



TRÁMITE PROCESAL DE LAS DETENCIONES POLICIALES SIN CAUSA DE DELITO EN VENEZUELA

Esp. Aranguren Montilla, Laudelino

Abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela (UCV)

Especialista en Derecho Procesal y

en Ciencias Penales y Criminológicas en la Universidad Católica Andrés Bello

(UCAB)

Profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Valle del Momboy Trujillo -Venezuela

Juez Penal de Carrera (Jubilado)

E-mail: arangurenl@uvm.edu.ve

RESUMEN

El presente trabajo tiene como propósito el estudio analítico jurídico penal de la manera cómo se procesan en Venezuela las detenciones policiales sin causa de delito en el marco de la Constitución Política de Venezuela y del procedimiento abreviado previsto en el Código Orgánico Procesal Penal venezolano. Los detenidos en flagrancia son presentados por el fiscal del Ministerio Público ante el juez de control siguiendo los trámites del procedimiento abreviado, incluso aquellos que no han cometido delito alguno, dándoseles así el mismo trato procesal como si lo hubiesen cometido, lo que amerita analizar la constitucionalidad de ese 'trámite' fiscal y determinar si el representante fiscal está facultado constitucionalmente para hacer cesar la detención policial sin motivo delictivo a la luz de los postulados constitucionales y de los principios que informan al sistema acusatorio.

Palabras clave: detenciones, sistema acusatorio, libertad personal, procedimiento abreviado.

ABSTRACT

The purpose of this paper is the analytical criminal legal study of the way in which police arrests without cause of crime are processed in Venezuela within the framework of the Political Constitution of Venezuela and the abbreviated procedure provided for in the Venezuelan Organic Code of Criminal Procedure. The detainees in flagrante delicto are presented by the Public Ministry prosecutor before the control judge following the procedures of the abbreviated procedure, even those who have not committed any crime, thus giving them the same procedural treatment as if they had committed it, which merits analyzing the constitutionality of this fiscal 'procedure' and determine whether the fiscal representative is constitutionally empowered to stop the police detention without criminal motive in light of the constitutional postulates and the principles that inform the accusatory system.

Keywords: arrests, accusatory system, personal liberty, abbreviated procedure.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como finalidad el análisis del trámite procesal en Venezuela de las detenciones policiales a personas que no han incurrido en una conducta prevista en la ley como delito, bajo la perspectiva de las disposiciones constitucionales y procesales aplicables a la garantía a la libertad personal, desde el mismo momento en que son detenidas por funcionarios policiales o militares, pasando por la actuación de los fiscales del Ministerio Público al presentar a los aprehendidos ante el juez de control, hasta que se realiza la audiencia de presentación y el juez de control toma la decisión respectiva: libertad sin restricciones dada la ausencia de delito.

Desde la entrada en vigencia en Venezuela en 1999 del nuevo sistema de procesamiento penal de corte acusatorio, las enseñanzas en las cátedras de Derecho Procesal Penal, inspiradas en las nuevas corrientes del pensamiento procesal penal en el mundo, fueron orientadas en recalcar que conforme a la Constitución Nacional de 1999, la manera constitucionalmente legítima para que una persona sea privada de libertad, es en virtud de una orden judicial a menos que la persona sea sorprendida *in fraganti*, todo conforme al artículo 44 Constitucional, lo que supone que, en ambos casos, el motivo de la detención sea la comisión de un hecho

punible. La jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sido constante y reiterada en ese sentido, como veremos, por lo que partimos de que el punto está suficientemente claro tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, coincidiendo ambas a favor de los Derechos Humanos en el sentido que en Venezuela no deben producirse detenciones arbitrarias ya que, de producirse, está en juego la vigencia de derechos fundamentales como el de la libertad personal.

Ese aspecto es el que ha servido de inspiración al presente estudio con el propósito de analizar las detenciones policiales sin motivo de delito y su trámite procesal de la misma manera como si hubieran cometido un delito, lo cual resulta -de entrada- al menos ilógico, irracional, amén del análisis jurídico que implique para determinar el fundamento de ese trámite y así fijar criterios acerca del tema, por lo que se parte del análisis de la garantía a la libertad personal a la luz del texto constitucional y la jurisprudencia constitucional patria y extranjera, basados en la concepción de Estado Constitucional de Derecho, así como el trámite procesal penal que el Ministerio Público le ha dado a las personas detenidas sin causa de delito, para luego determinar la constitucionalidad y legitimidad de la actuación fiscal en las aprehensiones policiales sin causa de delito.

La revisión del Derecho Comparado sobre la materia objeto de estudio, específicamente en legislaciones extranjeras que han asumido un sistema de corte acusatorio basado en el respeto a los principios y garantías constitucionales de los justiciables, es determinante a la hora de fijar criterios acerca de esas detenciones en Venezuela.

1. La garantía constitucional a la libertad personal.

El estudio jurídico de la libertad personal parte de un análisis constitucional bajo la concepción de un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia que propugna nuestra Constitución en el artículo 2, de cuya concepción se trazan los lineamientos de un Estado enmarcado en estándares internacionales, ya que pertenecemos a una comunidad internacional en cuyo texto constitucional nos hemos definido como el Estado que queremos, basado en valores y principios fundamentales en toda sociedad democrática en el mundo, los cuales rigen su propia actuación y frente a sus ciudadanos, con el respeto a la dignidad humana y bajo la preeminencia de los derechos humanos.

La concepción del Estado moderno se entiende al revisar si en el texto constitucional se fijan límites a su actuación y si les proporciona a sus ciudadanos un conjunto de derechos y garantías fundamentales que van a servir de barrera protectora ante cualquier acto arbitrario. Por ello es

relevante la tutela que la propia Constitución pone a favor del ciudadano obedeciendo a un principio supremo: el fin esencial del Estado en la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad.

El fundamento del Estado Constitucional tiene su premisa en la libertad del ser humano y el respeto a su dignidad. El escudo protector a favor del ciudadano y sus derechos fundamentales, es el punto de partida para el diseño de los límites estatales, siendo la consagración del debido proceso con todas las garantías la expresión de cómo el Estado debe perfilar su poder punitivo, para lo cual fija bases mínimas de las cuales debe partir la protección a todos los derechos fundamentales.

Es indudable que la libertad personal es el derecho fundamental, después de la vida, que merece mayor protección y regulación jurídica ya que es el derecho del ciudadano más expuesto frente al Estado y sobre el cual recae el mayor peso de su poder punitivo, siendo la pena privativa de libertad la de mayor rigurosidad por lo que el Estado debe regularla tanto como medida cautelar previa a la sentencia como pena corporal una vez declarada la culpabilidad de una persona.

Su consagración constitucional se encuentra en el artículo 44, numeral 1, al expresar que: La libertad personal es inviolable; en consecuencia: 1. Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti. En

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

Traza dicha norma, luego de reconocer el carácter de garantía constitucional de la libertad personal, los lineamientos constitucionales en base a los cuales debe ser respetada la libertad personal en todos sus ámbitos y, a la vez, orienta al Estado para que no invada esa garantía sin una orden judicial, salvo el caso de flagrancia.

