las personas, entre otros; por lo que es importante que el fiscal tenga muy en cuenta que en ningún caso podrá intentar un procedimiento penal sin una imputación clara, siendo por consecuencia complicado optar por este procedimiento especial cuando se traten de ilícitos que para encuadrarlos en una norma penal se requiera de una experticia.

Al respecto, resalta el Caso N° 024-99, del Juzgado 10° de Juicio (citada por Mármol, 2003), donde el juez 31° de Control, ordenó el enjuiciamiento de un ciudadano por la presunta comisión de uno de los delitos contra la colectividad y posteriormente en la experticia se concluyó que la sustancia que se presumía como droga resultó ser cera. También ha sucedido que durante el desarrollo del juicio se demuestre que el imputado es consumidor y por tanto la sanción aplicable es una medida de seguridad, la que corresponde a otro procedimiento. Qué tiene que hacer el fiscal,

solicitar el sobreseimiento u ordenar el archivo, además qué haría el juez de juicio. Estas propuestas deben llevar a advertir, que si un Fiscal del Ministerio Público no cuenta con los elementos para determinar el delito como flagrante para encaminarlo con éxito por el procedimiento breve, tendrá que optar por el enjuiciamiento ordinario.

En este sentido, la Magistrada Blanca Rosa Mármol (2003), no exagera al afirmar que si el imputado o su defensa solicitan razonadamente la práctica de diligencias, tendrá el Juez que decidir a favor del enjuiciamiento ordinario.

Otro aspecto es el lapso para presentar al aprehendido ante el juez de control, a la que se debe precisar que nunca podrá exceder de cuarenta y ocho horas, según el artículo constitucional 44, numeral 1. Pero al respecto, no se puede dejar de citar la sentencia de la Sala Constitucional, Sentencia del 25 de septiembre de 2002, del Magistrado Pedro Hondón Haaz. Expediente N° 01-0953, que no tan claramente, estableció el lapso máximo de detención. La sala interpreta el lapso del artículo 44, numeral 1 constitucional, el reformado artículo 259, actual 250, del COPP, de la siguiente manera:

Tal como se desprende de la lectura de los citados artículos 44.1 y 259 de la Constitución y el Código Orgánico Procesal Penal, respectivamente, se observa que la norma legal, si se la interpreta

aisladamente y no en el contexto de la ley, sería, en efecto, menos favorable que la constitucional, porque mientras en ésta se dispone que el aprehendido debe ser llevado ante el juez, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su aprehensión, el artículo 259 del Código Orgánico Procesal Penal ordenaba que la audiencia de presentación debía ser realizada dentro de las setenta y dos horas siguientes a la solicitud fiscal, cuando se tratase de un hecho punible que acarreará pena privativa de libertad por menos de cinco años, en su límite máximo, y de un imputado con antecedentes penales (como ocurría en el presente caso) o, en todo caso, cuando dicho límite excediera los cinco años. Esa aparente discrepancia entre la Constitución y la prenombrada ley procesal fue, probablemente, lo que llevó a que dicha disposición legal fuera corregida en la reforma parcial a la cual, el pasado año, fue sometida la precitada ley adjetiva. Ahora bien, estima la Sala que la legitimada pasiva incurrió en errónea interpretación del artículo 259 del Código Orgánico Procesal, pero por razón de que dicha disposición legal no debía ser aplicada de manera aislada, sino en concordancia con la que contiene el entonces artículo 127 (ahora, 130) ejusdem, en virtud de la cual si el imputado había sido aprehendido, debía ser presentado ante el Juez de Control en un término máximo de doce horas que se contaría desde la aprehensión; sería luego de que fuera presentado el imputado -con lo cual quedaba satisfecha la garantía que establece el artículo 44.1 de la Constitución cuando terminaría de computarse el predicho lapso del antiguo artículo 259 del Código Orgánico Procesal Penal. Sin embargo, aun concluyendo que, efectivamente, según lo que contiene la presente denuncia, fue lesionada la garantía constitucional del debido proceso, por razón de que la demora en la presentación ante el Juez de Control, enervó o menoscabó el derecho de los imputados a su enjuiciamiento dentro de un término razonable ya ser oídos oportunamente, según lo que establece los artículos 26 y 257.

En fin, resulta importante diferenciar la función investigativa que cumple el fiscal en esta fase y la función probatoria. En la primera se trata de conocer y en la segunda de confirmar lo ya conocido por los medios

establecidos. En los delitos flagrantes ya se conoce el hecho y a su autor, lo que resta es confirmar por los medios legales lo conocido. Por consiguiente, a la conclusión que se puede llegar, es la misma a la que ha llegado el Dr. José Luis Irazú, quien ha sostenido en varias de sus decisiones cuando cumplía funciones como juez de juicio que:

Si se entiende como Cafferata que en la flagrancia la prueba del delito y de la participación está *in re ipsa*; se debe reafirmar la conclusión de que lo que se suprime es la fase preparatoria del proceso y que esa audiencia para oír al fiscal y al imputado es la fase intermedia por razones obvias y desformalizadas.

