

ABG. FRANCISCO FERREIRA DE ABREU. LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL Y NORMATIVA DE LA FLAGRANCIA. COMENTARIOS A LA SENTENCIA N° 2.580 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. 181-209. REVISTA CENIPEC. 24.2005. ENERO-DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202

ABG. FRANCISCO FERREIRA DE ABREU

**LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL Y NORMATIVA DE LA FLAGRANCIA**

**COMENTARIOS A LA SENTENCIA N° 2.580 DE LA SALA  
CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA**



Abg. Inv. Tut. Francisco Ferreira de Abreu  
Universidad de Los Andes. Cenipec  
Sección de Derecho Penal  
Mérida - Venezuela  
*abreuferreira@yahoo.com*

### **Introducción.**

En fecha 11 de diciembre de 2001, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante la sentencia Nº 2.580, dio cuenta de su criterio acerca de la dimensión constitucional y normativa de la flagrancia, en un caso en el que la imputación fiscal versó sobre el delito de transporte ilícito de drogas. En este orden de ideas, en el presente trabajo se hará un análisis de tal criterio con relación a la flagrancia propia, valorando los hechos discutidos en la referida sentencia, en orden a las garantías de inviolabilidad de la libertad personal y ambulatoria, e inviolabilidad del domicilio o el recinto privado, además de tocar algunos tópicos desarrollados en la referida sentencia, tomando como referencia la doctrina del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo Español en cuanto a la flagrancia.

### **1.- La dimensión constitucional y normativa de la flagrancia. Algunas precisiones en cuanto a sus elementos.**

La dimensión constitucional y normativa de la flagrancia, conforme al ordenamiento jurídico venezolano, encuentra su ubicación normativa en el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP) y los artículos 44, ordinal 1º, y 47, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), los cuales prevén:

*Artículo 248 “Definición. 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 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 ...” (Resaltado fuera del texto).

Artículo 44 “La libertad personal es inviolable; en consecuencia: 1.- Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti...”

Artículo 47 “El hogar domestico y todo recinto privado de persona son inviolables. No podrán ser allanados sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o para cumplir, de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano...”

Una interpretación sistemática y teleológica de las normas antes transcritas, nos acerca a la dimensión constitucional y normativa de la flagrancia, en tanto que el concepto comprensivo de la situación flagrante habilita o permite la restricción de importantes y significativos derechos fundamentales de la persona sin que medie el correspondiente control jurisdiccional, de modo que resulta indudable que tanto la libertad personal o ambulatoria<sup>1</sup>, así como el domicilio o todo recinto privado de las personas, sólo pueden restringirse mediante la justificada y proporcional orden judicial, salvo en las situaciones que tengan lugar en el marco de la definición normativa de la flagrancia.

<sup>1</sup> En cuanto a la libertad ambulatoria, puede verse el encabezamiento del artículo 50 de la Constitución, el cual prevé que: “Toda persona puede transitar libremente y por cualquier medio por el territorio nacional...”; norma ésta que se encuentra estrechamente vinculada con la garantía de inviolabilidad de la libertad personal, conforme al ordinal 1º del artículo 44 *ejusdem*.

Así pues, el uso de la noción flagrante frente a las garantías de inviolabilidad de la libertad personal del domicilio y de todo recinto privado, tiene un carácter excepcional y subsidiario puesto que la restricción de ellas debe hacerse mediante la correspondiente orden judicial, en atención al principio de judicialidad, de manera que la dimensión constitucional y normativa de la flagrancia, en tanto que permite la restricción de derechos fundamentales como la libertad personal y el domicilio, reclama del intérprete una valoración que tenga en cuenta sus alcances, razón por la cual el legislador venezolano conforme a lo previsto en el COPP, exige la interpretación restrictiva de las normas que la definen<sup>2</sup>.

En este orden de ideas, la definición de la flagrancia propia, real o estricta (Rionero y Bustillos, 2003) se encuentra referida a una situación en la que se sorprende o se percibe a la persona del agente cometiendo el hecho punible o acabando de cometerlo, como noción presente, inmediata y necesitada de acción o intervención<sup>3</sup>, por lo que la situación flagrante se presenta en su noción vulgar y gramatical, como algo que se está ejecutando o acaba de ejecutarse, de lo que da cuenta la etimología del vocablo flagrante, derivado del participio activo *flagrans*, equivalente a arder o resplandecer como fuego o llama, a lo que se equipara la situación fáctica en la que una persona es sorprendida -vista directamente o percibida de otro modo- en circunstancias inmediatas o subsiguientes a la perpetración del hecho punible.

La noción de flagrancia, al versar sobre situaciones que ocurren en el mundo exterior en las que se percibe sensorialmente la comisión de un hecho punible que se comete, se está cometiendo o acaba de cometerse y sobre estados en los que se presume que una persona poco antes ha cometido un hecho punible o ha participado en él, se corresponde con una situación fenomenológica de naturaleza fáctica y objetiva, bien por estar referida a hechos externos, como a presunciones de estado relacionadas con la cuasiflagrancia, en las que puede

<sup>2</sup> Artículo 247. Interpretación restrictiva. “Todas las disposiciones que restrinjan la libertad del imputado, limiten sus facultades y las que definen la flagrancia, serán interpretadas restrictivamente.”

<sup>3</sup> Escobar (1998, p. 156).

encontrarse una persona con respecto a la realización de un hecho punible o de su participación en él, requiere de la existencia o verificación de ciertos elementos que de no existir hacen imposible su configuración.

La comisión de un hecho punible en situación flagrante o su participación en él, sólo es posible como una situación fáctica, cuya concreción precisa de los siguientes elementos: a) La percepción directa y efectiva de la situación flagrante, que requiere de la objetividad de quien percibe, puesto que no se trata de un conocimiento o de una percepción presuntiva; b) La inmediatez: temporal en atención a la flagrancia, y personal en relación a la cuasiflagrancia, y c) La necesidad y urgencia de intervención, entendida como premura de acción por parte de quien percibe la situación flagrante. En este orden de ideas, el Tribunal Supremo Español exige la presencia de tales elementos que, bajo la categoría de notas sustantivas y adjetivas, conforman la estructura ontológica de la flagrancia:

“... 1.º Las primeras están constituidas por una temporal, de inmediatez, esto es, que la acción delictiva se esté desarrollando o acabe de desarrollarse en el momento que se sorprende o percibe; y otra, personal, cual es que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación o relación con aspectos del delito –objeto, instrumentos, efectos o evidencias materiales del mismo- que proclamen su directa participación en la ejecución de la acción delictiva. Por delito flagrante habrá de entenderse «aquello que está ardiendo o resplandeciendo, es la infracción que se está cometiendo de manera singularmente escandalosa y ostentosa, lo que precisa de la inmediata intervención a fin de que cese el delito y sus efectos. Proveniente del latín *flagrans*, *flagrantis* es esencialmente un delito poco necesitado de prueba dada su evidencia en tanto se está ejecutando o acaba de suceder cuando el autor es detenido» (STS de 1 de abril de 1996 [ RJ 1996, 2845 ].

2.º A estas dos notas materiales deberán agregarse otras dos de orden adjetivo integradas por la percepción directa y efectiva –nunca meramente presuntiva o indiciaria- de aquellas condiciones antes dichas; así como la necesidad urgente de la intervención, urgencia que si bien va normalmente unida a las situaciones de flagrancia –como medio de evitar ya la consumación del delito que se está cometiendo, ya el agotamiento del que se acaba de cometer, ya la desaparición de los efectos y huellas del delito que se está percibiendo directa y sensorialmente- ha de valorarse siempre en función del principio de proporcionalidad, evitando intervenciones desmedidas o lesiones de derechos desproporcionados respecto al fin con ellas perseguido (STS de 28 de diciembre de 1994 [ RJ 1994, 10321 ]) (...) «necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la autoridad judicial para obtener el mandamiento correspondiente» (STS de 29 de marzo de 1990 [ RJ 1990, 2467 ] (Rives,1999, p. 405)<sup>4</sup>.