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia N° 1744/2007 (caso: nulidad del Código de Policía del Estado Lara), señaló lo siguiente:

(...) la libertad es un valor superior del ordenamiento jurídico, consagrado en el artículo 2 de la Constitución de la República de Venezuela, pero también constituye un derecho fundamental que funge como presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales, el cual hace a los hombres sencillamente hombres. De allí que se pueda afirmar, que tal derecho, el cual se encuentra estrechamente vinculado a la dignidad humana, ostenta un papel medular en el edificio constitucional venezolano, siendo que el mismo corresponde por igual a venezolanos y extranjeros.

Es inherente al concepto mismo de libertad personal, la necesidad de que no existan limitaciones de carácter público, a menos que estén permitidas en la ley y bajo las condiciones y formalidades acordes con el

texto constitucional, sobre todo cuando provienen de autoridades gubernamentales por ser estas las principales garantes de los derechos humanos fundamentales, tal y como lo dice la misma Sala Constitucional en sentencia N° 191/2010:

...los órganos del Poder Público, dentro de los cuales se encuentran los órganos de policía, a quienes la Constitución y la ley facultan para el ejercicio de las actividades relacionadas con la seguridad; inteligencia; mantenimiento y prevención del orden público; la conservación de bienes públicos y privados y la integridad física de las personas, deben adecuar su actuación a las previsiones constitucionales...

Surge la inquietud que siendo los cuerpos de policía y el Ministerio Público órganos del Estado, garantes de los derechos humanos y en especial de la libertad personal, cómo es que en presencia de hechos que no son punibles, detienen a las personas hasta que sean presentadas ante un juez de control y sea éste quien acuerde la libertad bajo los mismos supuestos existentes para el momento de la detención: ausencia de un delito (atipicidad del hecho). Y más aún, siendo los fiscales del Ministerio Público garantes de los derechos y garantías constitucionales, cómo es que no hacen cesar una detención arbitraria al tener conocimiento de ella.

2. Legitimidad constitucional para la aprehensión de una persona.

Es menester ir perfilando el derecho fundamental a la libertad personal a los fines de poder concluir más adelante, si las detenciones

policiales sin causa de delito, son legítimas o no desde una perspectiva constitucional, lo que supone un análisis previo como el presente, el cual parte de los criterios sentados por la Sala Constitucional en diversas sentencias. Es el caso de la sentencia N° 130/2006, en la que analizando el artículo 44 Constitucional, estableció lo siguiente:

...del texto de ese primer numeral se pueden distinguir varios aspectos, todos relevantes en cuanto al referido derecho a la libertad:

1.- La libertad es la regla. Incluso las personas que sean juzgadas por la comisión de delitos o faltas deben, en principio, serlo en libertad.

2.- Sólo se permiten arrestos o detenciones si existe orden judicial, salvo que sea la persona sorprendida in fraganti.

3.- En caso de flagrancia, sí se permite detención sin orden judicial, pero sólo temporal, para que en un plazo breve (48 horas) se conduzca a la persona ante la autoridad judicial...

El artículo 44.1 Constitucional, consagra como **regla general** la libertad personal como garantía de toda persona, al mismo tiempo que fija como **límite** para la restricción o limitación que sea autorizada por la autoridad judicial competente y, finalmente, permite la privación de libertad sin orden judicial en caso de flagrancia, como **excepción**. En resumen, la libertad personal como derecho fundamental permite ser restringida en atención al respeto de los valores supremos de toda sociedad y para fines constitucionales legítimos, por lo que la propia Constitución fija como límite a esa restricción que la detención se realice formalmente a través de una orden judicial escrita, emanada de un juez competente, debidamente

motivada y previa el examen de las formalidades legales para su procedencia; y en casos excepcionales, permite la detención cuando la persona sea sorprendida *in fraganti* en la comisión de un delito, sólo de manera temporal, debiendo ser conducida en un plazo no mayor de 48 horas ante la autoridad judicial competente a los fines de ser oído.

No es admisible por nuestra Constitución Nacional, y así lo ha sostenido reiteradamente la Sala Constitucional, ninguna otra detención que no se produzca en los anteriores supuestos, con lo que se descartan las detenciones administrativas o disciplinarias y toda aquella que no tenga como motivo la comisión de un delito, ello para brindar protección al derecho fundamental ante posibles injerencias abiertamente reñidas con la previsión constitucional. Siendo así, la limitación al derecho fundamental requiere, además de una legalidad, de una legitimidad que la encontramos en el orden constitucional de la cual deriva toda acción del Estado para privar legítimamente de libertad a una persona. Así lo ha expresado reiteradamente el Tribunal Constitucional de España a partir de la sentencia N° 33/1999, de 8 de marzo:

...la legitimidad constitucional de la privación provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuestos, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva, como objetivo la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida, y, como objeto, la ponderación de las circunstancias concretas que de acuerdo con el supuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permitan la

adopción de la medida... los fines que, con carácter exclusivo, pueden entenderse legítimos y congruentes con la naturaleza de prisión provisional son la conjuración de “ciertos riesgos relevantes” que, teniendo su origen en el imputado, se proyectan sobre el normal desarrollo del proceso o la ejecución del fallo, así como, en general, sobre la sociedad. En particular, estos riesgos a prevenir serían los de la sustracción del imputado a la acción de la Administración de Justicia, obstrucción de la justicia penal y, por último, reiteración delictiva. (Subrayado propio).

Los españoles hablan de una legitimidad constitucional de la privación de libertad que requiere de una configuración legislativa, esto es, de una regulación de la ley adjetiva acerca de las exigencias constitucionales y procesales para que pueda adoptarse una medida de tal naturaleza, para lo que se requiere que existan ‘indicios racionales’ (entre nosotros, fundados elementos de convicción) de que se haya cometido un delito, por lo que la adopción de la medida privativa descansa, en primer término, en la existencia de un hecho típicamente punible, luego en los racionales elementos de convicción de que una persona puede ser la autora o partícipe de ese delito y, finalmente y en cuanto a los fines legítimos, la conjuración de ciertos ‘riesgos relevantes’ que tienen su origen en el imputado y que afectan el desarrollo del proceso y a la sociedad misma, a saber: el peligro que el imputado pueda sustraerse de la acción de la administración de justicia, la obstrucción de la justicia penal y la reiteración delictiva, lo que para nosotros constituyen los riesgos de fuga y de obstaculización en la averiguación.

Sin duda que estos criterios están generalizados en diferentes legislaciones ya que son inherentes al sistema acusatorio y propios de un Estado Democrático, razón por la cual siempre estarán presentes en cualquier legislación procesal que adopte este sistema de justicia penal, que por lo demás, tienen su origen en pactos y acuerdos internacionales¹ que forman parte del bloque constitucional. Es el caso de la doctrina constitucional colombiana que encontramos en innumerables sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, como por ejemplo, en la sentencia N° C-730/05:

La Corte ha señalado en reiteradas ocasiones que el artículo 28 de la Carta Política, representa la cláusula general del derecho a la libertad personal. En el se reconoce de manera clara y expresa que "*Toda persona es libre*"...