Tal como se puede preciar la fase preparatoria tiene ciertas características que deben ser cumplidas para que el proceso puede llevarse a cabo de la mejor manera, especialmente todo lo referente a las pruebas y todos aquellos medios de prueba que permitan establecer la flagrancia y el procedimiento que se debe llevar a cabo.

La Fase Intermedia

El procedimiento especial objeto de este análisis tiene lugar únicamente a solicitud del Ministerio Público una vez cumplidos los requisitos de Ley, y es en esta fase que el juez de control decide definitivamente si el aprehendido debe ir a la fase siguiente o si, por el contrario, se deben iniciar las investigaciones.

El juez de control, ante la solicitud de calificación de flagrancia cumple una función vital en el proceso, la cual es determinar si están dadas las circunstancias para abrirle un juicio al aprehendido. Para ello, debe estimar que esté comprobada la comisión de un hecho punible que amerite pena corporal, debe calificar jurídicamente ese hecho y verificar si están dadas todas las referencias típicas del mismo. Igualmente, debe verificar si existen suficientes elementos de convicción que le permitan presumir con fundamento que el sorprendido es el autor del delito, elementos estos que extraerá del acta de detención en situación de flagrancia (Juzgado 3° de Juicio. 19-08-99. Causa 010-99, de Ma. Inmaculada Pérez Dupuy, citada por Mármol, ob. cit.).

Cuando el juez de control recibe las actuaciones fija la audiencia oral; llegada la oportunidad se levanta un acta donde se deja constancia del cumplimiento de todas las formalidades y le otorga la palabra al fiscal quien expondrá las circunstancias de cómo se produjo la aprehensión, la cual consistirá en una narración detallada de los hechos en que fue sorprendido el ciudadano y deberá precalificar el delito motivo por el cual aspira que dicho ciudadano sea enjuiciado. Una vez terminada la exposición del fiscal, el juez debe, entre otras cosas, dirigirse al aprehendido e imponerle de las medidas alternativas a la prosecución del proceso.

Preclasificación Jurídica de los Hechos

Si bien el fiscal cumple funciones importantes a los fines de determinar si solicita ante el juez de control el procedimiento abreviado por tratarse de un delito in fraganti, es vital para el proceso que el juez de control, como juez garantista y en cumplimiento de sus funciones, tome la decisión correcta con base al mismo estudio explicado en el capítulo correspondiente a la fase preparatoria, para estimar si ordena el pase a la fase siguiente o emite la orden de seguir el asunto según las disposiciones del proceso ordinario, ya que en definitiva es el único responsable de decidir si existe la posibilidad de un procedimiento abreviado o por el contrario, bien por la naturaleza del delito, por la pena que merece, por la insuficiencia de fuentes de prueba y la necesidad de continuar con las investigaciones, deberá ordenar la aplicación del procedimiento ordinario.

Por consiguiente, opina Mármol (2003), dentro de las funciones del fiscal en este proceso, resalta la de precalificar el delito motivo por el cual solicita el enjuiciamiento del aprehendido, de no cumplirlo el juez de control lo exigirá, y de acuerdo a dicha precalificación, a los hechos expuestos en cuanto a la forma en que fue aprehendido el sujeto, a los alegatos de la defensa y del imputado, así como a las diferentes fuentes de prueba ante él

expuestas, fijará el objeto del juicio, y ordenará la apertura del juicio oral y público.

En efecto, se aprecia en el Juzgado 3° de Juicio, de fecha 19 de Agosto de 1999, Causa 010-99, de María Inmaculada Pérez Dupuy (citada por Mármol, ob. cit.):

La calificación de flagrancia emitida por el juez de control, equivale a la orden de abrir a juicio. Esa orden debe contener necesariamente la indicación del hecho objeto del proceso y la calificación jurídica del mismo, pues ello permitirá un correcto ejercicio del derecho a la defensa pudiendo oponerse a las consideraciones fácticas y jurídicas. La omisión de la calificación jurídica del hecho coloca al imputado en situación de indefensión pues le impide efectuar la contradicción de los fundamentos de derecho.

Es imperioso tener en cuenta, que el juez de control debe velar para que todas las causas que pasen a la fase de juzgamiento se encuentren depuradas y por consiguiente debe, luego de una actividad responsable, determinar el contenido preciso del objeto del juicio, en el sentido de establecer los elementos fácticos, es decir, los hechos concretos atribuidos y los elementos de prueba, y jurídicos, la calificación jurídica del hecho narrado, ya que así se permitirá el correcto ejercicio del derecho a la defensa, en el sentido de que exista la posibilidad de oponerse a los mencionados elementos.