Así tenemos, que en la flagrancia propia se precisa del elemento de la inmediatez temporal, en cuanto el hecho se esté cometiendo o acabe de cometerse conjuntamente con la percepción sensorial y la necesidad de urgencia e intervención, debiendo advertirse que el requisito de la percepción sensorial, al que no se llega por vía de registros o investigación previa, excluye cualquier percepción presuntiva, inductiva, de intuición o de conocimiento, o en fin de aquella “percepción psicológica” de que se está frente a una situación flagrante, pues las sospechas, conjeturas o presunciones, dada la nota de subjetividad de éstas, resultan incompatibles con la naturaleza objetiva de la flagrancia (Martín,1998, p. 379).

<sup>4</sup> En tal sentido, puede verse el voto salvado de la Magistrada Blanca Rosa Mármol de León contenido en la sentencia Nº 395, dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia el 14 de agosto de 2002, en donde se hace referencia a los elementos que integran la noción de la flagrancia conforme a la doctrina del Tribunal Supremo Español: evidencia (*percepción*) sensorial, inmediatez y necesidad urgente de intervención.

A lo anterior se añade, que el requisito de la necesidad de urgencia e intervención, constituye el elemento más significativo e importante de la dimensión normativa de la flagrancia y su verificación, en orden a evitar la consumación del delito que se está cometiendo, el agotamiento del que se acaba de cometer, o la desaparición de los efectos y huellas del delito que se está percibiendo directa y sensorialmente. Se trata pues, del requisito que conjuntamente con los otros (percepción sensorial e inmediatez), justifica la injerencia o restricción de la libertad individual, el domicilio y el recinto privado, sin orden judicial.

Por tanto, ante situaciones en las que falte alguno de dichos elementos o en las que aparentemente (subjetivamente) se estime o presuma que se está realizando o acaba de realizarse un hecho punible o, en todo caso, cuando no se precise de la necesaria y urgente intervención policial o del particular (en tanto que la naturaleza de las situaciones permita acudir ante el órgano jurisdiccional para adquirir la respectiva orden o autorización judicial), no podrá utilizarse la flagrancia para la restricción de derechos fundamentales y garantías constitucionales, tales como la inviolabilidad domiciliaria y la inviolabilidad de la libertad personal.

## **2.- El desarrollo de un concepto de flagrancia en la sentencia 2.580.**

La sentencia 2.580, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, está relacionada con la aprehensión de un ciudadano en el aeropuerto internacional de Maiquetía, a quien luego de practicársele un examen corporal se le detectó la presencia de drogas ilícitas dentro de su organismo, decretándose la privación de su libertad una vez celebrada la audiencia con motivo de la solicitud de calificación de flagrancia. Ante ello, luego de haber agotado la primera y la segunda instancia por vía de amparo a la libertad y seguridad personal, los defensores del referido ciudadano acudieron a la Sala Constitucional, mediante un Recurso Extraordinario de Revisión, cuyos alegatos fueron resumidos en el texto de la mencionada sentencia, en los siguientes términos:

“... El recurrente interpuso recurso extraordinario de revisión de la sentencia de amparo constitucional dictada el 30 de agosto de 2000, por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, fundamentando su solicitud en la supuesta violación a su libertad personal. Dicha violación constitucional se produjo, según el recurrente, el 20 de abril de 2000, cuando fue detenido por efectivos de la Guardia Nacional del aeropuerto internacional Simón Bolívar de Maiquetía y, a pesar de que con posterioridad a su privación de libertad y sometido a revisión corporal en un centro asistencial se detectó dentro de su organismo dediles contentivos de droga ilegal, **al momento de privarse de su libertad no se había verificado un delito flagrante y no existía orden judicial**, requisitos indispensables para privar la libertad de una persona según lo dispone el artículo 44 de la Constitución...” (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/2580-111201-002866.htm>; resaltado fuera del texto).

En este orden de ideas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sus consideraciones para decidir, argumentó entre otras ideas, las siguientes:

“...La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 44, consagra la inviolabilidad del derecho a la libertad personal, estableciendo que la aprehensión de cualquier persona sólo puede obrar en virtud de dos condiciones, a saber, orden judicial o flagrancia. En el presente caso, la detención del ciudadano (...), objeto del recurso de revisión interpuesto, fue llevada a cabo sin que existiese previamente orden judicial, razón por la cual es necesario definir la existencia o no de flagrancia para que se pueda configurar la aprehensión antes mencionada de una manera que no contradiga el Texto Constitucional (...) 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 escrita de allanamiento, cuando se trata de impedir su perpetración (...)

Ahora bien, en el caso objeto de la presente decisión, las autoridades públicas respectivas privaron la libertad de un individuo, en virtud de que por la actitud nerviosa de dicho individuo existía una sospecha fundada de que el mismo transportaba sustancias estupefacientes ilegales dentro de su organismo. Es decir, los funcionarios policiales percibieron una situación que implicaba que un delito flagrante que se caracteriza por su ocultamiento, se estaba produciendo por parte del sospechoso; y como corolario de sus sospechas, trataron de valorar los elementos que probaban el delito y justificaban sus presunciones. Posteriormente, en un centro médico asistencial, se comprueba que efectivamente dicho individuo transportaba dentro de su organismo dediles que contenían un sustancia estupefaciente prohibida, y con ello la flagrancia quedaba totalmente establecida. (...)

Un asunto distinto al planteado con relación a la flagrancia, es el referente a la extracción de los dediles, u otro objeto, del organismo humano, en vista a la previsión del artículo 46 numeral 3 Constitucional, el cual reza que: “Ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos, o a exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encontraba en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley”, cuyo incumplimiento convertirá a las pruebas obtenidas por esos procedimientos en ilegítimas a tenor del artículo 197 del Código Orgánico Procesal Penal o nulas, de acuerdo al numeral 1 del artículo 49 Constitucional (...)

No se ha planteado en esta solicitud de revisión, lo concerniente a la obtención de las pruebas del tráfico de estupefacientes, si los dediles fueron reconocidos o simplemente constatados como cuerpos extraños mediante radiografías, radioscopias, etc. Pero la posible nulidad o ilegitimidad de la prueba es asunto a tratarse en el *juicio*, *si se violaron o no las normas sobre los exámenes corporales (...)*

En el presente caso, ciertamente, es con posterioridad a la captura del sospechoso, que se verifica la existencia de dediles de cocaína dentro de su estómago. Sin embargo, los funcionarios que lo detuvieron apelaron a su experiencia, para determinar la sospecha de que el hoy recurrente estaba cometiendo un delito flagrante, un delito que se caracteriza por la acción continuada subrepticia de quien lo perpetra; y de inmediato -sin interrupción en apariencia, ya que ello no se conoce en el caso ante la Sala- cumplieron los requisitos exigidos por el Código Orgánico Procesal Penal para la actividad probatoria.

Visto lo anterior, la Sala afirma que en el presente caso, aun cuando, según los alegatos del solicitante, no se llevó a cabo la detención previa orden judicial correspondiente, sí se verificó la existencia del elemento flagrancia, con lo cual se llena uno de los dos supuestos previstos en el artículo 44 de nuestro texto constitucional, razón por la cual esta Sala declara inadmisibile el recurso de revisión interpuesto, y así se decide...” (Resaltado fuera del texto).

