

PROF. FRANCISCO FERREIRA DE ABREU. LA FLAGRANCIA EN LOS DELITOS PERMANENTES Y LOS DELITOS DE CONSUMACIÓN INSTANTÁNEA Y EFECTOS PERMANENTES.27-51.REVISTA CENIPEC.26.2007. ENERO-DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202

PROF. FRANCISCO FERREIRA DE ABREU

**LA FLAGRANCIA EN LOS DELITOS PERMANENTES Y LOS DELITOS DE
CONSUMACIÓN INSTANTÁNEA Y EFECTOS PERMANENTES**

Recepción: 27/11/2006. **Aceptación:** 16/01/2007.

PROF. FRANCISCO FERREIRA DE ABREU
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
MÉRIDA - VENEZUELA
abreuferreira@yahoo.com

Resumen

El estudio de la flagrancia, como situación fáctica, presente e inmediata, referida a la comisión de un delito, su percepción, así como a la aprehensión del autor o partícipe, resulta de interés con relación a los delitos permanentes, al igual que a los delitos de consumación instantánea y efectos permanentes. Caracterizados estos delitos por la noción de permanencia o continuidad en el tiempo, se hace necesario el abordaje de los mismos a los fines de deslindar y conjurar los posibles equívocos que pueden darse con relación a los supuestos de la flagrancia delictiva; deslinde que resulta sumamente importante en lo atinente a la tutela constitucional del domicilio, el recinto privado y la libertad personal, entre otros derechos que pudieran ser afectados en el marco de la flagrancia.

Palabras clave: Flagrancia, delitos permanentes y de efectos permanentes, percepción sensorial, permanencia.

Flagrancy in ongoing crimes and in criminal events with permanent effects.

Abstract

The study of flagrancy, understood as a material, present and immediate situation referring to the commission of a crime, and its perception, together with the arrest of the offender or participant, is interesting in the cases of ongoing crimes and in criminal events with permanent effects. Given that these crimes are characterized by the idea of permanence or continuity in time, it is necessary to study them with the aim of identifying and analyzing the possible errors that can arise in the case of flagrancy (i.e., being caught in the act). This is an analysis that is very important with regards to the to name some of the rights that can be affected by the notion of flagrancy.

Key words: Flagrancy, ongoing crimes, constitutional protection of the domicile, private space and personal liberty,

La flagrance dans les délits permanents et les délits de consommation instantanée et d'effets permanents.

Résumé

L'étude de la flagrance, en tant que situation de fait, présente et immédiate, relative à la commission d'un délit, à sa perception ainsi qu'à l'appréhension de l'auteur ou participe, suscite de l'intérêt lorsqu'il est en rapport avec les délits permanents et avec les délits de consommation instantanée et des effets permanents. Ces délits sont caractérisés par la notion de permanence ou continuité dans le temps. Il est donc nécessaire de les aborder afin de délimiter et conjurer les possibles erreurs qui pourraient se produire en relation aux cas d'espèce de flagrance délictuelle. Cette délimitation s'avère comme étant vraiment importante en ce qui concerne la tutelle constitutionnelle du domicile, de l'enceinte privée et de la liberté personnelle, parmi d'autres droits qui pourraient affecter le cadre de la flagrance.

Mots clés: Flagrance, délits permanents et d'effets permanents, perception sensorielle, permanence.

A flagrância em delitos permanentes e os delitos de consumação instantânea e efeitos permanentes.

Resumo

O estudo da flagrância, como situação fática, presente e imediata, referida à comissão de um delito, sua percepção, assim como à apreensão do autor ou partícipe, resulta de interesse em relação aos delitos permanentes, da mesma forma que aos delitos de consumação instantânea de efeitos permanentes. Caracterizados estes delitos pela noção de permanência ou continuidade no tempo, faz-se necessária a abordagem dos mesmos visando evidenciar e conjurar os possíveis equívocos que podem surgir com relação aos supostos da flagrância delitiva; evidência de suma importância no relativo à tutela constitucional do domicílio, o recinto privado e a liberdade pessoal, dentre outros direitos que pudessem ser afetados no contexto da flagrância.

Palavras chave: Flagrância, delitos permanentes e de efeitos permanentes, percepção sensorial, permanência.

Introducción.

El presente trabajo está orientado a plantear algunas consideraciones acerca de la flagrancia y las particularidades que presentan los delitos permanentes y los delitos de consumación instantánea y efectos permanentes. Caracterizados estos delitos por la noción de continuidad o permanencia en el tiempo, se hace necesario el abordaje de los mismos a los fines de deslindar y conjurar los posibles equívocos que pueden darse con relación al delito flagrante. De igual manera, se pretende el acercamiento a una tesis jurisprudencial que matiza o introduce ciertos elementos en cuanto a la configuración de la situación flagrante ante la comisión de tales delitos, teniendo en cuenta el alcance de la flagrancia en cuanto a las restricciones que pueden autorizarse sin orden judicial en el domicilio, el recinto privado y la libertad ambulatoria. En tal sentido, se partirá de la definición legal de la flagrancia contenida en el Código Orgánico Procesal Penal (COPP) para precisar algunos aspectos relativos a su naturaleza y sus elementos, tomando como punto de referencia la doctrina del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional español, seguido del estudio de la naturaleza jurídica de los delitos permanentes y los delitos de consumación instantánea y efectos permanentes.

1.- La flagrancia: algunas notas sobre su definición legal.

La flagrancia ha sido definida por el legislador venezolano en torno al concepto tradicional empleado por la doctrina, bien en sentido estricto como en el sentido amplio, esto es, como flagrancia propia (*flagrancia*) o flagrancia impropia (*cuasiflagrancia*)¹. Así tenemos, que la primera está vinculada con la situación en la que se sorprende o se percibe a la persona del agente cometiendo el hecho punible o acabando de cometerlo, mientras que la segunda versa sobre una situación en la que se prescinde de la sorpresa o percepción del sospechoso al momento de estar cometiendo o acabar de cometer el hecho punible, puesto que admite su verificación después de haberse cometido el hecho en un tiempo inmediatamente siguiente y ante determinadas circunstancias (Manzini, 1987: 129).

¹ “... **Artículo 248.-** 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...”.

Así, en el marco del COPP, la cuasiflagrancia tendría lugar cuando el sospechoso se vea perseguido por la autoridad policial, por la víctima o el clamor público, o cuando se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho punible, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir su autoría o participación en el hecho punible². No obstante, la situación de quien es perseguido por la autoridad policial, la víctima o el clamor público, concordando con Brichetti (1973) y Arteaga (2002: 69), encuadra en el supuesto de la flagrancia propia o real, por la inmediatez del hecho que acaba de cometerse:

“... En el hecho de aquel que después de haber sustraído la cartera en el tranvía a un pasajero, desciende apresuradamente del coche y se da a la fuga, mientras el despojado, dándose cuenta de haber sufrido el hurto, e individualizado el autor del delito, da la voz de alarma, y se da a perseguir al ladrón, nos parece que debería reconocerse un caso de flagrancia, y no de cuasiflagrancia, porque la relación entre la consumación del delito y el delincuente se puede considerar no interrumpida todavía, constituyendo la fuga un medio para poder llevar a buen fin el proyecto criminoso o para escapar a las sanciones de la ley...” (Brichetti, 1973: 165)³.