Al respecto Schonbohm y Losing (1995), resaltan que la actividad procesal tiene como base una acusación circunstanciada que debe ser comunicada al imputado para que, con base en ella, planee y funde la defensa, pues ésta sólo puede ser eficaz en tanto y en cuanto el encausado y su defensor conozcan indubitablemente los hechos que se le atribuyen al primero. De igual forma, enseñan que necesariamente se debe exponer al encartado en forma clara, precisa, y concreta la acción atribuida y todas las circunstancias jurídicas relevantes sin que sea suficiente el señalarle al imputado el nombre del delito o el artículo legal correspondiente al tipo de imputación.

Con respecto a la imputación, muy bien expresa Maier (2000), que cuando ésta es correctamente formulada se asemeja a la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente; ella no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa y mucho menos en una abstracción, sino que, por el contrario debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular, de la vida de esa persona.

Por su parte Berrizbeitía, citado en Sentencia de fecha 03 de agosto de 1999, del Juzgado 3° de Juicio, causa N° 009-99 (citado por Mármol, 2003), asegura que la función de esta fase es de filtro, donde se evita que las

acusaciones apresuradas, arbitrarias o sin fundamento, den lugar a la apertura del juicio oral y público, afirmando que en esta fase el imputado podrá hacer alegatos que tiendan a lograr el sobreseimiento de la causa o la depuración del proceso.

La fase intermedia se funda en que los juicios deben ser preparados convenientemente y se debe llegar a ellos luego de una actividad responsable, ya que por tener los juicios carácter público, el imputado debe defenderse de la acusación en un proceso abierto que puede ser conocido por cualquier ciudadano, y aparte de ello, el juicio también tiene un costo, y por más que la persona sea absuelta y se comprueba su absoluta inocencia, el solo sometimiento a juicio siempre habrá significado una cuota considerable de sufrimiento, gastos y aún de descrédito público. Por dichas razones, Binder (1999), expresa que el proceso correctamente estructurado tiene que garantizar que la decisión de someter a juicio al imputado no sea apresurada, superficial o arbitraria.

Carnelutti (1999), al abordar este tema, apunta que la publicidad del juicio penal, por agravar el sufrimiento y daño del imputado, no se le debe encarar sino cuando se ofrecen serias probabilidades de culpabilidad en él.

Para ratificar lo dicho, Pérez (2002), en muchas de sus sentencias sostiene que el Ministerio Público cuando solicita que se califique el hecho como flagrante, obviamente le está indicando al juez que el ciudadano fue aprehendido en la comisión de un delito en específico, y ello es así porque el artículo 248 del COPP habla de delito flagrante, situación que implica una calificación jurídica.

Pero si ello no es suficiente, señala la autora antes citada, que numerosas disposiciones del COPP aducen que el Ministerio Público debe calificar jurídicamente los hechos y luego ser examinada por el juez de control. Especial mención merece el artículo 131 que establece la obligación de imponer al imputado, que se le comunique detalladamente cual es el hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, incluyendo aquellas que son de importancia para la calificación jurídica y las disposiciones legales que resulten aplicables.

Es importante recordar, que la aprehensión in fraganti constituye un acto de procedimiento, por lo que con base en ello se puede inferir que a partir de ese momento el aprehendido adquiere la condición de imputado y por tanto será titular de los derechos que el COPP, la Constitución y los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por la República establecen a su favor. Vale la pena resaltar el artículo 49 ordinal 6° de la Constitución de

la República de Venezuela, el cual dispone que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

En síntesis, es necesario referir lo sostenido por la Sala N° 6 de la Corte de Apelaciones, en decisión de fecha 15 de septiembre de 1999, Causa N° 212-99, en cuanto a que la flagrancia, en sí misma considerada, no es una conducta delictiva, sino la llama, el detonante que dispara la inmediata calificación de la conducta realizada como delictiva, esto es, la conducta (supuesto de hecho) subsumida en una norma penal sustantiva (supuesto de derecho), que conlleva a señalar esa conducta como antijurídica, sancionada con una pena privativa de libertad, que le es imputable al sujeto sorprendido en el hecho o a poco de haberse cometido (llameante), más no por ello, culpable. Igualmente, se señala que el proceso de subsunción, es a los solos efectos de la calificación jurídica de la conducta como delictiva, a fin de que se realice la imputación y opere el derecho a la defensa del imputado, más no para decidir sobre la culpabilidad y la consecuente sanción penalizante.

La referida sentencia no deja la menor duda que para ordenar el pase a juicio de un ciudadano, es requisito necesario que se le impute un hecho tipificado en la ley como delito, por lo que no sólo basta que se haga una imputación genérica, como en la práctica se ve muy a menudo, sino por el

contrario, lo más detallada y concreta posible, siendo ésta la principal tarea del Ministerio Público: precalificar el delito; luego el Juez de Control, en aplicación del principio *iura novit curia*, dará la calificación exacta que a su criterio se merece el hecho.