La argumentación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, resulta inequívoca en la pretensión de desarrollar un concepto de flagrancia y, en todo caso, ampliarlo mediante una noción que permitiera la solución del caso sometido a su consideración, al señalarse en el texto de la decisión antes transcrita, que ante una detención sin la existencia previa de una orden judicial y para cumplir con lo previsto en el artículo 44 de la Carta Magna, era “... *necesario definir la*

*existencia o no de la flagrancia para (...) configurar la aprehensión antes mencionada de una manera que no contradiga el Texto Constitucional... ”.*

Habida cuenta de que la flagrancia requiere de la percepción sensorial, la inmediatez temporal y la necesidad de urgencia e intervención, la Sala Constitucional, al comienzo de su argumentación en relación a la flagrancia propia, se refiere a la consideración del requisito de la percepción sensorial al señalar que ello ocurre en el marco del delito que se está cometiendo, siendo verificado de forma inmediata por los sentidos. No obstante, el problema que presenta la argumentación se encuentra en la distorsión del elemento de la percepción sensorial, al indicarse que la comisión de un hecho punible, como el transporte de drogas ilícitas,

*“... va acompañado 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...”, señalando que hay delitos cuya ejecución viene caracterizada “... por la simulación de situaciones, por lo oculto de sus intenciones, por lo subrepticio de la actividad, y en estos casos la situación flagrante sólo se conoce mediante **indicios que despiertan sospechas en el aprehensor del supuesto delincuente.**”*

Tal argumentación, no es más que el preludeo de una ampliación del concepto de flagrancia que reduce el elemento de la percepción sensorial a la sospecha o la presunción de que se está cometiendo o acaba de cometerse un delito, a fin de legitimar mediante la sospecha, la injerencia o restricción, sin orden judicial, de los derechos de cualquier persona, cuando se presume que esté cometiendo un delito e, inclusive, ante la necesidad de probar tal sospecha, situación que según lo sostenido por la Sala Constitucional

*“... obliga a quien presume la flagrancia a recabar las pruebas que consiga en el lugar de los hechos, o a instar a las autoridades*

*competentes a llevar a los registros e inspecciones contempladas en los artículos 202 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal...”*<sup>5</sup>.

Resulta evidente que la noción de flagrancia propia, desarrollada por la Sala Constitucional, dista mucho de su definición legal y su dimensión constitucional, comenzando por el elemento de la percepción sensorial, que lejos de valorarse como una aprehensión objetiva en relación al delito que se esté cometiendo o acaba de cometerse, se ha estimado a partir de sospechas, presunciones, indicios y además de la experiencia de los funcionarios policiales, que luego son corroborados mediante el examen corporal, las inspecciones o el registro.

La flagrancia propia, a tenor de lo previsto en el encabezamiento del artículo 248 del COPP, como situación fáctica y objetiva, excluye cualquier apreciación subjetiva o presuntiva del delito que se está cometiendo o acaba de cometerse, al cual no puede arribarse por vía de *sospecha (aunque sea fundada)*, que luego se corrobore con un examen corporal, una inspección o un registro. En el plano de lo normativo y lo lingüístico, la noción de flagrancia desarrollada por la Sala Constitucional, violenta el mandato del artículo 247 *ejusdem*, desvirtúa la noción presente, inmediata y perceptible de lo que flamea o arde, ya que:

*“... además de la actualidad y certeza del hecho, se requiere la actualidad de la observación, que debe ser hecha de manera directa y, a través de sus sentidos, por alguien, funcionario o particular, que ha tenido la oportunidad de presenciar el hecho y de adquirir certeza o evidencias de su comisión.” (Arteaga, 2002: 63).*

<sup>5</sup> Esta noción de la situación flagrante, simplificadora de la percepción sensorial a la sospecha del hecho que se esté cometiendo, violenta la naturaleza de la flagrancia, pues como afirma Brichetti (1973, p.162 y ss), la evidencia sensorial se presenta en la flagrancia como una de las formas más claras de la evidencia probatoria, en tanto que “... cuando uno se encuentra frente al caso simple, típico de delito flagrante, la prueba del mismo se presenta cierta, evidente, porque la flagrancia, se ve, se observa, no se demuestra...”.

En otro orden de ideas, los hechos referidos en la sentencia objeto de estudio dan cuenta de la presunta comisión del delito de transporte ilícito de drogas, previsto y sancionado en el artículo 34 de la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (LOSSEP), por quien llevaba oculta la droga en el organismo, a partir de lo cual la Sala Constitucional, también incurre en el desacierto de valorar la flagrancia en razón de la naturaleza del delito de transporte y el núcleo rector del tipo penal de ocultamiento<sup>6</sup> como delitos permanentes, asimilando la noción de permanencia de tales delitos a la expresión normativa del *delito que se esté cometiendo*. Ello se desprende de la valoración del elemento de la percepción sensorial, en orden a la permanencia del estado o de la situación antijurídica que se presenta en el transporte y el ocultamiento, conjuntamente con la conjugación de los verbos *transportar* y *ocultar*, en tanto que por tratarse de delitos de efectos permanentes, se entiende que configuran la flagrancia del delito que se está cometiendo (*transportando, ocultando*), lo que se deduce de lo señalado en el texto de la sentencia en cuanto a que

*“... la sospecha fundada de que se transportaba sustancias ilícitas (...) las actitudes humanas que permiten reconocer la ocurrencia de un delito que se está cometiendo, creando la certeza o la presunción vehemente de ello (...) lo oculto de las intenciones, lo subrepticio de la actividad...”*, de modo que a criterio de la Sala Constitucional, en tales casos *“... la situación de flagrancia sólo se conoce mediante indicios que despiertan sospechas en el aprehensor del supuesto delincuente”*.

La noción de permanencia, propia de los delitos permanentes y de los delitos de consumación instantánea y efectos permanentes<sup>7</sup>, considerada a partir de la

<sup>6</sup> En cuanto a la particularidad del transporte de drogas ilícitas, llevándolas de manera *oculta* dentro del organismo, podría estimarse una situación de progresión delictiva en la que dicho *ocultamiento* tiene un fin instrumental en relación al transporte. Ver, la doctrina de los delitos progresivos en Santiago (1972)

<sup>7</sup> Véase, entre otros, a Soler (1963, p.160 y ss) quien se inclina por una distinción entre delitos permanentes y delitos de consumación instantánea y efectos permanentes, en tanto que “... existe delito permanente cuando “todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación y, cuando eso no pueda hacerse, se tiene, en cambio un delito de efectos permanentes...”.

conjugación del núcleo rector del tipo penal o la naturaleza de tales delitos, como el transporte u ocultamiento de drogas ilícitas, no guarda relación alguna con el elemento de la percepción sensorial que en tales delitos es de difícil verificación<sup>8</sup>, en virtud de que el delito que se está cometiendo es aquel del cual se tiene la percepción directa y objetiva, independientemente de la permanencia del mismo, pues como advierte la doctrina del Tribunal Supremo Español:

*“... «la permanencia significa que la infracción se está consumando todo el tiempo en que dura la situación antijurídica, en tanto que la flagrancia exige la evidencia sensorial de que el delito se está produciendo, siendo así que el flagrante es tan evidente como perceptible para cualquiera. De ahí que no se dé tal concepto, porque no hay evidencia, cuando únicamente concurren sospechas de su existencia, las que, precisamente, se pretenden confirmar o rechazar con el registro» ...” (STS de 29 de septiembre de 1.994) (RJ 1994, 6404)<sup>9</sup>.*

La expresión normativa del delito que se está cometiendo, se refiere a la percepción sensorial de ello, es decir, de lo que arde o flamea, por lo que en este sentido la naturaleza del delito o su núcleo rector, escapa al concepto de flagrancia como noción presente, inmediata y objetiva, que resulta independiente