Por tanto, estimamos que la *flagrancia impropia* o *cuasiflagrancia*, sólo puede comprender la situación de quien es sorprendido 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, teniendo en cuenta la relación de inmediatez personal con respecto

² En la doctrina patria se hace referencia a la categoría de flagrancia presunta o inferida, ver, entre otros, en: Borrego (2002), Arteaga (2002), Rionero/Bustillos (2003), Pérez (2002) y Núñez (2005), éste último, quien además de incluir la hipótesis del delito que acaba de cometerse en la noción de cuasiflagrancia, refiere una nueva categoría de flagrancia que denomina subrepticia, en el marco de la sentencia 2.580 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Con esta decisión se amplió el concepto de flagrancia, para sostener que puede configurarse en atención a la experiencia e intuición policial de que se está cometiendo un delito. A criterio del autor en comentario, la flagrancia subrepticia encuadra en la definición legal de flagrancia real, esto es, la del delito que se esté cometiendo, que se configuraría ante sospechas fundadas que pueden surgir para los funcionarios policiales dada su experiencia y formación. En rechazo a la mencionada decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Díaz (2002), Arteaga (2002), Rionero/Bustillos (2003) y Ferreira (2005).

³ Para Arteaga (2002: 69), lo que importa en estos supuestos es “... la relación temporal entre el hecho y la captura del presunto autor, a través del hilo conductor de la persecución que parte del momento mismo de la percepción del hecho...”.

al hecho que recientemente se ha cometido. Imaginemos a quien se consigue cerca del lugar donde recientemente se ha producido una tentativa de hurto, con objetos relacionados con la comisión del hecho punible. En este supuesto, quienes saben de la ocurrencia del hecho punible no han podido ver a los autores o partícipes del mismo, pero saben de la existencia de la acción delictiva. Distinto sería, si habiendo presenciado el hecho también se ha visto al posible autor o partícipe y se inicia la persecución de éste, caso en el cual estaríamos en la hipótesis del perseguido por la víctima, la autoridad policial o el clamor público.

El artículo 248 del COPP, en relación a la hipótesis de quien es sorprendido 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, exige una presunción racional, fundamentada en la apreciación objetiva de los hechos –*bajo condiciones de inmediatez*–, rechazándose en consecuencia una mera inducción acerca de la participación o realización delictiva, pues como refiere Escobar (1998: 156):

“... quien, por ejemplo, tiene en su poder el reloj poco antes desapoderado, pudo haberlo acabado de recoger del suelo por haberse caído al verdadero hurtador cuando emprendía la huida; de otro lado, quien empuña el arma de fuego inmediatamente después de los disparos, pudo haberla recibido del infractor momentos antes de que emprendiera la fuga; en fin quien tiene su vestido manchado con sangre o roto luego de una riña, con consecuencias de lesiones o muerte, pudo haber participado en ella, pero con la sola intención de separar a los contendientes...”⁴.

Como se advierte, la flagrancia está referida a hechos que ocurren en el mundo exterior, en orden a la evidente o presunta realización de un hecho punible, significada por una “... noción presente, inmediata, urgente de acción...” (1998: 156). Por tanto, la flagrancia se encuentra vinculada a una situación fáctica, en relación a circunstancias de tiempo, modo y lugar, en la que objetiva y fundadamente se puede estar ante la presencia de la comisión de un hecho punible

⁴ En este orden de ideas, puede considerarse acertada la reforma del artículo 374 del COPP (ahora 373), concretada en noviembre de 2001, para posibilitar la aplicación del procedimiento ordinario aun cuando se haya calificado la flagrancia, pues en la mayoría de casos de cuasiflagrancia la realización de una investigación resulta necesaria.

o de la participación en él, que va desde la percepción sensorial de la acción delictiva (*flagrancia propia*), a un estado en el que se presume que una persona, poco antes, ha cometido un hecho punible o ha participado en la realización del mismo (*cuasiflagrancia*). Se presenta, vulgar y gramaticalmente, como algo que se está ejecutando o acaba de ejecutarse, coincidente con la etimología del vocablo *flagrante*, derivado del participio activo *flagrans*, equivalente a arder o resplandecer como fuego o llama, y que además se reconoce como situación fáctica en la que una persona es sorprendida –*vista directamente o percibida de otro modo*– al momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito (Rives, 1999: 404).

Al versar sobre hechos o comportamientos que tienen lugar en el mundo exterior, en virtud de los cuales se percibe sensorialmente la comisión de un hecho punible que se comete, se está cometiendo o acaba de cometerse, y se parte de estados de presunción en torno a una persona que se estima ha cometido un hecho punible o participado en él, la flagrancia se corresponde con una situación de naturaleza fáctica y objetiva, bien por estar referida a hechos externos como a presunciones de estado en las que puede encontrarse una persona con respecto a la realización de un hecho punible o su participación en él. En este sentido, precisa de la verificación de ciertos elementos que de no existir toman imposible su configuración, en tanto que se requiere de la percepción sensorial, la inmediatez y la necesidad de intervención, bien para evitar la realización del hecho punible o la consumación del mismo, así como la procura de su impunidad.

Tanto el Tribunal Constitucional, como el Tribunal Supremo español, exigen la presencia de ciertos elementos en orden a la configuración de la flagrancia, su naturaleza y estructura. Así, se refieren unas notas sustantivas y adjetivas. Relacionadas las primeras con la inmediatez, temporal, cuando se esté ante la acción delictiva que se desarrolla o acabe de desarrollarse en el momento que se sorprende o percibe, y personal, cuando se trata de la persona que se encuentra en el lugar del hecho en situación o relación con aspectos del delito; y las segundas, con la percepción directa y efectiva –*nunca meramente presuntiva o indiciaria*– de las condiciones sustantivas, que deben concurrir con la necesidad urgente de la intervención, bien para evitar la consumación del delito que se está cometiendo, el agotamiento del que acaba de cometerse o la desaparición de las huellas del delito que se está percibiendo directa y sensorialmente (1999: 405)⁵.

⁵ Ver las decisiones del Tribunal Supremo español citadas por el autor en comentario: STS de 1 de abril de 1996 [RJ 1996, 2845], 2.º, STS de 28 de diciembre de 1994 [RJ 1994, 10321] y STS de 29 de marzo de 1990 [RJ 1990, 2467].

La doctrina del Tribunal Supremo español y del Tribunal Constitucional español, al referirse a tales elementos como las partes de un todo, lo hace en el entendido de que configuran la dimensión del concepto constitucional de flagrancia⁶, puesto que el artículo 18.2 de la Constitución española, habilita para la entrada y el registro domiciliario sin el consentimiento del titular o la respectiva orden judicial⁷. Dimensión ésta, que se encuentra prevista en la Constitución de la República puesto que en sus artículos 44 ordinal 1º y 47, regula la flagrancia en el sentido de que la misma habilita para la restricción de la libertad personal, del hogar doméstico y todo recinto privado sin que medie orden judicial⁸.