En contrario, Blanca Rosa Mármol (2003), expresa que el Juez de Control no deberá pronunciarse sobre la precalificación del Fiscal del Ministerio Público, argumentando que a quien corresponde el análisis es al Juez de Juicio. Además, siguiendo a Montero (1997), se cree que la calificación jurídica que hagan las partes respecto de los hechos, no puede vincular al juez el cual tiene, por un lado, el deber de conocer el derecho y, por otro, el de calificar los hechos jurídicamente, sin estar vinculado por las calificaciones de las partes.

Respecto a la relación entre delito flagrante y privación de libertad, vale advertir que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia del 4 de abril de 2003, con ponencia del Magistrado Antonio García, Expediente 03-0524, expresa:

...el hecho de que un Tribunal de Control estime la existencia de un delito flagrante, que conlleve la prosecución del proceso penal por el procedimiento abreviado, no quiere decir que se deba decretar, por ese hecho, la privación judicial preventiva de libertad. Para que se dicte esa medida de coerción personal, el Tribunal debe analizar y señalar que se encuentran cumplidos los

requisitos exigidos por el Código Orgánico Procesal Penal, para su procedencia.

Lo que quiere decir, según Vásquez (2000), que para dictar una medida privativa de libertad, tienen que analizarse los supuestos de peligro de fuga y obstaculización, independientemente de que se decrete el delito como flagrante.

El Juzgamiento de la Flagrancia

Quien realmente va a decidir si hubo o no flagrancia, es el juez de control con motivo de la presentación del preso que le hace el Ministerio Público. Si nos apegamos al COPP, pareciera que el juez de control determina si hubo o no flagrancia, con el dicho del Ministerio Público. Pero tratándose de una audiencia que surge con motivo de la presentación, necesariamente hay que oír al detenido, para cumplir con el artículo 49, numeral 1, constitucional, a menos que éste nada quiera declarar, atendiéndose a la garantía constitucional. El detenido puede controvertir la flagrancia, y si no hay prueba de ella, el juez no podrá declararla.

Cabrera (2006), explica que dentro de la interpretación literal de los artículos 248 y 373 del COPP, según la cual la existencia de la flagrancia,

debe constar en la petición del Ministerio Público, fundado en el dicho del aprehensor, se está ante una evidente falta de pruebas; puesto que la presentación del detenido in fraganti por cometer un delito flagrante, si bien no es juzgamiento sobre el fondo del asunto, sino la atribución de un hecho que convalida la detención sin orden judicial y el ulterior juicio, no es más que eso, un hecho que como tal al ser afirmado, debe ser probado.

El juez de control debe determinar: (a) Que hubo un delito flagrante, el cual existe en tanto en cuanto pudo ser presenciado en su ejecución; (b) que se trate de un delito de acción pública; y (c) que hubo una aprehensión in fraganti, y aunque no requiere de plena prueba de esos extremos, ya que se está dentro de la fase investigativa y todavía no existe contradictorio de la prueba, ni pruebas suficientes debido a lo corto de los lapsos para la presentación, es necesario que existan elementos probatorios que hagan verosímil la existencia de los extremos señalados y ello no puede surgir del solo dicho el Ministerio Público, sin pruebas de esa verosimilitud o posibilidad real de que se cumplieron los extremos. Sólo si se verifican los tres requisitos, la detención no será arbitraria.

Por ello, los informes de los terceros que hayan sido recogidos, en cumplimiento del artículo 21 de la LICPYC, deben presentarse al juez, ya que adquieren significación probatoria, como elementos de convicción ajenos a la

declaración del Ministerio Público. También pueden consignarse algunos de otros medios que aporten la verosimilitud. Sólo así se impide la práctica policial de fingir delitos, sembrar drogas o armas a supuestos apresados in fraganti.

Todo ello a su vez denota la necesidad de que con la detención comience una nueva investigación (auto de proceder). Si el apresamiento tuvo lugar en el sitio de los sucesos, bien por los órganos principales o de apoyo de la investigación penal, dicho órganos coetáneamente con la captura o el conocimiento del delito si no hubo aprehensión del autor, deben hacer constar la perpetración del hecho punible, con todas las circunstancias que pueden influir en su calificación y la responsabilidad de los autores y demás partícipes, identificación de las víctimas, de las personas que tengan conocimiento de los hechos, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con el delito y la recolección de evidencias (artículos 11.1, 18 y 19 de LICPYC), además d disponer que ninguna de las persona que se hallen en el lugar del hecho o en sus adyacencias, se aparten del mismo mientras se realizan las diligencias que correspondan, así como asegurar la identificación de los testigos del suceso (artículos 15.2 y 4 de la LICPYC).