<sup>8</sup> En el ocultamiento, porque su consumación se agota desde el momento mismo en que se oculta, siendo que en tales casos no tiene lugar la percepción sensorial, a menos que se perciba a la persona del agente cuando dé comienzo a la acción de ocultar o cuando realice el último acto de ejecución que concrete el tipo de ocultamiento, de modo que si no se sorprende al agente en la ejecución de los actos de ocultamiento, mal podrá hablarse de flagrancia. Distinto es que el ocultamiento mantenga la situación o el estado antijurídico creado a partir de su consumación. En el caso del transporte, a pesar de ser un delito permanente que se consuma en todo momento mientras se realiza la acción de transportar, la particularidad de que generalmente se perpetra de modo que no pueda ser advertido, dificulta la percepción sensorial. Estimamos que no podrá hablarse de flagrancia, en la situación de que los funcionarios policiales den con algún lugar donde se encuentre oculta una cantidad de droga ilícita, habiendo ingresado al domicilio o el recinto privado de un sujeto ante un supuesto de flagrancia por otro delito; o en el caso del sujeto que, luego de padecer una situación reñida con su salud y ser trasladado a un centro de atención médica, se le detecta la presencia de sustancias ilícitas dentro de su organismo, por medio de un examen que tenía por finalidad verificar el estado de sus órganos. Menos aún, ante el hallazgo de lo buscado o investigado, mediante un examen corporal, el registro o la inspección que confirme la *sospecha* o la *información*, en los casos de investigación o indagación previa. Véase lo relacionado con los hallazgos casuales (Ver Martín, 2001, p.176 y ss).

<sup>9</sup> Esta decisión, así como la referida doctrina del Tribunal Supremo Español, pueden consultarse en la página web: <http://www.tribunalconstitucional.es>

a las particularidades propias de los delitos permanentes y efectos permanentes, siendo de interés hacer una precisión con respecto a lo sostenido por Brichetti (1973, p.163) en cuanto a que el delito permanente es flagrante mientras se mantenga su permanencia:

*“ Como se ha advertido, según nuestra ley procesal, la flagrancia propiamente dicha concurre cuando el agente es sorprendido en el acto de cometer el delito. El concepto de flagrancia está dado, pues, por una idea de relación entre el hecho y el delincuente (...) Tal condición existe (...) en los delitos permanentes, cuando el autor es sorprendido durante la permanencia del delito mismo. En este último caso, para tener la flagrancia no es suficiente que se trate de delito permanente, si el delincuente no es sorprendido en el acto de mantener, activa o pasivamente, el estado de permanencia.”<sup>10</sup>.*

Lo sostenido por el autor en relación al acto de mantener el estado de permanencia que tiene lugar en los delitos permanentes o de consumación instantánea y efectos permanentes, no se ajusta a la naturaleza de la flagrancia, en vista de que la permanencia del estado antijurídico o el efecto permanente en la ejecución de dichos delitos, siempre tiene lugar independientemente de si se verifica o no el requisito de la percepción sensorial, de modo que el acto de mantener, activa o pasivamente, el estado de permanencia, no resulta determinante en la configuración de la situación flagrante, por no estar referida a la sorpresa, menos aún al descubrimiento, de un estado de permanencia, sino a la sorpresa,

<sup>10</sup> Debe tenerse presente que el autor hace referencia al Código de Procedimiento Penal Italiano, vigente para el momento en que escribe la obra, específicamente, en relación a la definición legal de la flagrancia del artículo 237, que era del siguiente tenor: “... Es flagrante el delito que se comete actualmente. El delito permanente es flagrante hasta tanto haya cesado la permanencia. Se encuentra en estado de flagrancia quien es sorprendido en el acto de cometer delito. Se considera también en estado de flagrancia quien inmediatamente después del delito es perseguido por la fuerza pública, por el ofendido por el delito o por otras personas, o bien es sorprendido con cosas o huellas que hagan presumir que ha cometido poco antes el delito.”. Definición legal ésta que se repite con algunas variantes en su

a través la percepción sensorial, del delito que se está cometiendo o a acaba de cometerse<sup>11</sup>.

Equiparar la noción de permanencia a la expresión normativa del delito que se está cometiendo, en razón de la naturaleza de los delitos o del verbo (núcleo) rector del tipo penal, implica una interpretación extensiva del concepto normativo de la flagrancia, propicia para permitir entradas y registros domiciliarios sin orden judicial, así como restricciones de la libertad personal contrarias a la exigencia constitucional y normativa, bien a partir de sospechas, presunciones o del conocimiento de la presunta permanencia sin la verificación de la percepción sensorial, como ocurre en situaciones en las que, luego de una indagación previa mediante allanamientos sin orden judicial y ante el hallazgo de los objetos ilícitos buscados, se concluye que hay flagrancia<sup>12</sup>.

Por tanto, el concepto de flagrancia desarrollado por la Sala Constitucional, excede la preocupación que compartimos en lo tocante a la posibilidad de aprehender y detener a un ciudadano, bien por el nerviosismo que presente o

---

estructura, en el Código de Procedimiento Penal Italiano de 1.989, en su artículo 382, en los siguientes términos: "...Estado de flagrancia. 1. Se encuentra en estado de flagrancia quien es sorprendido en el acto de cometer el reato, o si inmediatamente después de cometido, es perseguido por la policía judicial, por la persona ofendida o por otras personas, o es sorprendido con cosas o huellas de las que se deduzca que inmediatamente antes ha cometido el reato. 2. En el reato permanente el estado de flagrancia durará hasta cuando no cese la permanencia" (Espitia, 1991, p. 147).

<sup>11</sup> En cuanto a la noción de permanencia o su mantenimiento, dada la particularidad de los delitos de ocultamiento y transporte de sustancias ilícitas en orden a la forma de ejecución y consumación, debe decirse que la flagrancia no puede considerarse verificada ante el descubrimiento de la permanencia o del mantenimiento de ella, por vía de registros, exámenes e inspecciones, personales o de vehículos, puesto que en tales casos no puede hablarse de la sorpresa del delito que se está cometiendo, menos aún el que acaba de cometerse, por cuanto la permanencia del estado antijurídico que tiene lugar en el ocultamiento no es objeto de la sorpresa, sino de una indagación previa que da lugar a una percepción sensorial posterior; lo que ocurre de igual manera en relación al transporte.

<sup>12</sup> En este sentido, puede verse la sentencia Nº 395 de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, del 14 de agosto de 2002, en la que con el voto salvado de la Magistrada Blanca Rosa Mármol de León, se decidió declarar sin lugar el recurso de casación interpuesto por la defensa que había denunciado la violación de la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio, en relación con un procedimiento policial iniciado a partir de una llamada telefónica en la que se *informó* sobre un ciudadano que se encontraba hospedado en un hotel y que se dedicaba al tráfico de drogas ilícitas procediéndose al registro de su habitación sin orden judicial. Para declarar sin lugar el recurso, se argumentó que el hecho planteado encuadraba en la excepción del ordinal 3º del reformado artículo 225 del COPP (*ahora, ordinal 1º del artículo 210*), considerando que se estaba ante la necesidad de evitar la comisión de un hecho punible (*impedir la perpetración de un delito*). Como se observa, ello comporta una valoración sobre la noción de permanencia sin atender al elemento de la percepción sensorial, estimándose suficiente la información obtenida de que podía estarse cometiendo un delito para restringir el recinto privado de dicha persona. Obviamente que, contrario a lo decidido por la Sala de Casación Penal, no se estaba ante una situación de necesidad y urgencia de intervención para impedir la perpetración de un hecho punible, ni de la percepción sensorial de ello y, por ende, ante una situación de flagrancia, de

por la sospecha de que esté cometiendo un delito<sup>13</sup>. Más allá del razonamiento de la Sala Constitucional, en cuanto a la demanda de indemnización de daños y perjuicios ante el error o el resultado negativo de la sospecha y la responsabilidad de quien aprehende o detiene a un ciudadano bajo la sospecha de que se comete un delito en situación de flagrancia, es preciso advertir que el coste de la noción de flagrancia desarrollada en la sentencia 2.580, se encuentra no sólo en su ampliación o extensión para restringir la libertad personal o ambulatoria de los ciudadanos, sino que también lo hace en relación al domicilio y todo recinto privado, que también podrá restringirse por vía de sospecha, presunciones o del conocimiento, e inclusive, a partir de la experiencia policial o del nerviosismo de quien se presume está cometiendo un delito y del cual no se tiene la percepción sensorial<sup>14</sup>.