Por consiguiente, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional español, así como de lo previsto en el ordenamiento jurídico venezolano, podemos afirmar que la flagrancia, como situación fáctica, presente, inmediata y necesitada de la intervención, de la autoridad policial o del particular, requiere de la concurrencia y verificación de los siguientes elementos: **a)** La inmediatez, temporal en atención a la flagrancia, y la personal, en relación a la cuasiflagrancia, **b)** 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 meramente presuntiva, y **c)** La necesidad y urgencia de intervención, entendida como premura de acción por parte de quien percibe la

⁶ En tal sentido, ver cita de la sentencia del Tribunal Supremo español del 29 de marzo de 1990, en Borrego (2002: 286); así como la SSTS del 29 de marzo de 1990 [RJ 1990, 2647], 21 de enero de 1993 [RJ 1993, 280], del 7 de abril de 1993 [RJ 1993, 3055], del 22 de julio de 1994 [RJ 1994, 6710] y del 15 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8031]; también las sentencias 341/1993, del 18 de noviembre [RTC 1993, 341], y la STC 94/1996, del 28 de mayo [RTC 1996, 94]; véase también en De Urbano/Torres (2000: 156).

⁷ “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”. Borrego (2002: 280), al referirse al consentimiento del titular del derecho que permite la entrada y el registro, advierte *–acertadamente–*, que ello no se permite en la Constitución venezolana, al haberse establecido la irrenunciabilidad de los derechos.

⁸ Debiendo destacarse, con apoyo del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo español, la importancia de la tutela constitucional del domicilio al versar sobre una protección de carácter instrumental de los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de las personas STC 22/1984, del 17 de febrero [RTC 1985, 137]. En el mismo sentido, pero con mayor precisión sobre lo que comprende el domicilio, la sentencia STS del 30 de abril de 1996 [RJ 1996, 3218]: “... a) el espacio en que la persona vive sin estar sujeta necesariamente a los usos y convencionalismos sociales; b) el lugar en el que el sujeto ejercita su libertad más íntima, como emanación natural de la propia persona, en definitiva donde se desarrolla lo que se ha denominado la privacidad de la persona a través de la cual proyecta su «yo anímico» en múltiples direcciones; y c) el local, por precaria y humilde que sea su construcción, en donde la persona vive y se cobija para cumplir con sus obligaciones y con el ejercicio de sus derechos, lo mismo si es habitual que si es accidental o transitorio, sin llevar consigo necesariamente ni la propiedad ni la posesión arrendaticia.” (De Urbano/Torres, 2000: 143).

situación flagrante, éste último que autoriza la restricción de ciertos derechos y garantías constitucionales sin la respectiva orden judicial⁹.

Teniendo presente el contenido del artículo 248 del COPP, los elementos de la flagrancia antes referidos se relacionarían de la siguiente manera: La *inmediatez temporal*, en cuanto al hecho punible que se esté cometiendo o acabe de cometerse (flagrancia); la *inmediatez personal*, a la situación de la persona que es sorprendida a poco de haberse cometido el hecho punible o cerca del lugar donde se cometió, con objetos, armas o instrumentos que hagan presumir objetivamente que es el autor o partícipe (cuasiflagrancia), debiendo advertirse, que en la cuasiflagrancia, también debe valorarse el requisito de la *inmediatez temporal*, al versar la flagrancia delictiva sobre un acontecimiento que ocurre de súbito, inesperado, imprevisto, cuya referencia temporal le es inherente.

En cuanto a la apreciación de la situación flagrante, la misma se caracteriza por una *percepción sensorial*, en el entendido del hecho que se esté cometiendo o acabe de cometerse y es visto directamente –*percibido o visto de otro modo*–, mientras que en la cuasiflagrancia, al versar sobre la *inmediatez personal* con relación al lugar donde se cometió el hecho punible, los objetos, armas o instrumentos, requiere de la

⁹ En orden a la necesidad de concurrencia de estos elementos para que pueda verificarse la flagrancia, resulta de interés la sentencia N° 395, dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 14 de agosto de 2002, fundamentalmente, en orden al voto salvado de la Magistrada Blanca Rosa Mármol de León. En dicho voto, se manifiesta el desacuerdo con el magistrado ponente, quien consideró la existencia de la situación flagrante en 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. El ponente argumentó la ausencia de la violación del domicilio, en tanto que el hecho planteado encuadraba en la excepción del ordinal 3° del reformado artículo 225 del COPP (ahora, ordinal 1° del artículo 210), considerando que se estaba ante la necesidad de evitar la comisión de un hecho punible (impedir la perpetración de un delito). En este orden de ideas, como se evidencia de los hechos referidos en la sentencia y del razonamiento de la disidente, no hubo la percepción de un delito que se estaba cometiendo, ni mucho menos de uno que acabara de cometerse, en este supuesto, para autorizar la entrada de los funcionarios policiales conforme al ordinal 1° del artículo 210 del COPP. 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..."; información que se constató a través de un registro ilegal. Distinto sería el caso del particular que informa sobre una situación o un hecho delictivo del cual tiene la percepción sensorial directa y objetiva, procediendo a llamar a la autoridad policial para que acuda al lugar de los hechos e intervenga de inmediato, para evitar la consumación del hecho punible o la procura de su impunidad. La excepción de cumplir con la formalidad de solicitar la orden de allanamiento, conforme al ordinal 1° del artículo 210 del COPP, esto es, para impedir la perpetración de un delito, está relacionada con la flagrancia y, por tanto, con la ineludible percepción sensorial que debe impedirse, de modo que también debe valorarse la inmediatez de ello y la necesidad de urgencia e intervención, esto último que autoriza la entrada y el registro –*valga la expresión*– para impedir la perpetración de un delito.

mayor *objetividad* de quien percibe la situación cuasi-flagrante. Objetividad, que tal y como afirma Martín (1998: 379), excluye cualquier percepción presuntiva, inductiva, de intuición o de conocimiento, o en fin aquella “percepción psicológica” de que se está frente a una situación flagrante, pues las sospechas, conjeturas o presunciones, resultan incompatibles con la naturaleza objetiva de la flagrancia.

Finalmente, en lo que corresponde al elemento de la *necesidad y urgencia de intervención*, constitutivo de la dimensión constitucional de la flagrancia, puede afirmarse que se trata del más significativo e importante dado que habilita la restricción de derechos constitucionales sin autorización fundada del órgano jurisdiccional, ante la necesidad de evitar la consumación del delito que se está cometiendo, el agotamiento del que acaba de cometerse o la desaparición de los efectos y huellas del delito que se está percibiendo directa y sensorialmente (*percepción e inmediatez*). Por tanto, si se está ante la posibilidad de acudir a la instancia judicial, no tendrá lugar la *necesidad y urgencia de intervención*, por lo que tampoco habrá flagrancia y, por consiguiente, la restricción de los derechos sólo podrá legitimarse previa intervención del órgano jurisdiccional, en tanto que la excepción a la restricción de las garantías de inviolabilidad de la libertad personal, del domicilio, del recinto privado y de las comunicaciones, siempre debe autorizarlas el juez en el marco de su competencia funcional y de acuerdo con lo previsto en la ley, que entre otras exigencias obliga a la interpretación restrictiva de las normas que regulan la flagrancia¹⁰.