Así, de acuerdo con el artículo 28 superior, *nadie* puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino i) en virtud de mandamiento escrito de *autoridad judicial competente*, ii) con las formalidades legales y iii) por motivo previamente definido en la ley...

Por tratarse de un derecho humano universal, del cual es titular toda persona por el solo hecho de serlo, la libertad entendida como garantía,

¹ Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948, artículo 12; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 7; y Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, artículo 5.

tiene un mismo contenido y protección en el ámbito mundial, destacándose las siguientes reglas de garantía: ninguna persona puede ser detenida sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, salvo el caso de flagrancia, con el cumplimiento de las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley que no es otro que la comisión de un delito.² Es en este sentido que encontramos una identidad de tratamiento constitucional y procesal entre España, Colombia, Argentina y Venezuela, entre muchas otras, pues hemos visto que nuestro artículo 44 Constitucional, exige como primer presupuesto (condición) para la privación de libertad, una orden judicial, la cual supone -dentro de los requisitos formales- la comisión de un hecho punible (artículo 236.1 COPP).

También hay identidad de tratamiento en la única excepción a la exigencia constitucional del mandamiento judicial, cual es la detención en flagrancia, que en su contenido igualmente exige la comisión de un hecho punible como presupuesto de procedencia. Y es precisamente en este punto que ahondaremos con el propósito de delimitar el alcance de la detención en flagrancia.

² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9: "3. Toda persona detenida o presa a causa de **una infracción penal** será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales".

Llama la atención que precisamente este aspecto fue tratado en las Conclusiones de la Misión Independiente de Determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, de fecha 15 de septiembre de 2020, en cuyo Capítulo VIII: RECOMENDACIONES, Recomendaciones a la República Bolivariana de Venezuela, Responsabilidad y justicia para las víctimas, página 438, se lee en el punto referido a los arrestos y detenciones arbitrarias, lo siguiente: “9. Garantizar que ninguna persona sea arrestada o detenida excepto en cumplimiento de una orden judicial o en el acto de cometer un delito. Llevar a cabo una revisión judicial sistemática de la legalidad de las detenciones”.

2.1 La orden judicial.

La orden judicial se presenta, en términos constitucionales, como una condición ineludible para que una persona pueda ser privada de libertad con el debido respeto a sus derechos fundamentales. Constituye así un presupuesto de la constitucionalidad de la detención a favor del ciudadano, esto es, para que la aprehensión sea constitucional debe existir una orden judicial emitida por un juez competente. Es por ello que el estudio de la orden judicial constituye un aspecto primario para los fines del análisis en cuestión.

La configuración legislativa acerca de la orden judicial la encontramos en el Código Orgánico Procesal Penal como desarrollo adjetivo de la garantía a la libertad personal, fijando los extremos mínimos para que ésta proceda y delimitando el alcance de la misma. No obstante, se deriva de la misma previsión constitucional del artículo 44.1, que la orden judicial debe ser escrita, expedida por un juez competente, a causa de un delito y cumpliendo los extremos de ley. Estos aspectos buscan darle contenido no a los requisitos de la orden judicial sino a la exigencia misma de la orden judicial, a los presupuestos que la alimentan de contenido constitucional.

Así mismo, la exigencia constitucional de la orden judicial está inspirada en principios y valores de orden constitucional a los cuales debe sujetar su protección. Vemos así que el artículo 2 de la Constitución Nacional expresa que Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, entre otros. Siendo entonces que la libertad, después de la vida, es un valor superior que debe estar presente en el ordenamiento jurídico, en todas sus expresiones, constituyendo la materia penal la que más cobra mayor

relevancia dado que una manera de limitar ese derecho fundamental es precisamente por la vía judicial.

De ahí a que no se conciba una actuación del Estado contraria al valor superior de la libertad, de la cual derivan otros derechos fundamentales como la libertad personal y se entiende el por qué el artículo 44 se encarga de delimitar no el contenido del derecho fundamental a la libertad personal puesto que su contenido no es delimitable por la Constitución, sino el alcance de la actuación del Estado a través de sus órganos relacionados con el ejercicio de su poder punitivo. Y una manera de fijar límites a la actuación del Estado es a través de la exigencia de una orden judicial constitucionalmente expedida como medio legítimo para privar de libertad a una persona.

Si esto es así, es perfectamente comprensible que es parte del contenido mismo del derecho a la libertad personal, que la misma sólo pueda ser limitada o restringida constitucionalmente, como derecho fundamental, a través de una orden judicial y que esta sea escrita, expedida por juez competente, que tenga como causa la comisión de un delito y con sujeción a los presupuestos legales. Bajo estos parámetros, la ley procesal se encarga de desarrollar el mandato judicial de privación de libertad (requisitos de la orden). Recordemos que estas exigencias constituyen el

reconocimiento de la libertad personal como un valor supremo del hombre y de la sociedad.

Esta configuración constitucional acerca de la libertad personal es completamente cerrada, esto es, no permite ni aún por ley, que se pueda restringir o limitar con un acto estatal que no sea un acto judicial, escrito, de un juez competente, a causa de un delito y con apego a la regulación legal. Y es así como vamos perfilando que la causa de la detención de una persona debe ser, constitucionalmente, la comisión de un delito como expresión de los principios que informan el contenido del derecho fundamental a la libertad personal, entre ellos, el principio de legalidad en virtud del cual los motivos de la privación de libertad no pueden ser otros que los fijados previamente por la ley. Así lo reconoce la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia N° C-730/05 (2005), al expresar:

Así, de acuerdo con el artículo 28 superior, *nadie* puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino i) en virtud de mandamiento escrito de *autoridad judicial competente*, ii) con las formalidades legales y iii) por motivo previamente definido en la ley...

Estas reglas, que deben analizarse de manera sistemática, fijan entonces límites precisos tanto sobre los motivos como sobre las condiciones en que podrá restringirse el derecho a la libertad, así como, por oposición, las actuaciones que implican el desconocimiento de dicho derecho...

En relación con los motivos la norma señala que la privación de la libertad -prisión, arresto, o detención- no podrá darse sino por motivos previamente definidos en la ley. Igualmente precisa que en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto, por deudas. (Subrayado propio)

En suma, el que los motivos de la privación de libertad deban estar definidos previamente por ley, es expresión del Estado garantista que limita su propia actuación a favor de los derechos fundamentales, pues no debemos olvidar que el Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad. Es el llamado principio de legalidad de la causal, el cual está íntimamente ligado al principio de legalidad de los delitos y de las penas previsto constitucionalmente en el artículo 49.6, bajo el enunciado de que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos en leyes preexistentes; así como en el artículo 1 del Código Penal que expresa que nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente.