Teniendo presente el alcance normativo de la flagrancia, en tanto que habilita las restricciones de las garantías de inviolabilidad de la libertad personal, y del domicilio y todo recinto privado, sin orden judicial, resulta forzoso el rechazo de la doctrina jurisprudencial emprendida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en virtud de que además de violentar lo previsto en el artículo 247 del

---

manera que mediante la referida decisión se amplió la noción de la flagrancia para justificar la restricción del recinto privado sin orden judicial, toda vez que la actuación policial tuvo como premisa una *sospecha* originada a través del conocimiento (*información telefónica*), que movilizó a los funcionarios policiales, como se refiere en el texto de la decisión: "... a fin de verificar la información antes expuesta...", que se constató a través de un registro ilegal. También debe criticarse el razonamiento de la Sala de Casación Penal, en tanto que terminó legitimando una flagrante violación de la garantía de inviolabilidad domiciliar mediante una interpretación desacertada del artículo 257 de la Constitución de la República, pues el *telos* de esta norma se dirige a la consecución de la justicia material, cuyo presupuesto fundamental es el respeto y el aseguramiento de los derechos humanos. En tal sentido, el carácter instrumental del proceso, en la procura de la justicia material, proscribía una condena con pruebas ilícitas y, en todo caso, con violación de los derechos y garantías procesales que asisten a todo ciudadano; a lo que debe agregarse, que la orden judicial exigida para el registro domiciliario no constituye una mera forma, sino que se trata de una formalidad sustancial. Podría objetársenos señalándose, que practicado el registro sin la necesaria orden judicial, tuvo lugar el hallazgo de una droga ilícita, constitutivo de la comisión de un hecho punible, sin embargo, resulta importante insistir en que el requisito de la *evidencia o percepción sensorial*, a los efectos de la configuración de la flagrancia, es insustituible por el *conocimiento* o la *información*. Distinto sería el caso del particular que informa sobre una situación o un hecho delictivo del cual tiene la *percepción sensorial*, de manera directa y objetiva, procediendo a llamar a la autoridad policial para que acuda al lugar de los hechos e intervenga de inmediato y así evitar la consumación del hecho punible o la procura de su impunidad.

<sup>13</sup> Véase en Arteaga (2002, p.63y ss); Díaz (2002, p.468) y Rionero Et Al (2003, p.146)

<sup>14</sup> Resulta lamentable, que sea precisamente el órgano de mayor relevancia en el control de la constitucionalidad y la legalidad, quien en vez de dar prevalencia a la tutela constitucional de la libertad personal o ambulatoria, así como del domicilio o cualquier recinto privado donde tenga lugar la intimidad de las personas, opte por conformarse con la posibilidad de demandas ante la violación del orden constitucional y legal, "...Ahora bien, ciertamente existe el dilema sobre qué hubiese sucedido

COPP, desconoce su estructura ontológica, ya que la situación flagrante como noción presente e inmediata proscribiera cualquier percepción presuntiva, inductiva, de intuición o de conocimiento, o en fin toda “percepción psicológica” de que se está frente a una situación flagrante, pues las sospechas, conjeturas, presunciones o el conocimiento sin percepción sensorial, dada la nota de subjetividad de éstas, resultan incompatibles con la naturaleza objetiva de la flagrancia (Martín, 1998).

Valorar la flagrancia en atención a la subjetividad de quien presume o sospecha, desnaturaliza su dimensión constitucional y normativa en favor de prácticas policiales abusivas, que terminarían siendo legitimadas mediante una desacertada interpretación de la noción de permanencia, a la que se accede después del conocimiento o la indagación previa, en el caso de inspecciones, exámenes corporales, y registros domiciliarios sin orden judicial, que se producen con anterioridad al descubrimiento del hecho delictivo, debiendo advertirse que la expresión descubrimiento en el contexto de tales situaciones es incompatible con la flagrancia, en virtud de que es muy diferente descubrir o conseguir lo que se busca en función de la sospecha, la presunción o el conocimiento, que sorprender al agente al momento de estar cometiendo el delito, acabar de cometerlo o en los supuestos de la cuasiflagrancia.

Por lo demás, decir que se tiene la información, el conocimiento, la presunción vehemente o la sospecha de que se está cometiendo un delito o acaba de cometerse, es abismalmente diferente a que se tenga la percepción sensorial, inmediata, directa y objetiva de ello, lo que guarda estrecha relación con la acción de sorprender a quien comete un delito, de modo que tales nociones subjetivas, propias de una “percepción psicológica”, no configuran la noción de la flagrancia propia, menos aún en la hipótesis del delito que acaba de cometerse,

---

*si el individuo al cual se le privó de su libertad no se le hubiese verificado la existencia de la sustancia ilegal dentro de su estómago. Pues, ciertamente, las autoridades policiales están obligadas a garantizar y respetar el derecho a la libertad personal e incluso a la dignidad de los ciudadanos. Sin embargo, de cualquier forma, en el caso de que 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.”* (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/2580-111201-00-2866.htm>).

la cual es utilizada para sostener la existencia de la flagrancia en los casos de los exámenes corporales, las inspecciones, de personas y vehículos, y de registros domiciliarios practicados sin orden judicial<sup>15</sup>.

En este orden de ideas, los costes de la sentencia 2.580 del 11 de diciembre de 2001, como se ha dicho, trascienden el hecho de permitir la restricción de la libertad personal o ambulatoria, en atención de la sospecha, la presunción vehemente, la intuición, el conocimiento fundado, la experiencia policial o de cualquier “percepción psicológica” de que se está cometiendo un delito o acaba de cometerse, puesto que ello, de igual manera, permitiría la restricción del domicilio y de todo recinto privado sin orden judicial, que sólo resulta constitucional y legalmente admisible en los supuestos de la situación flagrante.