¹⁰ Así, el artículo 247 del COPP que prevé: “... Interpretación restrictiva. Todas las disposiciones que restrinjan la libertad del imputado, limiten sus facultades y las que definen la flagrancia, serán interpretadas restrictivamente.” En cuanto al requisito de la necesidad de urgencia y de intervención, resulta interesante la crítica de Martín (1998: 381) a una sentencia del Tribunal Constitucional de España, STC 94/1996 del 28 de mayo, en la que –como refiere el autor– inexplicablemente se entendió que se habían dado los requisitos de la evidencia o percepción sensorial y el de la urgencia y necesidad de intervención, en el supuesto de dos entradas domiciliarias sin mandamiento judicial. Una primera por haber tenido la “evidencia sensorial” de la comisión de un hecho punible, y la otra, es decir, la segunda entrada, por cuanto la persona sorprendida, previa vigilancia policial, había sido observada accediendo en diversas oportunidades al domicilio cercano a aquél donde se observó la realización del delito flagrante que dio origen a la primera entrada. Para el autor, con la segunda intervención restrictiva del domicilio se irrespetó la garantía de inviolabilidad domiciliaria, ya que la discutible situación flagrante no había tenido lugar en el recinto donde se produjo la segunda entrada y porque además la vigilancia policial de varias horas era demostrativa de la inexistencia de la necesidad de urgencia e intervención, por lo que se podía acudir al órgano judicial a pedir la orden de entrada y registro. Los hechos que motivaron esta sentencia del TC, como refiere Matia (1997: 356), tienen su origen en una vigilancia policial establecida durante más de cuatro horas en la que pudo observarse a dos mujeres, una de las cuales aparentemente realizaba operaciones de venta de drogas ilícitas, siendo que una de ellas era vista cuando penetraba en su domicilio y en otro cercano, para luego salir a la calle a llevar a cabo la presunta venta de drogas. Al momento de intentar detener a esta mujer, un policía observa por la ventana del domicilio de la otra mujer cuando trataba de deshacerse de una cantidad de droga vertiéndola en el inodoro,

En este orden de ideas, debe advertirse que la flagrancia como un fenómeno fáctico-objetivo, en relación a su verificación y valoración normativa, sólo puede tener lugar ante la configuración concurrente de los elementos antes referidos, dado que conforman la estructura procesal de la flagrancia y su dimensión constitucional, al requerirse la objetividad de quien percibe sensorialmente en circunstancias de inmediatez, lo que da lugar a la necesidad y urgencia de intervención, bien para evitar ya 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, así como la huida del sospechoso, procede a restringir. Por ello, dichos elementos requieren de una valoración global.

Habrà de concluirse entonces, que en aquellas situaciones en las que no se tenga la percepción sensorial y objetiva, en relación a la inmediatez temporal o personal de la realización de un hecho punible, no existirá la necesidad y urgencia de intervención, por lo que en definitiva no podrá hablarse de situación flagrante y, en consecuencia, no podrá utilizarse tal noción para la restricción de derechos fundamentales y garantías constitucionales, tales como la inviolabilidad domiciliar y la inviolabilidad de la libertad personal, sin que medie la correspondiente autorización judicial.

2.- Delitos permanentes y delitos de consumación instantánea y efectos permanentes. Definición y diferencias.

Sostiene Soler (1963: 160), que a diferencia del delito instantáneo, sólo puede hablarse de delito permanente “... cuando la acción delictiva misma permite, por

por lo que se procedió a realizar la primera entrada en dicho domicilio sin orden judicial, incautándose una bolsa con droga. De seguidas, se procedió a la segunda entrada sin orden judicial, esta vez en el domicilio de la mujer que había sido detenida en la calle, ante el “conocimiento evidente” –sin percepción sensorial– de que en tal domicilio se había cometido un delito contra la salud pública. Más aun, para la segunda entrada y registro no se había presenciado la comisión de un delito dentro del mencionado domicilio, por tal razón el TC sostiene que la entrada ni se dio para detener a la mujer –previamente detenida en la calle– ni para evitar la consumación de un delito, sino para evitar la desaparición eventual de otros efectos o instrumentos del delito. No obstante, lo conseguido por la policía en dicho registro fue dinero. Para el autor en comento, este razonamiento del TC además de evidenciar que para el momento de la segunda entrada y el posterior registro sin orden judicial, no se estaba ante la comisión de un delito flagrante, también resulta demostrativo de que la policía ignoraba lo que encontraría allí (1997: 357). Añadimos, que aun cuando los policías tuvieran conocimiento de lo que podrían conseguir en el registro, al no tener la percepción sensorial de ello y, por consiguiente, no estar ante la relación de inmediatez de presenciar la comisión de un delito en dicho domicilio, estaban en obligación de acudir ante el órgano jurisdiccional para pedir la respectiva orden de allanamiento, aunado a que ya tenían más de cuatro horas vigilando a las referidas mujeres, vigilia que sin lugar a dudas debió tener su origen en un trabajo previo de pesquisa o inteligencia policial. De otra parte, conviene deslindar este elemento de la flagrancia en el marco de los artículos 210 y 250 del COPP. Conforme a estas normas, el órgano de policía de investigaciones puede acudir directamente ante el Juez de Control para pedir la orden de allanamiento y se puede autorizar la aprehensión del investigado por cualquier medio idóneo, valga decir, por razones de extrema necesidad y urgencia.

sus características, que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del derecho en cada uno de sus momentos...”, de manera que la definición de delito permanente hace referencia a una nota de continuidad en tanto que se mantiene en el tiempo. De igual criterio, Ranieri (1975: 325), para quien son delitos permanentes:

“... aquellos en que al comienzo de la consumación le sigue un estado antijurídico duradero por la prolongación de la conducta voluntaria del sujeto, de modo que el delito se *agota* solo cuando aquella se suspende (...) en estos delitos el hecho lo caracteriza el estado antijurídico duradero que lo prolonga en el tiempo la conducta del sujeto, quien puede hacerlo cesar, y que, en la estructura del delito, se pone como *requisito necesario* ...”.