La orden judicial constituye una expresión de la limitación estatal del *ius puniendi* a favor de las garantías y derechos fundamentales. Como lo expresa la sentencia antes citada de la Corte Constitucional de Colombia:

Esta manifestación del principio de legalidad en el campo de las limitaciones a la libertad personal debe entenderse necesariamente ligada al concepto de representación democrática. En efecto, por tratarse de un derecho fundamental fundado en el respeto a la dignidad humana, es necesario dotar de plena legitimidad a esas medidas restrictivas que deben consultar el conjunto de valores y principios establecidos en la

Constitución y en particular el principio de separación de las ramas del poder público.

Así, para la Corte Constitucional colombiana la legitimidad de las medidas limitativas o restrictivas a la libertad personal como expresión de la dignidad humana, deben contar con una legitimidad constitucional que la da el respeto al conjunto de valores y principios constitucionales que, a su vez, limitan la actuación estatal evitando actos arbitrarios.

En resumen, como lo expresa la referida Corte en la sentencia citada:

Que el motivo de la privación de la libertad sea previamente definido por la ley, es realización concreta del principio de legalidad, en virtud del cual no puede haber delito sin ley que lo defina ni pena sin ley que la determine, así como tampoco medidas cautelares no autorizadas por el legislador; que la orden sea dada por escrito y por un juez, es garantía para la persona pues ello exige al funcionario el acatamiento estricto a los motivos definidos por el legislador y no autoriza a nadie distinto de los funcionarios jurisdiccionales la afectación de la libertad individual...³

Del mismo modo y no menos importante, es intrínseco a la exigencia de la orden judicial, además de los presupuestos antes vistos, que el delito sea de acción pública y que no se encuentre prescrito (artículo 236.1 del COPP), a lo que podemos agregar que no es procedente en casos de las limitaciones subjetivas y objetivas previstas en los artículos 231 y 239 *eiusdem*.

³ Corte Constitucional de Colombia. 2005. Sentencia C-730/05.

2.2 La detención en flagrancia.

Vista así la orden judicial como manera legítima de privar de libertad a una persona que se sospecha haya cometido un hecho punible de acción pública, la misma Constitución prevé una excepción a esta exigencia que viene dada por la propia naturaleza en que suceden los hechos con relevancia penal, cual es la aprehensión en flagrancia, expresada en el artículo 44.1 Constitucional bajo el enunciado de que ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida *in fraganti*. Se constituye así la flagrancia como una excepción natural a la orden judicial puesto que la ocurrencia de un hecho delictivo es la que puede llevar consigo la aprehensión de la persona que se vea como sospechosa en el acto mismo de estar cometiendo el delito o a poco de haberse cometido, siendo ello una expresión de la dinámica social que la ley no puede ignorar, antes bien, debe regularla, darle contenido legal, fijar sus límites y alcances. La flagrancia se concibe en el Derecho Procesal Penal no como un delito, sino como una situación fáctica en la cual una persona es aprehendida en una conducta delictiva o bajo ciertas circunstancias.

El Código Orgánico Procesal Penal, en el artículo 234, expresa en relación a la aprehensión en flagrancia, que se tendrá como delito flagrante el que se esté cometiendo o el que acaba de cometerse y, dentro de este último supuesto, describe los siguientes: cuando el sospechoso se vea perseguido por la autoridad judicial, por la víctima o por clamor público o cuando se sorprenda a la persona en el mismo lugar o cerca, con armas u objetos que hagan presumir que es autor o partícipe del hecho. Si bajo alguno de esos supuestos fácticos se produce la detención del sospechoso, podemos hablar de una aprehensión en flagrancia, que por su naturaleza prescinde de la orden judicial. De lo que no se puede prescindir es del presupuesto constitucional para la detención legítima de una persona: la comisión de un delito.

Vemos así que la excepción al principio de reserva judicial basado en la flagrancia implica que el sospechoso sea aprehendido en el momento en que está ejecutando una conducta punible o a poco de haberla cometido. El fundamento de la excepción al principio constitucional de reserva judicial de la libertad en los supuestos de flagrancia, es la necesaria inmediatez ante la comisión de un delito y la premura que debe tener la detención que hace fácticamente imposible requerir una orden judicial.

3. El trámite policial aplicable a las detenciones.

Hemos visto que nuestra Constitución deja de lado cualquier detención administrativa que no esté apegada al texto constitucional, no teniendo ninguna autoridad distinta a la judicial facultad para ordenar la detención de una persona, salvo los casos en que se esté en ejecución de una orden judicial o en flagrancia, conforme al principio de reserva judicial. El primer supuesto no presenta objeción puesto que, ante una orden judicial, la autoridad administrativa procede en ese sentido en cumplimiento de una orden judicial. En cambio, la detención en flagrancia presenta algunos aspectos que merecen ser aclarados.

Lo primero es que la autoridad que ejerce funciones de policía, actuando en casos de flagrancia, debe contar con elementos objetivos o materiales que hagan presumir que el sospechoso está relacionado con el hecho que se está cometiendo o acaba de cometerse. Ahora bien, bajo el argumento que la autoridad policial no cuenta en algunos casos con los conocimientos jurídicos mínimos para considerar si una conducta es delictiva, es que siempre el detenido es puesto a disposición del Ministerio Público. Ciertamente, conforme a la norma adjetiva del 234, único aparte, dentro de las doce horas siguientes a la aprehensión del sospechoso, la autoridad lo pondrá a disposición del Ministerio Público.

A su vez, el Ministerio Público deberá presentar al detenido ante el juez de control dentro de las treinta y seis horas siguientes, a quien expondrá cómo se produjo la aprehensión, en cumplimiento del artículo 373 del mismo código procesal, con la finalidad de cumplir con las garantías constitucionales que a partir de la detención se activan a favor del detenido, especialmente para hacer efectivos el derecho a ser oído y el derecho a la defensa conforme al artículo 49.1 supremo. Lo anterior no presenta discusión en cuanto a la previsión de la norma del artículo 373 procesal, ya que la garantía al debido proceso se activa a favor del sospecho capturado y con ella todos los derechos constitucionales y procesales que involucra, siendo de suponer que la detención se produjo en situación de flagrancia en los términos de los artículos 44 Constitucional y 234 procesal, esto es, en el momento de la comisión de un delito o a poco después.

Hasta ahí no hay duda de la facultad de la autoridad administrativa para proceder a la captura del sospecho, siempre y cuando se de alguno de los supuestos de la flagrancia. El problema surge cuando la causa de la detención no es la comisión de un hecho punible ya que todos los supuestos descritos en el artículo 234 procesal, tienen el mismo denominador común: la comisión de un delito, que es precisamente lo que obliga a la autoridad administrativa a actuar conforme al artículo 373 procesal, en el sentido de

ponerlo a la orden del Ministerio Público para presentarlo ante el juez de control a los fines antes indicados.