### **3.- Entre el concepto de flagrancia propia de la Sala Constitucional y la rigidez del ordinal 1º del artículo 44 de la Constitución de la República. Una hermenéutica posible.**

Al parecer, el concepto de flagrancia desarrollado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia 2.580, obedeció a la necesidad de darle juridicidad y legitimidad a una aprehensión y una restricción de la libertad personal que se estimó ilegal e inconstitucional por el accionante, pues como advirtió la propia Sala, era necesario “... definir la existencia o no de la flagrancia para (...) configurar la aprehensión antes mencionada de una manera que no contradiga el Texto Constitucional...”, ello, sin olvidar que en el marco de la

<sup>15</sup> Véase la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 15 de mayo de 2001, relacionada con el expediente N° 01-0017, en la que además de legitimarse un allanamiento sin orden judicial, argumentando que la entrada de los funcionarios policiales se dio con el consentimiento de uno de sus habitantes, se dijo que para la restricción del domicilio y la libertad personal, los funcionarios policiales actuaron al amparo de lo previsto en los ordinales 1º y 3º del reformado artículo 225 del COPP (ahora 210): “...se entiende que hay flagrancia no sólo cuando se sorprende al imputado en plena ejecución del delito, o éste lo acaba de cometer y se le persigue por ello para su aprehensión, sino cuando 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. En el presente caso, se dejó constancia en el acta de que los vecinos del sector les indicaron a los funcionarios policiales que, en el domicilio donde se practicó el allanamiento, estaban entrando personas extrañas que probablemente procederían a comprar drogas, y al ingresar los funcionarios al mismo pudieron constatar, según se desprende del acta, que existían elementos que hacían presumir la comisión de un delito relacionado con estupefacientes...” Como se podrá apreciar, la explicación que se dio para estimar verificada la flagrancia se distancia de los hechos, puesto que se trató de una restricción del domicilio por vía de la sospecha de que existía la probabilidad de que se cometería un

restricción a la libertad se realizó un examen corporal en un centro médico asistencial con el auxilio de equipos radiológicos, que luego de constatar la presunta existencia de cuerpos extraños, se determinó que los mismos eran dediles contentivos de drogas ilícitas.

En relación a ello, nos preguntamos: ¿Los hechos que motivaron la aprehensión y la restricción de la libertad del accionante, encuadran en alguna de las hipótesis de la flagrancia?, ¿Al no existir orden judicial, ni estar ante una hipótesis de flagrancia, la restricción de la libertad ambulatoria, previa a la práctica del examen corporal, estuvo ajustada a derecho?, ¿Ante la situación de hecho presentada con el accionante, se requería de una orden judicial para restringir su libertad ambulatoria o, en todo caso, sólo era exigible para la realización del examen corporal?

Comenzando con el requisito de la percepción sensorial, debe afirmarse que en ningún momento se configuró alguno de los supuestos de la flagrancia, de modo que ante la inexistencia de la situación flagrante sólo quedan en pie la segunda y la tercera interrogante, teniendo presente que más allá de la “ilegal” restricción de la libertad denunciada por el accionante, el meollo del asunto radica en la legalidad del hallazgo de las drogas ilícitas y la prueba de ello, en atención a la regla de exclusión probatoria y la doctrina de los frutos del árbol envenenado (Fruit of the poisons tree doctrine), prevista en el artículo 197 del COPP<sup>16</sup>;

---

hecho punible. En tal sentido, sin cumplir con el requisito de la percepción sensorial se practicó un allanamiento sin orden judicial para argumentar su “legitimidad” con posterioridad al hallazgo de la droga ilícita, forzando la hipótesis de la cuasiflagrancia relacionada con la situación de la inmediatez personal, de quien se 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. ¿Quiere decir, que por sospechas o el decir de quienes estiman que podría cometerse un delito, se puede entrar en el domicilio de cualquier ciudadano sin orden judicial y justificar tal violación con posterioridad al descubrimiento de la sospecha? En orden a las inspecciones de personas puede verse lo señalado por Borrego (2002:215).

<sup>16</sup> Artículo 197. Licitud de la prueba. “Los elementos de convicción sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este Código. No podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, en la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni la obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, tampoco podrá apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícitos.”

todo lo cual, demanda una toma de postura en la búsqueda de una interpretación que dé respuesta frente a situaciones análogas a los hechos objeto de la referida sentencia 2.580.

No debe sorprendernos, que la complejidad del asunto tenga su origen en la rigidez del ordinal 1º del artículo 44 de la Constitución de la República, en tanto que no permite restricciones a la libertad personal o ambulatoria, sino mediante la correspondiente orden judicial o ante la configuración de alguna de las hipótesis de flagrancia, pues, como se ha dicho, pareciera que el Constituyente de 1999 no tomó en cuenta lo previsto en el COPP, en función de delinear una norma en armonía con la normativa procesal penal (Borrego, 2002, pp. 104-116), y evitar las incompatibilidades y los problemas que en la praxis se presentan<sup>17</sup>.

La postura del accionante, en relación a la juridicidad y legalidad de la restricción de la libertad ambulatoria que se produjo antes del hallazgo de las drogas ilícitas, motiva una interrogante que se presenta a diario en muchos de los operadores de justicia que concurren en el ámbito de la investigación policial y la jurisdicción penal, esto es, la de ¿Cómo queda ese momento, por muy breve que sea, en que se detiene a un ciudadano, ante la diligencia policial previa a la práctica de un examen corporal, en tanto que conforme a la norma constitucional ninguna persona puede ser arrestada o detenida, sino en virtud de orden judicial, a menos que sea sorprendida *in fraganti*?<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Al respecto, conviene detenerse en el análisis de un caso sometido a la jurisdicción del Tribunal de Control N° 02 del Circuito Judicial Penal del Estado Mérida, signado bajo el N° LP01-S-2003-001332, relacionado con la actuación de unos funcionarios policiales quienes, en labores de inteligencia y en el curso de una investigación que se seguía por la comisión de un robo a mano armada, posterior a la puesta de un punto de vigilancia y control en la ciudad de Mérida, practicaron una inspección personal (*al sujeto del cual tenían información de que había participado en la ejecución del robo*), encontrando objetos relacionados con la comisión del referido hecho punible. Ante ello, procedieron a detener al mencionado ciudadano, además de solicitar a la Fiscalía que pidiera la respectiva orden de aprehensión, la cual fue expedida después de dos horas y media. Así pues, resulta evidente que tal restricción de la libertad ambulatoria, por un espacio de dos horas y media, contadas desde la actuación policial que la originó hasta el momento en que se emitió la orden judicial de aprehensión, no encuadra en las previsiones del ordinal 1º del artículo 44 de la Constitución, en virtud de que tal restricción ni fue ordenada por un Juez, ni se dio en el contexto de alguna de las hipótesis de la flagrancia, todo lo cual es demostrativo de los inconvenientes que presenta esta norma.

<sup>18</sup> Ver Gimeno (1991 p.357), quien después de definir la detención como una medida cautelar de naturaleza personal y provisionalísima, que puede adoptar la autoridad judicial y policial, e incluso los particulares, al referirse a su objeto material, la libertad «deambulatoria», sostiene que "... Toda privación de libertad, pues, distinta a la pena de prisión o la prisión provisional, entraña una detención, aun cuando pueda ser insignificante..." En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional Español en sentencia TC 98/1986, del 10 de julio: "...debe considerarse como detención cualquier situación en que

Así las cosas, la rigidez de la norma constitucional nos coloca ante la posible existencia de un conflicto normativo, pues conforme al mencionado ordinal 1º del artículo 44, toda restricción de la libertad personal o ambulatoria requiere de la correspondiente orden judicial, salvo en las hipótesis de la flagrancia, lo que crea una situación bien particular con relación a la práctica del examen corporal y de las inspecciones, de personas (*cacheos o requisas*) y de vehículos<sup>19</sup>, cuya regulación legal está contenida en los artículos 205, 207 y 209 del COPP<sup>20</sup>, que se hubiera evitado con una redacción de la referida norma constitucional, como la desarrollada en el numeral 1º del artículo 17 de la Constitución Española del 27 de diciembre de 1978 (2002: 113)<sup>21</sup>. La restricción de la libertad ambulatoria en el caso de los exámenes corporales, al igual que ocurre en la práctica de las inspecciones de personas y de vehículos, tiene lugar en el ámbito de diligencias de investigación, que de acuerdo a lo previsto en el COPP no precisa de orden judicial.