Por tal razón se sostiene, que en el delito permanente todos los momentos constitutivos de la continuidad o permanencia se entienden como su consumación, en tanto que en los delitos instantáneos la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento, debiendo destacarse que el carácter de instantáneo no se lo da el efecto que causa ni la forma como se realiza, sino que ello viene determinado por la acción consumatoria definida en la ley mediante el verbo rector (Soler, 1963: 159). En tal sentido se afirma: “...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.” (1963: 160); así se entiende por delitos de consumación instantánea y efectos permanentes, aquellos que se consuman de manera instantánea con el primer acto de ejecución manteniéndose la situación antijurídica, la cual se prolonga en el tiempo¹¹. Como sostiene Fontán (1966: 461), no debe confundirse los delitos permanentes con los de efectos permanentes, ya que estos últimos: “... son delitos instantáneos cuyo efecto se prolonga indefinidamente en el tiempo. Tal cosa ocurre, v. g., en el matrimonio ilegal del artículo 134 del Código

¹¹ Véase en Pérez (1967: 268), quien afirma que en el delito instantáneo la acción se extingue en un solo momento, vale decir, el consumativo, de tal suerte que al finalizar o cerrarse el proceso ejecutivo del delito el agente queda impedido de prolongarlo o hacerlo cesar; no obstante, en cuanto a los delitos permanentes es de otro criterio: “... Preferimos la expresión de efecto permanente, porque en realidad el delito es de consumación instantánea, pero con continuidad en cuanto a su consecuencia. Algunos hablan de delitos permanentes con notoria impropiedad, porque la infracción se consumó en el momento inicial y lo que permanece es el efecto de esa acción primera...” (1967: 269).

Penal. La bigamia se comete al suscribir el acta del registro civil, pero la situación antijurídica que con ello se crea, se prolonga en el tiempo...”¹².

Como podrá observarse, la diferencia esencial entre los delitos permanentes y los de consumación instantánea y efectos permanentes, se encuentra relacionada con el momento de la consumación, puesto que en los primeros se entiende que éste se mantiene durante la permanencia de la acción delictiva, mientras que en los segundos, lo que subsiste es la situación antijurídica, en el sentido de que su consumación es instantánea. Delitos permanentes lo serían el secuestro y la desaparición forzada de personas, cuya consumación se realiza, con relación al primero, hasta que cesa el cautiverio del secuestrado, y con relación al segundo, mientras no aparezca la víctima¹³; delitos de consumación instantánea y efectos permanentes, por ejemplo, aquellos que se cometen por la tenencia de objetos de tráfico prohibido, tales como: drogas, armas, explosivos, entre otros (Rives, 1999. 406).

Sin embargo, tal criterio distintivo no es unívoco en la doctrina, ya que algunos autores al tratar los delitos de consumación instantánea y efectos permanentes, se refieren a los efectos permanentes en cuanto a las secuelas y a los efectos dañosos del delito, no así al mantenimiento de la situación antijurídica, así Romero (1969: 327):

“... algunos delitos instantáneos tienen efectos que se prolongan indefinidamente en el tiempo: son los llamados “delitos instantáneos de efectos permanentes” (v. gr., el homicidio). En estos no es la acción consumativa la que se prolonga, como en los permanentes, sino solo los efectos del delito.”¹⁴.

¹² No obstante, la tesis sostenida por el autor no es clara, toda vez que a renglón seguido señala “... pero aun en los más característicos delitos instantáneos, como el homicidio que hemos puesto por ejemplo, son de efecto permanente: la vida se pierde definitivamente.” (1966: 461); de modo que en un momento se refiere al mantenimiento o permanencia de la situación antijurídica y en otro al de los efectos dañosos del delito, verbigracia, la pérdida de la vida en el homicidio.

¹³ Al respecto, la sentencia dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 11 de julio de 2006. En esta decisión se considera a la desaparición forzada de personas como un delito instantáneo de efectos permanentes. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/julio/a06-0067-318.htm>

¹⁴ De igual manera, Zambrano (1984: 140): “... Podemos aún diferenciar por la prorrogación de la actividad o la inactividad del agente, los tipos penales en permanentes y de efectos permanentes, que son distintos estructuralmente (...) como ejemplo clásico de delito permanente podemos citar el plagio, en el que cualquiera de sus momentos (mientras dure la persona plagiada en poder del plagiador), es violatorio del bien jurídico protegido por la norma –la seguridad-. Como ejemplo de delito de efectos permanentes pueden considerarse la bigamia, a la falsedad documental, que se perfeccionan en el momento de contraer el segundo matrimonio y en el momento de la impresión falsa, pero los efectos permanecen mientras no se declare la

No obstante, más allá de las distintas posiciones doctrinarias en cuanto a la distinción de los delitos permanentes y los de consumación instantánea y efectos permanentes, interesa en el contexto de este trabajo la particularidad que los caracteriza, vale decir, la noción de continuidad o permanencia temporal, fundamentalmente, en orden a la relación que pueda existir con respecto a la flagrancia puesto en tanto que con ella se hace referencia a delitos que se están cometiendo o acaban de cometerse.

3.- Entre la noción de permanencia y la percepción sensorial: una distinción necesaria.

Establecida la particularidad de los delitos permanentes y los de consumación instantánea y efectos permanentes, en cuanto tienen lugar en un contexto marcado por la circunstancia temporal de permanencia, bien hasta el cese de la acción delictiva, como del estado o la situación antijurídica, importa ahora establecer cuál es la relación entre tales delitos y la flagrancia.

Dado que la noción de permanencia, en un primer momento suele ser indicativa de una acción o de un estado que se mantiene o subsiste en el tiempo, es decir, de un comportamiento que se está ejecutando o perpetrando, o en todo caso, de algo que acaba de cesar en su permanencia, podríamos concluir en la compatibilidad de dicha noción con la institución procesal de la flagrancia, concretamente, en orden a la definición legal del delito que *se está cometiendo* o *acaba de cometerse*. Así las cosas, de la particularidad de los delitos permanentes y los delitos de consumación instantánea y efectos permanentes resulta la aparente compatibilidad entre la noción de permanencia que los caracteriza y la flagrancia, lo que nos lleva en un primer momento, a la conclusión de que todos los delitos caracterizados por tal noción son flagrantes.

En este orden de ideas, Puig (1959: 347), al referirse al concepto de la flagrancia, sostiene que el mismo es trascendente en cuanto a la clasificación de los delitos

nulidad del segundo matrimonio o la falsedad documental (...) Muchos delitos instantáneos o que se consuman en un solo momento dejan una secuela permanente mientras no se repare mediante una sentencia condenatoria el agravio inferido (...) En materia de lesiones la secuela de éstas puede ser permanentes en sus efectos, como cuando queda una huella desfigurativa del rostro, aún cuando siga siendo un delito instantáneo, de consumación en un solo momento...”; en el mismo sentido Maggiore (1954: 298), para quien la configuración de los delitos instantáneos y efectos permanentes no merece ser elevada a un tipo autónomo de delito, pues en su criterio “... Casi todos los delitos instantáneos tienen efectos permanentes, es decir, consecuencias dañosas, más o menos irreparables, que sobreviven a la consumación del delito...”.

en instantáneos y permanentes, pues como afirma “... la flagrancia existe mientras dura la permanencia...”. Esta postura, sustenta la tesis en virtud de la cual se afirma que la noción de permanencia, presente en los delitos permanentes y los de consumación instantánea y efectos permanentes, conlleva por siempre a considerar la existencia de la flagrancia. En tal sentido, se concibe la situación flagrante a partir de la noción de permanencia de tales delitos, razón por la cual –*sostiene el autor*– la flagrancia se configura como todo hecho punible que se está cometiendo, acaba de cometerse o en fin, de aquél que ha cesado en su continuidad o permanencia (1959: 348). Se advierte entonces, que para el autor en comentario lo primordial a los efectos de la flagrancia y su configuración no son los elementos que la integran, tal y como hemos puesto de manifiesto en el presente trabajo, sino la noción de permanencia de dichos delitos¹⁵.