Este problema, objeto del presente análisis, ha sido indebidamente tratado en la práctica forense hasta el punto que se ha constituido en un trámite administrativo antes que un procedimiento penal, entendiéndose que toda persona detenida debe ser puesta necesariamente a la orden del Ministerio Público, lo cual no es del todo cierto como veremos. No se trata de detener y poner al detenido a la orden del fiscal del Ministerio Público sin más, sino que hay que atender ante lo que se argumenta que la autoridad policial no tiene la formación para determinar si en un caso se está en presencia de un hecho no delictivo, lo que no se justifica pero se entiende.

No se justifica porque la autoridad policial cuenta con asesores jurídicos que pueden orientar la actuación policial en un caso concreto; además, en el mismo momento de la aprehensión y a través de los canales comunicacionales *in situ*, o por tratarse de una autoridad funcionalmente dependiente del Ministerio Público en la investigación penal, pueden comunicarse con el fiscal con competencia en flagrancia de guardia, vía telefónica, y explicar el hecho y esperar que sea el fiscal quien indique si se procede o no la detención, ello en resguardo de los derechos constitucionales de los ciudadanos.

Esta actuación policial se entiende dado el nivel de formación con que cuenta la mayoría de los funcionarios policiales que a duras penas comprenden el trámite que deben seguir, de ahí que exigirles ciertos conocimientos penales es posible que sea mucho, razón por la cual hace necesaria y conveniente la intervención del fiscal del Ministerio Público como titular de la acción penal, tal como se hacía de manera generalizada a comienzos de la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal y que en la actualidad se hace en algunos casos, máxime cuando hoy en día el Ministerio Público cuenta con varias fiscalías de flagrancia con guardias permanentes, razón por la cual es inexcusable que la autoridad policial actúe a espaldas del titular de la acción penal.

Sin embargo, en el supuesto que la policía detenga arbitrariamente (sin causa de delito) a una persona y le consulte al fiscal si lo procesan o no, surge un nuevo elemento que hace inviable que la persona recobre su libertad *in situ*, dada la prohibición administrativa que tienen impartida en circulares por el Fiscal General de la República, de ordenar libertades en cualquier caso por considerar que es una facultad jurisdiccional, en los siguientes términos:

“Referencia: Abstención de ordenar libertades o detenciones. “Me dirijo a usted, en atención a lo establecido

en los artículos 5 y 21 numeral 19 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en la oportunidad de impartirle instrucciones, con el objeto de que se abstenga de ordenar o decretar la libertad de cualquier ciudadano, sea cual fuere la fase en la cual se encuentre el proceso de que se trate.

Al respecto es preciso señalarle, que ordenar la libertad del imputado o de cualquier persona, dictar una orden de privación de libertad de los mismos o del acusado, o en su defecto, cualquiera de las medidas cautelares sustitutivas de privación de libertad establecidas en la normativa penal adjetiva, son decisiones jurisdiccionales que solamente pueden ser realizadas por los jueces en el ejercicio de sus funciones y competencias, según sea el caso, tal como lo establece el artículo 517 del Código Orgánico Procesal Penal, así como los artículos 259, 265, 273, 367 y 457, entre otros, de la referida ley penal adjetiva...”.⁴ (Subrayado propio).

Esa directriz del Ministerio Público se ha mantenido durante los últimos años, por lo que ningún fiscal puede ordenar la liberación de una persona aún en el caso que observe que la detención es arbitraria (por no haber delito, por no existir orden judicial o no se trata de un caso de flagrancia), supuesto en el cual lo deben presentar ante el juez de control y solicitar la libertad plena conforme al artículo 373 del COPP. Concluye expresando la mencionada circular que “...Hechas estas consideraciones, le insto para que en lo sucesivo, cumpla con las instrucciones impartidas en esta Circular y se abstenga de ordenar la detención o decretar la libertad de persona alguna, a los fines de evitar la intromisión del Ministerio Público en actos estrictamente jurisdiccionales”, de lo que se desprende que el

⁴ Circulares del Ministerio Público. Caracas, 2014. Circular N° DFGR-DVFG-DCJ-DRD- 6-9-2001-014, de fecha 6-8-2001, pág. 124.

Ministerio Público considera que ordenar la libertad de una persona detenida sin causa de delito es una facultad jurisdiccional.

4. Constitucionalidad y legitimidad de la actuación policial y fiscal en las aprehensiones policiales sin causa de delito.

Una detención policial producida en el caso que el motivo que la origina no sea un delito, merece especial consideración desde el punto de vista constitucional y procesal a los fines de determinar si es legítima a la luz del ordenamiento jurídico. La autoridad judicial es la única con facultades para ordenar la detención judicial de una persona, a cuyo efecto debe mediar solicitud fiscal, lo que supone la existencia de una averiguación penal en cuyo marco se acuerda, cumplidos como sean los extremos legales. De ahí que con la Constitución de 1999, la detención para averiguaciones quedó proscrita, pues ese tipo de detenciones no obedecen a fines constitucionalmente legítimos sino que son reminiscencias del sistema inquisitivo en el que el detenido era considerado un objeto del proceso y no como un sujeto procesal con derechos y garantías a su favor.

Pretender aplicar esa concepción vetusta de detener para averiguar si hay delito, contraría principios propios del sistema acusatorio, desnaturalizándolo como sistema de justicia penal en el que debe prevalecer el respeto a los derechos fundamentales, al mismo momento

que debe marcar distancias con prácticas inquisitivas. Eso explica el por qué la causa de la detención debe estar claramente definida en la ley y que no existan dudas al momento de practicarla, pues la comisión de un delito es lo que hace procedente la misma, bien sea con orden judicial o en flagrancia. Ante una imprecisión del carácter punible del hecho que puede originar una detención, deben ponderarse los intereses en juego para proceder en función del que resulte con mayor protección constitucional.

En el supuesto planteado, encontramos dos intereses en juego: por un lado, la potestad del Estado de investigar los hechos punibles y perseguir penalmente a los posibles autores o partícipes (*Ius Puniendi*); y por el otro, el derecho de una persona a gozar de su libertad personal sin que la autoridad administrativa pueda restringirla o privarla sino en los casos permitidos constitucionalmente (orden judicial o flagrancia). Estos dos intereses en juego merecen una ponderación a los fines de determinar cuál prevalece sobre el otro, cuya ponderación se hace en función de la protección de los derechos humanos, dado su carácter preeminente en los términos del artículo 29 Constitucional. El Estado debe ceder cuando la efectividad de los derechos humanos fundamentales está en juego, ello en aplicación del artículo 2 que expresa que el Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su

dignidad. Oportuna es una lectura a lo expresado por la Corte Constitucional de Colombia en sentencia N° C-1001/05:

La Corte ha advertido también que en algunas ocasiones el interés superior de la sociedad exige la privación o restricción de la libertad personal. Dicha privación o restricción, empero, no puede ser arbitraria. Es por ello que aparte de esta declaración inicial, la norma constitucional alude a una serie de garantías que fijan las condiciones en las cuales la limitación del derecho puede llegar a darse. Estas garantías están estructuradas en forma de reglas, encaminadas a delimitar de manera estricta la actividad del Estado frente a esta libertad fundamental.