---

la persona se ve impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad...”; por otro lado, resulta oportuna la decisión del 18 de noviembre de 1993 (STC 341/1993), en cuanto a la figura de identificación, en la que sostuvo que aunque ello se trataba de una modalidad de privación de libertad, esto es, de una restricción de la libertad ambulatoria, no constituía una detención, siempre y cuando no se prolongara más allá del tiempo imprescindible para la práctica de dicha diligencia policial.  
<sup>19</sup> La restricción de la libertad personal en el caso de las inspecciones de vehículos, se encuentra vinculada a la coerción que se ejerce en quien conduce el vehículo al momento en que se detiene para su inspección.

<sup>20</sup> Artículo 209. Examen corporal y mental. Cuando sea necesario se podrá proceder al examen corporal y mental del imputado, cuidando el respeto a su pudor. Si es preciso, el examen se practicará con el auxilio de expertos. Al acto podrá asistir una persona de confianza del examinado; éste será advertido de tal derecho. Estas reglas también son aplicables a otras personas, cuando sea absolutamente indispensable para descubrir la verdad.” Debe advertirse que para el momento en que ocurrieron los hechos objeto de la sentencia 2.580, se encontraba en vigencia el artículo 217 del COPP (ahora 202), cuyo encabezamiento era del tenor siguiente: “...Cuando sea necesario inspeccionar lugares, cosas o personas, porque existen motivos suficientes para sospechar que se encontrarán rastros de delito (...) se procederá a su registro, previa autorización del juez de control...”.

<sup>21</sup> Artículo. 17. 1. “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley...” A pesar de los problemas que se han planteado en España en atención a esta norma (Borrego, 2002, p. 113), una redacción similar hubiera sido meritoria y pertinente en función de armonizar la norma constitucional y la normativa procesal penal. Quizá lo que ha procurado evitar el Constituyente Venezolano con el ordinal 1º del artículo 44 de la Constitución de la República, es dejar en manos del legislador la posibilidad de que mediante una ley puedan ampliarse las restricciones a la libertad personal, como ocurrió en el contexto del artículo 17.1, de la Constitución Española con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, cuyo artículo 21.2, tenía previsto: “... A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante el conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer

En tal sentido, puede decirse que la restricción de la libertad ambulatoria, consustancial con las diligencias policiales previas a la realización del examen corporal resulta lícita, de modo que el referido conflicto normativo entre la norma constitucional y la normativa procesal penal es aparente, en tanto que dicha restricción es ineludible en el ámbito de la realización del examen corporal, así como en el caso de la inspección de personas y en el de la inspección de vehículo.

Interpretar que la necesaria inmovilización o detención de la persona, que por sospechas racionales se ve sometida a un examen corporal, es inconstitucional conforme al ordinal 1º del artículo 44 de la Constitución de la República *-al no estar autorizada por un Juez y no darse en el contexto de la flagrancia-*, nos llevaría a la conclusión, de que todo hallazgo de algún objeto relacionado con la comisión de un hecho punible mediante inspecciones de personas o de vehículos, en los que también se restringe la libertad ambulatoria sin orden judicial, estaría afectado de nulidad absoluta<sup>22</sup>. Tanto en el caso del examen corporal, como en el de las inspecciones de personas o vehículos, se dan dos momentos en que se restringe la libertad ambulatoria, *ex ante*, en el entendido de que la práctica policial de dichas diligencias de investigación comportan necesaria e ineludiblemente la inmovilización de la persona y, *ex post*, después de confirmada la sospecha o la presunción mediante el hallazgo del objeto buscado en la persona examinada o inspeccionada en su organismo, entre sus ropas, pertenencias, adherencias a su cuerpo o en relación al vehículo que conduce.

---

alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código Penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito.”; norma ésta, que luego de un amplio debate, fue declarada inconstitucional mediante la sentencia del Tribunal Constitucional Español, STS 341/1993, del 18 de noviembre (Llobregat, 1998, p. 376). Sin embargo, no debe olvidarse la reforma realizada el 14 de noviembre de 2001, al Código Orgánico Procesal Penal, en la que el legislador venezolano amplió la restricción de la libertad personal mediante la modificación del artículo 259 (hoy 250), incluyendo la posibilidad de aprehender a una persona en casos de extrema necesidad y urgencia, a pesar de lo previsto en el ordinal 1º del artículo 44 de la Constitución de la República.

<sup>22</sup> Ver la doctrina del Tribunal Constitucional Español, en relación a la restricción de la libertad personal y, por consiguiente, de la libertad ambulatoria, en el marco de la actividad policial de inspecciones de personas (cacheos), que se estima necesaria, toda vez que tales diligencias policiales suponen y comportan una inmovilización de la persona, sin lo cual resultaría imposible la práctica de ellas, sentencias, STC 2252/1990, del 26 de noviembre; STC 2260/1991 y STC 2262/1991, de 28 del febrero y la STC 341/1993, del 18 de noviembre.

Consideramos que la necesidad de orden judicial en atención a las restricciones de la libertad personal en el ámbito de la actividad policial de las inspecciones y de los exámenes corporales, conforme a lo previsto en el COPP, es exigible ante el hallazgo de los objetos o sustancias ilícitas que guarden relación con la investigación, en tanto que la restricción previa resulta inevitable. Confirmada la sospecha mediante el hallazgo de lo buscado, a través del registro, la inspección o del examen corporal, a pesar de las críticas que ha recibido el último aparte del artículo 250 del COPP<sup>23</sup>, será mediante esta norma en virtud de la cual podrá procederse a la restricción de la libertad personal del ciudadano objeto de la investigación o pesquisa policial, todo ello bajo la salvaguarda del principio de proporcionalidad.

Sin embargo, no obstante lo anterior y aun cuando en el artículo 209 ejusdem, no se exige de manera expresa que para el examen corporal deba mediar orden judicial, conviene destacar que entre la práctica de éste y la inspección de personas existe una diferencia sustancial, puesto que esta última implica una intervención superficial, de carácter externo, mientras que el examen corporal constituye una intervención en la que se ven afectados otros derechos de la persona, como la integridad física y la intimidad corporal, al versar sobre un registro en el interior del cuerpo<sup>24</sup>.

Por lo demás, el traslado de la persona a un centro médico para la práctica del examen corporal, implica una restricción de la libertad ambulatoria de mayor entidad, conjuntamente con la consecuente afectación de su integridad física y su intimidad corporal, de significativo interés en atención a la exigencia de la

<sup>23</sup> Artículo 250. Procedencia. (...) “En casos excepcionales de extrema necesidad y urgencia, y siempre que concurren los supuestos previstos en este artículo, el Juez de control, a solicitud del Ministerio Público, autorizará por cualquier medio idóneo, la aprehensión del investigado. Tal autorización deberá ser ratificada por auto fundado dentro de las doce horas siguientes a la aprehensión, y en lo demás se seguirá el procedimiento previsto en este artículo.” Estimamos que la expresión *investigada*, en el contexto normativo de este artículo, no se refiere sólo a la persona contra quien se haya dictado un formal auto de inicio de investigación, sino que abarca la investigación o pesquisa policial propia de las inspecciones y de las diligencias previas al examen corporal.

<sup>24</sup> Véase en Roxin (2000), quien diferencia, en el contexto de la legislación alemana, entre el *examen corporal* del imputado consistente en examinar el cuerpo mismo y el *registro corporal*, que versa sobre la búsqueda de objetos en la superficie corporal o en las cavidades u orificios corporales naturales. No obstante lo referido por el autor, estimamos que las intervenciones en cavidades u orificios corporales exceden la noción de registro corporal o superficial, propia de los actos de investigación dirigidos a la inspección externa del cuerpo, de la indumentaria o de las pertenencias del investigado.

correspondiente orden judicial, dado que ante la ponderación de los derechos o bienes que podrían resultar afectados o enfrentados con la realización del examen corporal, lo recomendable sería que fuera el órgano jurisdiccional, en atención al principio de proporcionalidad, quien se pronunciara sobre la necesidad de tal intervención.