Sin embargo, contrariamente a lo señalado por Puig, debe argumentarse con base en los elementos que integran el concepto de flagrancia, esto es, la inmediatez, la percepción sensorial y la necesidad y urgencia de intervención, que la noción de permanencia, propia de los delitos permanentes y de efectos permanentes, no es suficiente o determinante en la verificación de la flagrancia delictiva. Puede darse el hecho de que aún existiendo la permanencia de una acción delictiva o de un estado antijurídico, no se esté ante la flagrancia.

Piénsese por ejemplo, en el caso la ejecución de un delito permanente como el secuestro o la privación ilegítima de libertad, donde se mantiene al secuestrado o al sujeto privado ilegítimamente de su libertad, en el interior de un domicilio o un recinto privado; o en el caso de un delito instantáneo y efectos permanentes, como la posesión de sustancias estupefacientes para la distribución por parte de quien se encuentra en su domicilio. En ambos supuestos, al no contarse con la percepción sensorial acerca de la ocurrencia de estos comportamientos criminosos, no podrá hablarse de flagrancia a pesar de la nota de permanencia. En relación al secuestro,

¹⁵ La tesis defendida por Puig (1959: 345), se manifiesta al tratar las clasificaciones de delitos, en concreto, a la “...clasificación de los delitos atendiendo a su modo de constatación...”. En este sentido, resulta oportuno que dicha clasificación al estar relacionada con lo verificable o constatable, se acerca mucho más a las actividades delictivas que son susceptibles de ser constatadas a través de los sentidos, lo que guarda relación con el principal elemento de la flagrancia, como se ha dicho, la percepción sensorial; muy a pesar de haber relacionado la flagrancia con la sola nota de permanencia de algunos delitos: los instantáneos y de efectos permanentes, así como los permanentes.

pensemos que la autoridad policial adquiere o tiene el conocimiento de que la persona secuestrada se encuentra en un domicilio determinado: ¿Podrá en este caso hablarse de flagrancia teniendo en cuenta que el delito de secuestro es permanente?, ¿Resultaría conforme a derecho ingresar sin orden judicial al domicilio donde se presume que se está llevando a cabo el secuestro, con el sólo dato de que se trata de un delito permanente? Creemos que tal situación no encuadra en la definición legal de flagrancia, por lo que también estimamos que la sola naturaleza del secuestro, como delito permanente, no constituye un aspecto integrante de la flagrancia mucho menos que la defina. No cabe duda que la flagrancia puede configurarse en el delito permanente de secuestro, verbigracia, cuando percibidos los secuestradores en la ejecución del secuestro se les persiga para su aprehensión, por la autoridad policial o por las víctimas, pero esta situación nada tiene que ver con el carácter permanente del secuestro. En este ejemplo, se trata de la concurrencia de los elementos de la flagrancia, a saber: la percepción sensorial, la inmediatez y la necesidad de urgencia de intervención.

Considerar la sola noción de permanencia en orden a la existencia de la flagrancia, desatendiendo su principal elemento, como lo es la percepción sensorial, implicaría una valoración a partir del mero conocimiento, de la intuición o de la simple sospecha de que se está cometiendo un delito, siendo suficiente que los funcionarios policiales estén informados acerca de la presunta ocurrencia de un delito permanente o de efectos permanentes¹⁶. Dicho de otro modo, se ampliaría el concepto y con ello el alcance de la flagrancia para restringir la libertad personal, el domicilio, cualquier recinto privado en el que se desarrolle la intimidad de las personas o cualquier otro derecho, sin la correspondiente orden judicial a partir del conocimiento, en lugar de la percepción sensorial del delito que se esté cometiendo o acabe de cometerse.

Valga en este orden de ideas, lo expresado por el Tribunal Supremo español, en la sentencia del 29 de septiembre de 1994, en la que se diferencia la permanencia de la percepción o evidencia sensorial, en tanto que la primera alude a la consumación del delito permanente, por estarse realizando en todo momento mientras dure la

¹⁶ Véase en Núñez (2005: 68 - 75), quien en el comentario de la sentencia 2.580 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se pronuncia en cuanto a la necesidad de la buena formación de los funcionarios a los fines de conjurar las dificultades que pudieran darse en la configuración de la flagrancia, sobre manera *—en palabras del autor—* cuando se trate de la flagrancia subrepticia.

situación antijurídica, siendo que la percepción o evidencia sensorial, característica de la flagrancia, alude al delito que se está realizando o acaba de realizarse y es percibido por alguien (Rives, 1999: 406).

Por consiguiente, permanencia del delito o del estado antijurídico del mismo y la evidencia *–percepción–* sensorial, no son coincidentes en la concreción de la flagrancia delictiva, entre otras razones, porque ésta no la determina la estructura o naturaleza del delito, sino la percepción que se tiene de una o varias personas que lo cometen o acaban de cometerlo y, en el supuesto de la cuasiflagrancia, por la presunción fundada acerca de una o varias personas que por encontrarse en el mismo lugar donde se ha cometido el delito o cerca, con objetos, armas o instrumentos, en una relación de tiempo inmediata *–a poco de haberse cometido el hecho–*, se consideran autores o partícipes.

Significa entonces, que la permanencia en el tiempo, tanto de la acción delictiva, en lo que respecta a los delitos permanentes, como del estado antijurídico, en cuanto a los delitos de consumación instantánea y efectos permanentes, por sí sola no es determinante para hablar de la presencia o de la percepción sensorial de la situación flagrante. En este sentido, merece especial atención lo referido por Manzini (1987: 129), quien a pesar de afirmar que la permanencia de un delito no es suficiente en orden a la flagrancia, es del criterio que se configuraría si se sorprende al agente de delito en el acto de cometerlo: “... en el acto de mantener, activa o pasivamente, el estado de permanencia...”¹⁷. Como se advierte, este planteamiento hace depender la flagrancia de la noción de permanencia¹⁸. Así lo pone de manifiesto Brichetti (1973: 163), con referencia a la legislación italiana, al expresar:

“... Como se ha advertido, según nuestra ley procesal, la flagrancia propiamente dicha ocurre 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

¹⁷ “... para que haya flagrancia, no es suficiente que se trate de un delito permanente si no se sorprende al delincuente en el acto de cometer el delito, o sea, en el acto de mantener, activa o pasivamente, el estado de permanencia.” (1987: 129).