La actividad estatal siempre estará limitada frente a los derechos humanos fundamentales, prevaleciendo éstos como expresión del respeto a la dignidad humana como fin esencial del Estado. Además, en el campo de la libertad personal, la interpretación de las disposiciones que permiten restringirla o limitarla, debe hacerse de manera restrictiva, es decir, atenerse al texto de la excepción, sin ir más allá, en aras a preservar el derecho fundamental con base al principio *pro libertatis*. Así lo expresa el artículo 233 del COPP: Todas las disposiciones que restrinjan la libertad del imputado o imputada, limiten sus facultades y las que definen la flagrancia, serán interpretadas restrictivamente.

La misma ley, en desarrollo de la garantía a la libertad personal, va fijando por vía de principios, la manera en que deben interpretarse las normas que se refieren a la privación o restricción de la libertad: de manera restrictiva dado su carácter excepcional y nunca de manera extensiva; es

decir, la interpretación debe hacerse siempre a favor del derecho fundamental, nunca en su contra o detrimento, observándose la literalidad de la excepción sin extender sus efectos por vía de interpretación.

Entonces, ante una situación de duda acerca de la existencia de un delito al momento de proceder la autoridad administrativa a detener a una persona por vía de flagrancia, no cabe interpretar que es posible detenerla para que sea el juez de control quien determine si el hecho que la originó es delictivo, porque en el caso que no lo sea, se consumó la violación a la garantía y la ilegitimidad de la aprehensión en detrimento del derecho fundamental. La ponderación de los intereses en juego obliga a sopesar todas estas circunstancias, incluso la interpretación restrictiva, lo que impone mitigar la potestad del Estado de investigar los delitos para abrir paso al respeto de la dignidad humana expresada en el derecho de la persona a seguir en libertad, cuyo derecho es preeminente dado su carácter fundamental.

Está de más decir que en ese supuesto el Estado no pierde su potestad de seguir investigando eficazmente el delito y al presunto autor, pues puede hacerlo bajo una investigación sin detenido y si la misma arroja fundados elementos de convicción contra una persona, el fiscal procede bien a solicitar la privación judicial preventiva de libertad conforme al artículo 236 adjetivo, bien a solicitar la audiencia de imputación, lo que

significa que se investigó para evitar impunidad y, a la vez, se respetó la eficacia del derecho fundamental a la libertad personal.

Este es, a nuestro modo de ver, el trámite procesal que debe operar en caso de dudas acerca del carácter no delictivo del hecho (incluso en caso de una dudosa participación de una persona en el hecho), en el cual están involucrados los fiscales del Ministerio Público en atención a lo expresado en el artículo 234 del COPP, ya que conforme al mismo, la detención en flagrancia opera solo en caso de delitos que se están cometiendo o acaban de cometerse, por lo que mal puede el representante fiscal proceder a presentar a una persona ante el juez de control para que sea éste quien ordene su libertad, pues el procedimiento para la presentación del aprehendido previsto en el artículo 373 del COPP, se activa siempre y cuando haya habido detención en flagrancia a causa de un delito.

Esta es, y no otra, la interpretación que debe dársele al tratamiento constitucional y procesal aplicable a los detenidos en flagrancia, por cuanto la ley adjetiva penal, en el marco de un sistema preponderantemente acusatorio, no puede regular un procedimiento para el caso de las detenciones arbitrarias (sin causa de delito), ya que estas no deberían producirse nunca en un Estado Democrático, y de producirse, se activan las

facultades generales o específicas de las autoridades encargadas de hacerla cesar, bien a solicitud de parte, bien de manera oficiosa.

Creemos que el espíritu del Código Orgánico Procesal Penal al desarrollar el artículo 373, fue fijar un trámite procesal a seguir en el caso de que la persona sea detenida cometiendo un delito o a poco de haberlo cometido, por lo que por argumento en contrario y en sana interpretación, ese procedimiento no resulta aplicable a personas detenidas fuera del supuesto que regula la norma: sin haber cometido un delito, lo que no es posible en virtud del mismo texto constitucional, siendo esa la razón por la que comenzamos este análisis desde el punto de vista constitucional expresando que en Venezuela solo es posible una detención legítima en base a dos supuestos: con orden judicial o en flagrancia, ya que ambos casos presentan el mismo denominador común: la comisión de un delito. Por una parte, en el caso de una orden judicial, el artículo 236.1 del COPP así lo exige (**existencia de un hecho punible**); y por la otra, en el caso de la flagrancia, el artículo 234 *eiusdem* es claro al expresar que "...se tendrá como **delito** flagrante...", sin que sea posible una interpretación contraria a la restrictiva, antes bien, cabe cualquier interpretación que sea *pro libertatis*.

El Código Orgánico Procesal Penal no tiene una laguna al no regular un procedimiento a seguir por parte del fiscal del Ministerio Público cuando le sea puesta a su disposición una persona detenida por hechos que no

constituyen delito, pues basta con activar las normas constitucionales en procura de la restitución del derecho objeto de violación. Si observamos bien, el artículo 373 adjetivo lleva como subtítulo: *Flagrancia y procedimiento para la presentación del aprehendido*, con lo cual el código adjetivo delimita el campo de aplicación del procedimiento a regular, haciéndolo aplicable sólo a las aprehensiones en flagrancia (bajo un delito), por lo que por oposición, no es un procedimiento a seguir para una no flagrancia pues en la misma Carta Magna encontramos los mecanismos de orden constitucional para hacerla cesar desde diferentes vías: a través del *hábeas corpus* y de manera oficiosa por funcionarios que tengan atribuida la competencia de velar por la efectividad de los derechos fundamentales del ciudadano.

En relación al *hábeas corpus*, basta con compartir el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que expresó:

La solicitud de mandamiento de *hábeas corpus* no procede, cuando la detención ha sido dictada mediante orden escrita por un tribunal competente; el procedimiento en cuestión ha sido concebido para la protección a la libertad y seguridad personal, en aquellos casos en que una persona haya sido detenida o limitada en su libertad personal, bien por particulares o cualquier otra autoridad del poder público de forma ilegítima, es decir, cuando dicha detención no cumpla con la normativa legal o constitucional según la cual, nadie puede ser detenido sin una orden escrita emanada de un juez competente, salvo que se trate de delitos flagrantes, pues, dicha acción tiene como propósito la puesta a disposición judicial de manera inmediata de aquella persona.⁵

⁵ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional, sentencia N° 580, 25 de marzo del 2002.