También ha de tenerse en cuenta que, conforme al artículo 209 del COPP, el examen corporal, de ser preciso, debe realizarse con el auxilio de expertos, lo que afianza la necesidad del control judicial o de la reserva jurisdiccional ante la previsión de posibles riesgos para la integridad física o la vida de la persona, a fin de garantizar lo previsto en el ordinal 3° del artículo 46 de la Constitución de la República<sup>25</sup>, no solo en cuanto a la valoración del peligro para la vida de la persona que podría ser objeto de la intervención corporal, con el propósito de eximir su consentimiento, sino de los riesgos que tal intervención pudiera comportar para su integridad física.

Es forzoso concluir, por tanto, que a pesar de que la realización del examen corporal comporta una restricción (ex ante) de la libertad ambulatoria previa e ineludible a la práctica del mismo, al igual que ocurre en la actuación policial mediante inspecciones de personas o de vehículos, merece un tratamiento distinto sobre manera en lo atinente a la reserva jurisdiccional y la declaratoria de necesidad de la intervención corporal, aunado a que la inexigibilidad de orden judicial para la práctica del examen corporal comportaría un menoscabo de la intimidad personal, comprensiva de la intimidad corporal, además de constituir una contradicción con relación a otras garantías que persiguen tutelar el derecho

<sup>25</sup> Artículo 46. "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; en consecuencia: (...) 3. Ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos, o a exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encontrare en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley..." A diferencia del COPP, el Código Procesal Penal de la República de Costa Rica en el artículo 188, que regula la inspección corporal, prevé que la misma podrá ser ordenada por el Juez o el Fiscal encargado de la investigación, debiendo advertir que en el artículo 88, referido al **Imputado como objeto de prueba**, se precisa que las intervenciones corporales, sólo son admisibles si las mismas cuentan con el control y la debida orden judicial. En cuanto a los límites de las intervenciones corporales, puede verse el voto 1428-96, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, al igual que la doctrina del Tribunal Supremo Español, desarrollada en las sentencias: STS 37/1989, de 15 de septiembre y STS 4079/1996 de 11 de mayo, así como las sentencias del Tribunal Constitucional Español: STC 65/1986, de 22 de mayo y STC 37/1989, de 15 de febrero.

a la intimidad personal, como la inviolabilidad del domicilio, del recinto privado o de las comunicaciones privadas, que si precisan de orden judicial para su restricción.

#### **4.- Conclusiones.**

En atención a lo que antecede, lo menos que podemos sostener con relación a la sentencia 2.580 del 11 de diciembre de 2.001, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, es que la noción de flagrancia propia desarrollada en ella, deviene en una ampliación inaceptable de su dimensión constitucional y normativa que permitiría la restricción de derechos fundamentales a partir de una percepción presuntiva o psicológica, fundada en sospechas, indicios, presunciones, del conocimiento de que se está o puede estarse ante la existencia o probabilidad de la flagrancia delictiva, inclusive, en la “experiencia policial”, con prescindencia de la percepción sensorial, directa e inmediata, de la situación flagrante.

Aceptar tal concepto de flagrancia, conllevaría una considerable disminución de la tutela constitucional y normativa de las garantías de inviolabilidad de la libertad personal, del domicilio, del recinto privado o de todo espacio físico o corporal donde se ejerciten los atributos de la intimidad personal, violentándose con ello el mandato legal de la interpretación restrictiva, cuya *ratio legis* es, precisamente, la de procurar el máximo respeto de los derechos fundamentales y las garantías que pudieran afectarse mediante el uso de la noción flagrante.

En el caso concreto de la sentencia 2.580, se restringió la libertad ambulatoria de una persona conjuntamente con el traslado a un centro médico asistencial a fin de practicarle un examen corporal, a través del cual se produjo el hallazgo de una cierta cantidad de droga ilícita, sin que para ello mediara una orden judicial o se estuviera frente a una de las hipótesis de la flagrancia. Ante ello, la Sala Constitucional ha debido dar otro razonamiento, reconociendo la juridicidad de la necesaria detención o inmovilización *ex ante*, mediante una hermenéutica que, sin obviar lo previsto en el ordinal 1º del artículo 44 de la Constitución de la

República, tomara en cuenta la naturaleza de los exámenes corporales y las inspecciones en el contexto de la actividad policial de conformidad con lo previsto en los artículos 205, 207 y 209 del COPP, sin dejar de pronunciarse sobre la licitud o ilicitud del traslado del accionante a un centro médico asistencial y de la realización de la intervención que tuvo lugar en su cuerpo sin orden judicial, todo lo cual hubiera evitado la ampliación y desnaturalización de la dimensión constitucional y normativa de la flagrancia que se ha materializado en dicha sentencia.

Finalmente es necesario señalar, que la flagrancia como noción fáctica, presente e inmediata, no solo excluye cualquier percepción psicológica o presuntiva acerca de su ocurrencia, sino que también resulta incompatible con el criterio según el cual la situación flagrante se configura ante el hallazgo de lo buscado mediante el registro, la inspección o el examen que confirma la sospecha.

### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- Arteaga, A. (2002) *La privación de libertad en el Proceso Penal Venezolano*. Caracas: Ed. LIVROSCA, C.A.
- Borrego, C. (2002) *La Constitución y el Proceso Penal*. Caracas: Ed. Livrosca, C.A.
- Brichetti, G. (1973) *La Evidencia en el Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa – América.
- Código Orgánico Procesal Penal*. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.208, Extraordinario del 23 de enero de 1998.
- Código Orgánico Procesal Penal*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.558, Extraordinaria del 14 de noviembre de 2001.
- Constitución Española de 27 de Diciembre de 1978*, Boletín Oficial del Estado, N° 311, de 29 de diciembre de 1978 [RCL 1978, 2836], Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona: España.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial N° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”*. 1990. Ed. Investigaciones Jurídicas, S. A. San José, C. R: Costa Rica.
- Díaz, J. (1996) *Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo*

- humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales* (ADN, sangre, etc.). En Cuadernos de Derecho Judicial, Medidas restrictivas de derechos fundamentales. CGPJ, p. 69-196. Madrid.
- Escobar, E. (1998) *La Presunción o Estado de Inocencia en el Proceso Penal*. Santa Fe de Bogotá: Ed. Leyer, Ltda.
- Espitia, F. (1991) *Código de Procedimiento Penal Italiano*. Bogotá: Ed. Temis.
- Gimeno, V. (1991). *Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal*. En Derecho Procesal. Tomo II. 3ª ed. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.
- Llobet, J. (1998). *Proceso Penal Comentado*. San José de Costa Rica: Ed. Mundo Gráfico.
- Llobregat, J. (2001). *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. 2ª ed. Barcelona: Ed. Ariel.
- Martín, R. (1998) *Entrada en Domicilio por causa de Delito Flagrante*. En Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 3ª época, Nº 1, p. 375-388. Granada.
- \_\_\_\_\_ (2001) *La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida*. Madrid: Ed. Civitas.
- Rionero & Bustillos, D. (2003) *Instituciones Básicas en la Instrucción del Proceso Penal*. Caracas: Ed. Livrosca, C.A.
- Rives, A. (1999) *La Prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*. 3ª. ed. Navarra: Ed. Aranzadi.
- Santiago, C. (1972) *El concurso en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ed. ASTREA.
- Soler, S. (1963) *Derecho Penal Argentino. Parte General. Tomo II*. (3ra. ed.). Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina.
- Roxin, C. (2000) *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l.
- <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/2580-111201-002866.htm>
- <http://www.tribunalconstitucional.es>