¹⁸ Véase en Núñez (2005: 18): “... Con respecto al delito permanente, parece lógico admitir que la flagrancia se materializará y pondrá de manifiesto mientras subsista la permanencia, por lo que para calificar al delito como flagrante sólo se requerirá sorprender al agente mientras en forma activa o pasiva exista el delito en ese estado de permanencia...”.

en los delitos continuados, cuando el agente es sorprendido en el acto de cometer el último delito ligado a los precedentes mediante el nexo de la continuación; y 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...” (Cursivas fuera del texto)¹⁹.

Lo afirmado por Bricchetti y Manzini, en cuanto sostienen que la flagrancia puede consistir en la sorpresa o el descubrimiento de quien mantiene el estado de permanencia de un delito, guarda relación con la definición legal contenida en la norma procesal referida por el primero, en la que se ha previsto “... *El delito permanente es flagrante hasta tanto haya cesado la permanencia...*”. A partir de esta norma, podría reconocerse la validez del razonamiento al que arriban los autores. Sin embargo, esta previsión legal—ajena al COPP—desconoce la esencia de la flagrancia, entendida como noción fáctica, objetiva, inmediata, presente y necesitada de urgente intervención, cuya concreción sólo puede partir de la percepción sensorial en relación a una o varias personas que comenten o acaban de cometer un delito, o de la presunción con respecto a quienes por encontrarse en el mismo lugar de su comisión o cerca de éste, con objetos, instrumentos o armas, se presumen son sus autores o partícipes, todo ello con independencia de si el delito es permanente o no. Por tanto, la flagrancia no versa sobre la sorpresa o el descubrimiento de una persona en el acto de mantener, activa o pasivamente, el estado de permanencia de un delito; tal y como sostiene Arteaga (2002: 62): “...flagrante es el hecho que se está realizando o ejecutando por alguien y es observado por un funcionario o particular...”²⁰.

¹⁹ Al respecto, véase la norma que sustenta el criterio del autor: “... 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 el 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...” (Cursivas fuera del texto).

²⁰ Como acertadamente refiere Arteaga (2002: 62) “...La flagrancia no es una categoría de delito o una nota que corresponda por el hecho de su comisión, a ciertos delitos, ya que todo delito tiene su momento en que se comete, pero tal nota es intrascendente si no se relaciona con alguien que se vincula al hecho y a su autor en el momento de su ejecución o inmediatamente después...”.

Pensemos en el supuesto del secuestro arriba mencionado, en el de la persona que mantiene oculta sustancias estupefacientes en su domicilio, el de quien detenta o posee un arma de fuego sin porte, en su domicilio o entre sus pertenencias, al igual que la hipótesis de la tenencia de sustancias estupefacientes en el interior del domicilio, cualquier recinto privado o entre sus pertenencias. En todos estos casos, se trata de delitos en los que tiene lugar la permanencia de un estado antijurídico, bien que se los considere como delitos permanentes o de efectos permanentes, no obstante, ante la comisión de cualquiera de estos comportamientos criminosos lo que importa, a los efectos de la definición legal de flagrancia y su dimensión constitucional, no es la permanencia sino, en primer lugar, la percepción sensorial de manera directa y por cualquier sentido de que se cometen o acaban de cometerse, lo que excluye el conocimiento o la sospecha fundada acerca de su comisión. En estos supuestos, generalmente se accede al descubrimiento, vale decir, al hallazgo de lo buscado en virtud del conocimiento o la sospecha, después de una indagación previa, por lo que no se tiene la percepción sensorial de que se está cometiendo un delito. Recordemos la sentencia del Tribunal Supremo español de 29 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 6404):

“...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...” (Rives, 1999: 406).

De otra parte, la tenencia, la posesión o la detentación, como hechos punibles que implican el “tener” una cosa incriminada (Struensee, 1997: 107), dan cuenta de que lo punible se encuentra referido a una relación antijurídica entre una persona y una cosa u objeto, que luego de haberse consumado a partir del momento mismo en que la cosa incriminada –*la sustancia o el objeto ilícito*- entra en el dominio personal, se mantiene en el tiempo, dada la noción de permanencia o subsistencia del estado que adquiere la persona con respecto a la sustancia o el objeto ilícito. En este sentido, puede afirmarse que los delitos que implican la tenencia, posesión, detentación de objetos y/o sustancias ilícitas, son de consumación instantánea y efectos permanentes, puesto que ellos se consuman de manera instantánea desde

el primer acto ejecutivo de la tenencia, la posesión o la detentación, manteniendo sus efectos en el tiempo mientras dure el estado antijurídico de ellos. Un ejemplo de tales delitos: el porte ilícito de armas, la posesión de drogas ilícitas, el ocultamiento de drogas ilícitas, así como otros delitos previstos en la ley antidrogas que tienen como punto de partida la ineludible posesión.

Dada la particularidad de los delitos de ocultamiento y transporte de sustancias ilícitas en cuanto a su ejecución y consumación, la flagrancia no puede considerarse verificada ante el descubrimiento de la permanencia o su mantenimiento, en los casos de registro, exámenes e inspecciones, personales o de vehículos. En estas situaciones, 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 y otros delitos permanentes y de efectos permanentes.

Así las cosas, los delitos de tenencia, posesión o detentación de sustancias ilícitas u objetos de tráfico prohibido, no obstante la nota de permanencia o continuidad, si bien podrían dar lugar a la flagrancia, ello sería excepcional en razón de la imposibilidad de su percepción sensorial dada la esencia misma de tales delitos, entre otras cosas, porque al tratarse de tenencias, posesiones y detenciones ilícitas, difícilmente se materializan de modo que permitan la evidencia sensorial propia de la situación flagrante y porque la tenencia, posesión o detentación de objetos o de sustancias ilícitas, comporta el mantenimiento en el tiempo de una situación antijurídica que requiere de una indagación o de un conocimiento previo, lo que evidentemente riñe con la noción presente de la situación flagrante en relación a quien la percibe de manera directa e inmediata.

De otra parte, 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. Tampoco puede aceptarse la tesis en virtud de la cual se sustituye la percepción sensorial ante la sospecha de que alguien está cometiendo un delito o acaba de cometerlo, acompañada de la consideración de la permanencia: *se está o estaba ocultando drogas ilícitas, transportando drogas ilícitas, portando el arma ilícita*, tesis que tiene utilidad en materia de registros o intervenciones corporales que confirman las sospechas. La flagrancia, como sostiene Martín (1998: 379):

“... no es constancia, sino que se ve sin necesidad de indagación previa (...) No es suficiente que exista sospecha o presunción como consecuencia de una investigación previa, porque el hecho ya no es inmediato, inesperado, imprevisto (...) De lo que se trata es de que la policía alcance el conocimiento de la perpetración de un delito, no por utilizar un procedimiento normal de investigación, sino porque se percibe directa, personal y con toda certeza de su realización...”²¹.

4.- Conclusión.