Y en cuanto a la iniciativa de los funcionarios que tengan atribuida la competencia de velar por la efectividad de los derechos fundamentales, ante una detención sin causa de delito, no podemos perder de vista que siendo el Ministerio Público el titular de la acción penal en los delitos de acción pública, le corresponde ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles de acción pública y encontrándose ante una detención arbitraria, la misma no entra en el campo procesal y, por tanto, no se le puede dar un trámite procesal ya que el mismo está diseñado cuando se cometen delitos en virtud del principio de legalidad procesal. No puede haber un debido proceso para una detención que no está en el proceso.

Si bajo la vigencia en Venezuela del sistema inquisitivo llamado mixto y con la Constitución de 1961, los fiscales del Ministerio Público y los jueces con competencia penal (de municipio, distrito y primera instancia de entonces), hacían cesar de oficio y sin trámite alguno, cualquier detención ilegal que encontraran en los calabozos policiales que unos y otros inspeccionaban con frecuencia, con más razón debe ser así en un sistema de corte acusatorio y bajo la vigencia de una Constitución enteramente garantista, sin que necesariamente esté previsto un procedimiento especial en ley alguna, pues si antes de 1999 no lo había, con menos razón bajo el imperio de un Estado Constitucional garantista. Antes de 1999 bastaba con

que un fiscal, un juez de municipio (hoy parroquia), de distrito (hoy municipio), o de instrucción se presentara ante un organismo policial y preguntara por la causa de detención de un ciudadano y si la encontraba ilegal, inmediatamente y de palabra ordenaba su libertad, sin esperar trámite procesal alguno, y la policía, sin más ni menos, ponía en libertad inmediatamente a la persona, en presencia del fiscal o juez, apenas dejando constancia en el Libro de Novedades.

No se entiende cómo, a la luz de una Constitución basada en la progresividad de los derechos humanos y de un código procesal penal de vanguardia, con un sistema procesal abiertamente garantista, de corte acusatorio, no ocurra así. Eso es incomprensible por irracional. En vez de evolucionar en la progresividad de la protección de los derechos humanos, estamos retrocediendo en busca de las reminiscencias inquisitivas que parecieran hacer falta.

5. Fundamento constitucional y legal de la atribución del Ministerio Público para hacer cesar las detenciones ilegales.

Es necesario sentarse a pensar con criterios garantistas, en pleno siglo XXI, a favor de los derechos humanos y encontrar una vía hasta ahora negada por el propio titular de la acción penal que ha girado instrucciones en el sentido que es el juez de control el competente para decidir acerca de

la libertad del detenido y no el Ministerio Público, por ser el juez el llamado 'por ley' a garantizar los derechos de los ciudadanos, siendo esa la razón aducida para que siempre presenten al detenido ante el juez y en audiencia solicitan la libertad sin restricciones. Ante esa realidad en la práctica, cabe preguntarse: ¿puede el fiscal del Ministerio Público ordenar la libertad del detenido sin causa de delito? La respuesta es muy sencilla: sí, en atención a dos tipos de razonamientos: uno de orden procesal y otro de orden constitucional.

a) En el orden procesal: hemos dicho que el procedimiento previsto en la ley adjetiva penal en virtud del cual el Ministerio Público debe presentar a un detenido ante el juez de control, lo encontramos en el artículo 373 del COPP, como consecuencia de la detención en flagrancia en los términos del artículo 234. Vimos también que por interpretación restrictiva conforme al artículo 233 procesal, el artículo 234 es muy claro al prever que es posible la aprehensión en flagrancia pero solo en la comisión de un delito o a poco de haberse cometido. Cualquier detención que no cumpla con ese requerimiento (delito), no es legítima a los efectos de la flagrancia y como consecuencia de ello, la presentación de la persona detenida sin causa de delito ante el juez de control, no es procedente por no preverlo así el artículo 373, ya que sólo se deben presentar a quienes estaban cometiendo un 'delito' o a poco de haberlo cometido.

Pretender la aplicación de este artículo a las personas que no han cometido un delito, es subvertir el orden procesal al hacerse una interpretación contraria a la restrictiva que consagra el artículo 233 adjetivo, así como al carácter cerrado de la garantía constitucional del artículo 44.1. Este aspecto es fundamental entenderlo en el contexto de una Constitución Política garantista y más que ello, en un Estado Constitucional.

El que el Ministerio Público no acepte tener un rol garantista en el esquema de garantías de la Constitución Nacional, es inentendible sobre todo cuando lo tuvo bajo un sistema inquisitivo. Es como que el fiscal diga que a pesar de que le fue puesta a su disposición una persona detenida y no observa delito alguno, la va a presentar ante el juez de control para que sea este quien le garantice su derecho a la libertad personal y acuerde su libertad. No es racional tal manera de pensar en un Estado Constitucional y ya hemos dicho las razones. Sin embargo, el Ministerio Público así lo ha permitido en base a una camisa de fuerza que se ha puesto a sí mismo, abandonando la iniciativa *pro libertatis* que ejercía en el sistema inquisitivo y ahora se ampara en que el garantista es otro funcionario (juez de control) y no él.

b) Y en orden constitucional: por previsión constitucional, se hace exigible la aplicación por parte del fiscal del Ministerio Público del mandato previsto en el artículo 285.1 Constitucional, en el sentido que debe actuar en consonancia con la garantía a la libertad personal y en ejercicio del poder-deber que le otorga dicho artículo, en aras de garantizar en los procesos judiciales el respeto a los derechos y garantías constitucionales, así como a los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República. En efecto, el artículo 285 expresa que son atribuciones del Ministerio Público: 1. Garantizar en los procesos judiciales el respeto a los derechos y garantías constitucionales, así como a los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.

Vemos así que los fiscales del Ministerio Público, más allá de quien gira las instrucciones en contrario, tienen el deber constitucional de garantizar el respeto de los derechos y garantías constitucionales no sólo en los procesos judiciales sino en todo ámbito de la sociedad o actuación estatal y siendo la libertad personal un derecho fundamental y, a su vez, una garantía a favor del ciudadano, deben ordenar la libertad del detenido en una supuesta flagrancia (sin delito), absteniéndose de presentar al detenido ante el juez de control, haciendo cesar así de inmediato la detención ilegítima que le ha sido presentada por el organismo policial o militar.

Tanto se ha retrocedido en materia de protección de derechos humanos en Venezuela y tanto ha sido pisoteada la dignidad de todo un pueblo, que hoy en día todo detenido de manera arbitraria tiene en mente que debe esperar ser presentado ante un juez para poder recobrar su libertad, lo que no ocurría bajo la vigencia de la Constitución de 1961 ni bajo el imperio del sistema inquisitivo con el Código de Enjuiciamiento Criminal. En épocas anteriores, lo primero que hacían los familiares del detenido era acudir ante la fiscalía del Ministerio Público y el fiscal inmediatamente llamaba al organismo policial para solicitar información o acudía personalmente para revisar el Libro de Novedades acerca de la detención y si la observaba arbitraria, la hacía cesar en el acto y, paralelamente, ordenaba abrir un procedimiento a los funcionarios policiales. De esa manera, sencillamente se evitaba abrir un proceso judicial, no existió nunca un proceso judicial en esos casos así tratados, todo quedaba en el orden administrativo y así se trataba.