Estas actividades del artículo 15 aludido corresponden a los órganos de apoyo a la investigación penal, quienes pueden aprehender a los autores del delito en casos de flagrancia. Pero junto con la detención de autor, lo que significa que para la LICPYC hay presunción vehemente de la autoría; se están practicando coetáneamente una serie de diligencias que demuestran la ejecución del delito, y ello debe ser informado con soportes probatorios al juez de control.

El artículo 29 de la LICPYC (2001), al normar las actuaciones de los órganos de apoyo de la investigación penal, dispone:

En el caso de detenciones por delitos flagrantes practicada por órganos de seguridad ciudadana distintos al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, cuyos rastros materiales ameriten la aplicación de los métodos de investigación penal, deberán garantizar la protección del sitio del suceso y las evidencias hasta que se haga presente este cuerpo, poniendo al aprehendido a la disposición del Ministerio Público.

Estos rastros materiales que deben ser investigados coetáneamente con la detención, no sólo aportan elementos para la acusación, sino que junto con otras evidencias justifican el delito flagrante.

Por tanto, si el juez de control conoce la presentación y considera verosímil lo que el Ministerio Público aduce, basado en algún elemento diferente al propio alegato del Ministerio Público, y que prueba su afirmación,

ordena la apertura del procedimiento abreviado, donde la Fiscalía deberá acusar y promover sus pruebas dentro de los diez (10) a quince (15) días siguientes, cuando se celebre la audiencia del juicio oral.

Esto demuestra que la investigación ha sido adelantada, ya que en caso del procedimiento abreviado, el Ministerio Público en tan corto tiempo tendrá que presentar la acusación. También en tan corto tiempo, el detenido tendrá la carga de preparar su defensa, para lo que debe conocer que hay en su contra en la investigación. Si desecha la flagrancia, ordenará que continúe la investigación y liberará al detenido, ya que no hay orden judicial que lo retenga, y este goza de una presunción de inocencia no desvirtuada ni siquiera indiciada.

Luego, toda la problemática de la flagrancia gira alrededor de una decisión que la reconozca, y que a criterio de Cabrera (ob. cit.), necesita pruebas, actuaciones con significación probatoria, que permitan al juez de control considerar que lo alegado por la Fiscalía, es simplemente verosímil, por ello el artículo 248 del COPP llama al detenido sospechoso. Sobre él eso es lo que hay, ya que no se le ha juzgado. En el juicio abreviado, las pruebas propuestas por el acusador podrán resultar erróneas, falsas, inapreciables, entre otros aspectos, porque no convencen y se declarará sin lugar la acusación.

Podrá ser que a pesar de la detención el Ministerio Público solicite que se siga el proceso ordinario, o que así lo decide el juez de control, para que el cuadro probatorio del acusador sea más completo, ya que faltan detalles que pueden abarcar desde eximentes de culpabilidad hasta agravantes. En estos casos, el juez de control, conforme al artículo 250 el COPP podrá privar preventivamente de libertad al imputado, y la Fiscalía deberá presentar el acto conclusivo en treinta días, prorrogables por quince días más, lo que puede resultar en algunos casos, con multipartes, por ejemplo, por lo que antes esa posibilidad la Fiscalía con motivo de la presentación, podrá pedir la libertad del detenido.

En este sentido, aunque el detenido no es escuchado y el COPP no prevé expresamente este derecho, se considera que éste tiene el derecho conforme al artículo 49 de la Constitución vigente, y que en la audiencia de la presentación podrá intervenir, valorándose su dicho por la sana crítica.

Es más, si la víctima niega serlo, o no se identifica, el juez tiene que ponderar tal situación, ya que aunque podría existir un error en relación con la víctima, habrá que sospechar lo cierto de la afirmación del Ministerio Público, y observar si aplica el *indubio pro reo*. Se trata de circunstancias fácticas donde puede ocurrir que por multitud de razones (coacción, negocios, y otros), la víctima decide ayudar al delincuente capturado.

Cabrera (ob. cit.), es contrario a este criterio que puede ser ajustado al reconocimiento del derecho a la defensa del imputado, basado en el artículo 557 de la LOPNA, quien no sólo reduce lapsos de presentación en relación al COPP, sino que para la calificación judicial respectiva, sólo se exige la declaración del Ministerio Público.

El artículo 557 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (2000), en su primera parte, expresa:

El adolescente detenido en flagrancia será conducido de inmediato ante el Fiscal del Ministerio Público quien, dentro de las veinte y cuatro horas siguientes lo presentará al Juez de Control y le expondrá como se produjo la aprehensión.

El juez resolverá en la misma audiencia, si convoca directamente al juicio oral dentro de los diez siguientes. El Fiscal, y en su caso el querellante, presentará la acusación directamente en la audiencia de juicio oral y se regirá en lo demás, las reglas del procedimiento ordinario.