Teniendo en cuenta las particularidades de los delitos permanentes y los delitos de ejecución instantánea y efectos permanentes, así como el alcance de la flagrancia en tanto que autoriza intervenciones y restricciones de derechos y garantías constitucionales, tales como la libertad y el domicilio o recinto privado, sin orden judicial, conviene deslindar la noción de permanencia que caracteriza a estos delitos con respecto al primer elemento integrante de la flagrancia: la percepción sensorial. Este deslinde, como se desprende del presente trabajo, es de suma importancia a los fines de evitar equívocas y desacertadas interpretaciones que se han venido

²¹ En este orden de ideas, resulta de interés el contenido del 116 de la Ley Orgánica Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (LOCTICSEP), publicada el 16 de diciembre de 2005, en Gaceta Oficial N° 38.337. En relación con la identificación provisional de las sustancias ilícitas, se tiene previsto lo siguiente: “**Artículo 116.** (...) En los casos 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 hubiesen atendido, hasta tanto se haga la experticia toxicológica a las sustancias (Cursivas fuera del texto). Como se advierte, el legislador da por sentada la flagrancia en los supuestos de tenencia o transporte de sustancias ilícitas, claro está, prescindiendo de la percepción sensorial. Considera la detención flagrante a partir de la noción de permanencia, propia de los delitos permanentes o de efectos permanentes.

produciendo y que han dado origen a inconstitucionales e ilegales restricciones de tales derechos y garantías.

Permanencia y percepción sensorial, si bien pudieran coexistir en el contexto de la flagrancia delictiva, no se encuentran en una relación de interdependencia. Dicho de otro modo, la flagrancia a pesar de que pudiera configurarse ante la comisión de un delito permanente o de efecto permanente, no depende de la naturaleza de dichos delitos en cuanto a la permanencia de los mismos. Por tanto, el conocimiento o la sospecha de que se comete un delito, por sí solos no resultan suficientes para restringir un derecho sin orden judicial, así como tampoco puede admitirse la constitucionalidad y legalidad de la intervención en el derecho sin orden judicial, por tratarse de un delito permanente o de efecto permanente. Lo que define la flagrancia no es la permanencia, sino, en primer término, la percepción sensorial del delito que se está cometiendo, acaba de cometerse y se trata de impedir, en su consumación o en la procura de su impunidad, lo que da cuenta de la inmediatez que conlleva a la necesidad de urgencia e intervención. Necesidad y urgencia, que justifica la intervención en el derecho sin orden judicial.

La previsión normativa de los artículos 44 y 47 de la Constitución de la República, excluye la interpretación a tenor de la cual primero se intervienen y restringen los derechos –*libertad e intimidad personal*– sin orden judicial, y luego de ello, ante el hallazgo o descubrimiento de lo buscado por la sospecha, se legitima tal injerencia. La habilitación constitucional para restringir derechos sin el previo control jurisdiccional, sólo puede tener lugar ante la percepción sensorial de un delito que se comete o acaba de cometerse. Lo contrario, además de violentar lo previsto en la Constitución, también conlleva la desnaturalización de la flagrancia, pues se arribaría a un concepto que prescindiría de su principal elemento, el de la percepción sensorial, estrechamente vinculado con la expresión *flagrans*.

Quien descubre lo que sospecha o lo que se le ha informado, no percibe en el sentido y alcance normativo de la flagrancia, por tal razón, la permanencia de un delito no constituye su elemento configurador, así como tampoco puede hacerse depender a la flagrancia del registro o la indagación previa que pretende confirmar la sospecha o el conocimiento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arteaga S., A. (2002). *La privación de libertad en el proceso penal venezolano*. Ed. Livrosca, C. A., Caracas.
- Borrego, C. (2002). *La Constitución y el Proceso Penal*. Ed. Livrosca, C. A., Caracas.
- Brichetti, G. (1973). *La "Evidencia" en el Derecho Procesal Penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.
- Código Orgánico Procesal Penal. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.558, Extraordinaria del 14 de noviembre de 2001.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.
- De Urbano/Torres, M. (2000). *La Prueba Ilícita Penal. Estudio jurisprudencial*. (2da. ed.). Ed. Aranzadi. Navarra.
- Díaz C., F. (2002). *Doctrina Penal del Tribunal Supremo de Justicia*. Noviembre – Diciembre, 2001, Año 2, Número 6. Ed. Livrosca, C. A., Caracas.
- Escobar L., E. (1998). *La Presunción o Estado de Inocencia en el Proceso Penal*. Grupo Editorial Leyer. Santa Fe de Bogotá.
- Ferreira de A., F. (2005). *La dimensión normativa y constitucional de la flagrancia. Comentarios a la sentencia 2.580 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*. En: Revista Cenipec, N° 24, Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas "Héctor Febres Cordero" de la Universidad de Los Andes, Ed. Producciones Karol, C. A., Mérida: Venezuela, pp. 181 - 210.
- Fontán Balestra, C. (1966). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Abeledo-Perrot, Ed. Glem, S. A. Buenos Aires.
- Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, Gaceta Oficial N° 38.337, del 16 de diciembre de 2005, reimpresión de la publicada en Gaceta Oficial el 26 de octubre de 2005.
- Maggiore, G. (1954). *Derecho Penal*. Volumen I. Traducción de la 5ta. Edición italiana por José J. Ortega Torres. Ed. Temis, Ltda, Bogotá.
- Manzini, V. (1987). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo IV. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Rendín. Ediciones de Cultura Jurídica. Caracas.
- Matía P., F. (1997). *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*. Ed. Mc. Graw Hill, Interamericana de España, S. A. U., Madrid.
- Martín M., R. (1998). *Entrada en Domicilio por causa de Delito Flagrante*. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 3ª época, N° 1, Granada, pp. 375-388.

- Núñez, J. (2005). *La Flagrancia en el Proceso Penal Venezolano*. Ed. Livrosca, C.A., Caracas.
- Pérez, L. (1967). *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Ed. Temis, Bogotá.
- Pérez S., E. (2002). *Manual de Derecho Procesal Penal*. (2ª ed.) Vadell Hermanos Editores, Caracas.
- Puig P., F. (1959). *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Volumen I. (5ta. ed.). Ed. Nauta, S. A. Barcelona: España.
- Ranieri, S. (1975). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Traducción de Jorge Guerrero. Ed. Temis, S. A., Bogotá.
- Rionero/Bustillos, D. (2003). *Instituciones Básicas en la Instrucción del Proceso Penal*. Ed. LIVROSCA, C. A., Caracas.
- Rives S., A. (1999). *La Prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*. (3ª. ed.). Ed. Aranzadi. Navarra.
- Romero S., L. (1969). *Derecho Penal. Parte General*. Volumen I. Ed. Temis, S. A., Bogotá.
- Soler, S. (1963). *Derecho Penal Argentino. Parte General*. Tomo II. (3ra. ed.). Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires.
- Struensee, E. (1997). *Los delitos de tenencia. En: Problemas capitales del derecho penal. Libro homenaje a Hans Welzel*. Hamurabi, José Luis Depalma Editores. Buenos Aires.
- Zambrano P., A. (1984). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Guayaquil.