Puede acotarse, que no se trata sólo de una violación del derecho de defensa, sino de un principio constitucional no escrito. Nadie puede ser condenado, en este caso apresado, con el sólo dicho de una parte. La necesidad de prueba está recogida en la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8, y la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14; normas que no sólo reconocen el derecho de defensa, sino el de interrogar a

los testigos y a los peritos, destacando como garantía judicial, la necesidad de prueba y su control.

Fase del Juicio Oral

En esta fase, el tribunal de juicio unipersonal, sin considerar la pena, recibe las actuaciones y convoca a la audiencia oral y pública para dentro de los diez a quince días contados al recibo de las mismas, y libra notificaciones al Fiscal del Ministerio Público, a la defensa, a la víctima y ordenará la citación o traslado del imputado. Es en esta fase donde la víctima y el Fiscal del Ministerio Público podrán presentar su acusación, y el imputado, una vez presentada la misma y antes del debate, podrá admitir los hechos. En todo lo demás se seguirán las reglas del procedimiento ordinario.

Pero se debe resaltar que según el criterio de la Sala Constitucional, en Sentencia del 05 de agosto de 2003, del Magistrado Antonio García García, Expediente 02-1918, ratificando a su vez el criterio de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, la presentación de la acusación el mismo día del juicio oral y público es contrario a los derechos al debido proceso y a la defensa, en virtud de que el imputado no dispondría del tiempo para ejercer su defensa, por tanto, la Sala decidió, en aras de garantizar esos derechos al imputado, que la oportunidad será hasta cinco días de despacho antes del

juicio, y una vez recibida la acusación, siempre el Juez deberá suspender la audiencia para otorgar el tiempo necesario para que el imputado y su defensa preparen lo pertinente (excepciones) y se favorezca el contradictorio. Lo contrario sería violatorio del derecho a la defensa, al debido proceso e igualdad entre las partes.

Luego de que el juez se pronuncie sobre la admisión de la acusación y decida sobre la pertinencia y necesidad de la prueba ofrecida por las partes y las excepciones, deberá suspender el debate a los fines de practicar las citaciones de todas aquellas personas que deban comparecer a la audiencia, a menos que las partes se hayan presentado con sus testigos o expertos. En otros supuestos, se tienen casos donde el fiscal se presenta a la audiencia con un decreto de archivo, con una solicitud de sobreseimiento o simplemente no se apersona en el juicio. Ahora bien, hay que tener en cuenta si el fiscal se presenta con un decreto de archivo de las actuaciones.

El artículo 373 del COPP, establece que el fiscal y la víctima presentarán directamente en la audiencia del juicio oral la acusación en contra del imputado, lo que constituye el único acto que en este procedimiento especial le corresponde, ya que, según Vásquez (2000), el hecho de decretar el archivo de las actuaciones luego de una solicitud de calificación de flagrancia, sería totalmente contradictorio a la misma

naturaleza del delito flagrante, es decir, hay que saber cuándo se puede alegar que el resultado de la investigación resultó insuficiente para acusar, si anteriormente se solicitó ante un juez de control la calificación de una flagrancia, o que acaso la flagrancia no implica pruebas abrumadoras en contra del imputado.

Además, el artículo 315 ya citado, es explícito al establecer que cuando el resultado de la investigación resulte insuficiente para acusar, el Ministerio Público decretará el archivo de las actuaciones, y en este procedimiento la fase de investigación se suprime, por lo que en consecuencia se hace imposible el archivo por ser este una actuación propia de la fase preparatoria en el procedimiento ordinario y contradictoria a los supuestos de solicitud de flagrancia.

Igualmente, otra situación es saber cómo puede un fiscal decretar el archivo de unas actuaciones que no posee y que se encuentran a la orden de un juez de juicio. Así mismo, en el supuesto que el fiscal no encuentre suficientes elementos para acusar, en caso de que se considere temeraria su solicitud de calificación de flagrancia.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

El efecto suspensivo establecido en el artículo 374 del COPP, que paradójicamente fue concebido para coadyuvar en la solución de la grave problemática que se presentó al comienzo de la vigencia de esta importante Ley, con las libertades otorgadas en casos de detenciones in fraganti, en los que no se calificaba la flagrancia, constituye la más grave falla que presenta el procedimiento abreviado, por cuando como quedó expuesto, atenta no sólo contra normas de orden legal, sino que afecta también una norma constitucional, situación que si bien puede ser resuelta por los tribunales de conformidad con las previsiones que consagran los controles difusos y concentrado de la Constitución, no tiene justificación en una ley de orden garantista como el COPP, por lo que se considera que no obstante la mejor interpretación jurisprudencial que se haga de dicha norma, debe ser incluida para ser corregida en una futura ley procesal penal.

Hay que señalar en todo caso que desde épocas inmemorables, el sorprendimiento en la comisión de un delito, ha determinado siempre la

aplicación de procedimientos especiales de juzgamiento dada la concurrencia en ese tipo de delito de circunstancias de carácter factual y psicológico que producen el convencimiento, tanto del juez como de la ciudadanía, acerca de la responsabilidad en el hecho de la persona así aprehendida, razón por la que se rechazan otras críticas que se formulan al procedimiento abreviado, como por ejemplo, las que guardan relación con la omisión que se hace en dicho procedimiento de las fases preparatoria e intermedia.

La presentación por el Ministerio Público del aprehendido in fraganti ante el juez de control, y su solicitud de calificación de la flagrancia, derivan del carácter optativo que otorgan a esta actuación fiscal los vocablos “podrá proponer”, que utiliza en encabezamiento del artículo 372 del COPP, pero evidentemente que de solicitarlo así el representante del Ministerio Público, ello fundamentalmente obedecerá a que dicho funcionario fiscal dispondrá en ese momento de todos los elementos probatorios que posibiliten que el juez de control pueda calificar la flagrancia, y en consecuencia poder realizar en forma inmediata el juicio oral y público.

En cuanto a la oportunidad, duramente criticada por algunos estudiosos de la ciencia procesal, que incorpora el tercer aparte del artículo 373 del COPP, para que en el caso de calificación de la flagrancia el Fiscal y la

víctima presenten la acusación directamente en la audiencia del juicio oral, se apoya el criterio de la mayoría de los tribunales del país en el sentido de realizar una audiencia especial previa a aquella en que debía realizarse el juicio oral, a los fines de que el Fiscal y la víctima presentaran su acusación y que de ella pudiera imponerse oportunamente el acusado a los fines e la mejor preparación de su defensa.

Tal como se planteó en el contenido del trabajo, esta situación sin embargo fue corregida en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 1 de julio del 2003, con ponencia del Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros, en la que como ya se acotó se establece que en una audiencia a celebrarse cinco días antes de la realización del juicio oral y público, el Fiscal del Ministerio Público y la víctima presentarán la acusación, criterio que se establece con carácter general, por cuanto en dicha sentencia se expone:

Se trata de sentar, "...las pautas que regirán el resto de los casos; bien sea para altos funcionarios o para aquellos que no tengan tal prerrogativa y por ello sean juzgados ante los tribunales ordinarios de primera instancia y según el procedimiento abreviado".

Esta situación podría haberse corregido en la última reforma del COPP, si se hubiera atendido a la sugerencia de incorporar en el procedimiento

abreviado una audiencia preliminar que debía realizarse dentro de un plazo no menor de cinco días, ni mayor de diez, debiendo el Fiscal y la víctima, si la hubiera, presentar su acusación antes del vencimiento de dicho plazo.

En conclusión, el procedimiento abreviado, tal como está concebido actualmente en la legislación nacional para ser utilizado como mecanismo especial de juzgamiento en casos de aprehensión por delito flagrante, salvo las observaciones que se han hecho en cuanto al efecto suspensivo incorporado en su estructura, de manera general, se adecua a los principios fundamentales que supra-constitucional y constitucionalmente ha escogido Venezuela en la búsqueda de la concreción de su definitiva conversión en un Estado Constitucional Democrático y Social de Derecho y Justicia.

Recomendaciones

A los efectos de la perfecta adecuación del procedimiento abreviado con la normativa constitucional, proponer a la Asamblea Nacional que se considere mejorar la situación que surge de la norma contenida en el artículo 374 del COPP.

Para evitar situaciones injustas, de graves consecuencias y de difícil remedio, que pudieran devenir de aprehensiones en las que finalmente se

determine, no sólo la inexistencia de la flagrancia, sino también eventualmente del hecho punible que posibilitó la aprehensión, deben implementarse todas las medidas que resulten necesarias para lograr la mayor rapidez y optimización del mecanismo de prestación de guardias en flagrancia por parte de fiscales del Ministerio Público y jueces de control, como serían por ejemplo la creación de fiscalías y tribunales de control para trabajar únicamente casos de flagrancia, y el acortamiento significativo, dentro de lo posible, reduciéndolos al término de la distancia, de los lapsos establecidos en el artículo 373 del COPP, con expreso señalamiento de las excepciones que pudieran aplicarse en casos de lugares distantes o de difícil comunicación con centros poblados.

De igual manera, se propone a la Asamblea Nacional que se deberían cambiar las denominaciones de sospechosos e imputado que se utilizan en el artículo 248, e incorporarse en dicha norma la frase de, persona aprehendida, más cónsona con la naturaleza y características del procedimiento abreviado, y con lo que ab initio se deslustra de cualquier connotación valorativa de la situación del sorprendido y aprehendido en la comisión de un delito.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Angulo A., F. S. (2006). **Cátedra de Enjuiciamiento Criminal**. Caracas: La Torre.
- Arteaga, O. (2002). **La Privación de libertad en el Procesal Penal Venezolano**. Caracas: Livrosca.
- Báez, J. (2003). **Orientaciones para el Estudio Sistemático de las Medidas de Coersión Personal conforme al Código Orgánico Procesal Vigente**. Trabajo Especial de Grado para optar al grado de Especialista en Derecho Penal. Caracas: Universidad Santa María.
- Binder, A (1999). **Introducción al Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Bidart, J. (2000). **Teoría General de los Derechos Humanos**. México: Trillas.
- Borrego, C. (2002). **La Constitución y el Proceso Penal**. Caracas: Livrosca.
- Sala N° 6 de la Corte de Apelaciones, en decisión de fecha 15 de septiembre de 1999, Causa N° 212-99
- Cabrera R., J. E. (2006). **Revista de Derecho Probatorio. El Delito Flagrante como un Estado Probatorio**. Caracas: Homero.
- Calderón, A. y Choclán, J. (2001). **Derecho Penal**. Barcelona, España: Bosch.
- Carrara, F. (2000). **Programa de Derecho Penal**. Madrid: Bosch.
- Carnelutti, F. (1999). **Monografías Jurídicas**. Bogotá: Temis.
- Código de Enjuiciamiento Criminal. (1962). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 748. Febrero 3, 1962.
- Código Orgánico Procesal Penal. (2008). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 39.002. Agosto 26, 2008)
- Código Orgánico de Justicia Militar (1998). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 5263 (Extraordinario), Septiembre 17, 1998.

- Código Penal. (2005). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 5768 ((Extraordinario). Abril 13, 2005.
- Constitución de la República de Venezuela. (1961). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 662, Enero 23, 1961.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 36860, Marzo 24, 2000.
- Diccionario de la Real Academia Española (2002). España: Espasa.
- Enciclopedia Jurídica Omega. (1989). Buenos Aires: Trillas.
- Floirán, E. (1990). **Elementos de Derecho Procesal Penal**. Madrid: Bosch-Reimp.
- Juzgado Decimoctavo de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas. (2002, Junio 29). Expediente N° 18-1053-02.
- Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (2001). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 31.256. Noviembre 1, 2001.
- Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (2001). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 2148 (Extraordinario). Noviembre 1, 2001.
- Ley de los Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas. (2001). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 5551. Noviembre 1, 2001.
- Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Substancias Estupefacientes y Psicotrópicas. (2005), Gaceta Oficial N° 38.337. Diciembre 16, 2005.
- Ley sobre el Delito de Contrabando. (2005). Gaceta Oficial N° 38.327. Diciembre 02, 2005.
- Ley Orgánica del Ministerio Público. (1998). Gaceta de la Oficial de República Venezuela, 5262. Septiembre 11, 1998.
- Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. (2000). Gaceta de la Oficial de República Bolivariana de Venezuela, 5266. Octubre 2, 1998.

- Maggiore, G. (1996). **Derecho Penal. Parte Especial**. Bogotá: Temis.
- Maier, A. (2000). **Derecho Procesal Penal**. Bogotá: Temis.
- Manzini, V. (1991). **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Mármol, B. (2003). **Algunos Problemas Prácticos de la Flagrancia** Sextas Jornadas de Temas Actuales de Derecho Procesal Penal. Caracas: UCAB.
- Martínez R., G. (2004). **Procedimiento Penal Colombiano**. Bogotá: Temis.
- Montero A., J. (1997). **La Garantía Procesal Penal y el Principio Acusatorio**. En Ensayos de Derecho Procesal Penal. España: Bosch.
- Núñez, J. (2005). **La Flagrancia en el Proceso Penal Venezolano**. Caracas: Livrosca.
- Pérez, L. (2002). **La Investigación, la Instrucción y la Flagrancia en el Código Orgánico Procesal Penal**. Valencia: Vadell Hermanos.
- Roxin, C. (1997). **Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas.
- Schonbohm, H. y Losing, N. (1995). **Sistema Acusatorio. Proceso Penal. Juicio Oral en América Latina y Alemania**. Caracas: Fundación Konrad Adenauer.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2001, Diciembre 11). Sentencia N° 2580.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2001, Diciembre 11). Expediente N° 00-2866-314.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Penal. (2002, Agosto 14). Expediente N° 2002-000035.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional (2002, Septiembre 25). Expediente N° 01-0953.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2003, Abril 4). Expediente N° 03-0524.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional (2003, Mayo 07). Expediente N° 02-2772.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2003, Junio 16). Expediente N° 02-1589.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Plena. (2003, Julio 1). Expediente N° AA10-L-2003-000001.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2003, Agosto 05). Exp. 02-1918.

Vásquez, M. (2000). **Procedimiento por Flagrancia. Principales Problemas Prácticos**. Ponencia presentada en las Terceras Jornadas de Derecho Procesal Penal. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.