En efecto, bajo la vigencia del Código de Enjuiciamiento Criminal (1962), los fiscales del Ministerio Público tenían entre sus funciones, la indicada en el ordinal 8° del artículo 84, en los siguientes términos:

Artículo 84: Los Fiscales el Ministerio Público, ejercerán las atribuciones que les atribuye el presente Código y la respectiva

legislación especial, por lo que toca al ejercicio de la acción penal, con el carácter de parte de buena fe; y en ningún caso podrán dejar de ejercer las siguientes:

(...) 8°- Investigar las detenciones arbitrarias de que tuviere conocimiento ocurridas en su jurisdicción y promover la actuación a que hubiere lugar, **a fin de que cesen aquéllas** y se reparen sus consecuencias... (*Sic*) (Resaltado propio).

De manera, que en el ordenamiento jurídico venezolano no es necesario que exista una norma que le dé un mandato expreso al fiscal del Ministerio Público para que en caso de detenciones sin causa de delito, la hagan cesar dada su ilegitimidad y por contrariar expresas previsiones constitucionales, estando el fiscal obligado a actuar en resguardo de las garantías constitucionales, entre ellas la libertad personal. Nos atrevemos a afirmar que este deber del Ministerio Público de hacer cesar la detención ilegítima es inherente a su propia naturaleza, a los principios constitucionales y al sistema acusatorio, bajo cuyos designios no se permiten detenciones ilegítimas o ilegales, estando cualquier funcionario en el deber de hacerla cesar como expresión de un Estado Constitucional de Derecho.

Esa atribución que ejercían los fiscales sigue teniéndola el Ministerio Público desde la óptica antes vista, porque ni el COPP ha sido reformado en ese sentido ni la Constitución ha perdido vigencia en ese ámbito, antes bien, los tiempos actuales reclaman mayor protección de los derechos fundamentales.

Además de esas razones, revisando el Derecho Comparado encontramos el caso de Colombia en cuyo Código de Procedimiento Penal (2004), en el artículo 302, se lee:

Procedimiento en caso de flagrancia. Cualquier persona podrá capturar a quien sea sorprendido en flagrancia.

Cuando sea una autoridad la que realice la captura deberá conducir al aprehendido inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación.

Si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva, el aprehendido o capturado será liberado por la Fiscalía, imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario. De la misma forma se procederá si la captura fuere ilegal. (Subrayado propio)

Contempla así la legislación procesal penal colombiana la previsión que la Fiscalía 'debe' liberar al aprehendido o capturado en dos supuestos: cuando de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva o cuando la misma fuere ilegal. La Corte Constitucional de Colombia ya analizó la constitucionalidad de esta norma en sentencia N° C-591/05, expresando:

De igual manera, de conformidad con el artículo 302 del C. P. P., una vez es llevado el aprehendido en flagrancia ante el fiscal, éste deberá examinar si dicha captura fue o no legal, y en caso de no serlo, deberá dejar en libertad a la persona, bajo palabra de comparecencia cuando sea requerido. Quiere ello decir que el fiscal deberá examinar si se presentaron o no, en el caso concreto, las condiciones legales de la flagrancia, descritas en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, y por supuesto, si se cumplieron los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional. (Subrayado propio).

Reconoce la Corte Constitucional colombiana el deber del fiscal de examinar, en el caso concreto, si se cumplieron las condiciones de la flagrancia y proceder a ordenar la liberación del capturado en caso de una detención ilegal, con lo que el Código de Procedimiento Penal (2004) de Colombia le da al fiscal la potestad-deber de examinar los extremos de la flagrancia antes de presentarlo ante el juez de control de garantías, con la finalidad de hacer cesar cualquier detención ilegal, es decir, que no cumpla con los mandatos constitucionales y legales. La misma sentencia cuyo fragmento se comentó anteriormente, expresa:

Así las cosas, la Fiscalía General de la Nación realizará un control previo sobre la captura operada en flagrancia, a aquel que, eventualmente, adelantará el juez de control de garantías si aquella considera que el supuesto delito comporta detención preventiva y fue legalmente realizada, es decir, si se presentaron las condiciones de la flagrancia, de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Corte. (Subrayado propio)

La legislación adjetiva penal colombiana va mucho más allá que la nuestra en términos de regulación en la ley de las atribuciones del fiscal como de la protección de los derechos y garantías fundamentales, puesto que la fiscalía "...adelantará una doble valoración: examinará si el supuesto delito comporta o no detención preventiva y si la captura fue o no legalmente realizada. De tal suerte que si el comportamiento delictivo no conlleva imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva o la

captura en flagrancia fue adelantada de forma ilegal, el fiscal procederá a dejar en libertad al aprehendido, imponiéndole bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario”.⁶

De manera que en Colombia el fiscal debe examinar, además de que exista delito, si el supuesto delito cometido merece privación de libertad preventiva entendida como medida de aseguramiento (cautelar), ya que si no comporta medida privativa de libertad, ordenará su libertad y le impondrá un compromiso de comparecencia de manera verbal, es decir, la libertad la ordenará cuando el delito merezca medidas cautelares sustitutivas, dejando las presentaciones ante los tribunales penales sólo para los delitos graves.

En el mismo sentido y siguiendo con la sentencia en comento, el fiscal en Colombia “...deberá examinar si dicha captura fue o no legal, y en caso de no serlo, deberá dejar en libertad a la persona, bajo palabra de comparecencia cuando sea requerido. Quiere ello decir que el fiscal deberá examinar si se presentaron o no, en el caso concreto, las condiciones legales de la flagrancia, descritas en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, y por supuesto, si se cumplieron los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional”.

⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencia N° C-591/05.

No otra actuación de una fiscalía garante de los derechos fundamentales se puede esperar en un Estado Democrático, pues el cumplimiento de las garantías no está reservado (ni puede estarlo) exclusivamente al juez de control, pues es interés de todo funcionario público que las mismas se hagan efectivas en todo momento. Por eso insistimos en que es inherente a los principios del sistema de corte acusatorio el que el Ministerio Público debe hacer cesar cualquier detención arbitraria.

Pues bien, ese control previo es al que aludimos en nuestra posición que debe realizar el fiscal del Ministerio Público en Venezuela ante cualquier detención que le sea puesta a su disposición, con el propósito de examinar los extremos legales de la flagrancia y proceder a hacerla cesar si es ilegal, o a presentarlo ante el juez de control si considera que se cumplen los extremos del artículo 234 del COPP. Lo contrario sería consentir que una detención arbitraria permanezca en el tiempo ante los ojos inoperantes de quien tiene no sólo la potestad de hacerla cesar, sino el deber de hacerlo por atribución constitucional, sin que sea necesaria una norma de rango legal que lo habilite de manera expresa pues lo está desde el punto de vista constitucional ni mucho menos una sentencia con carácter vinculante del Tribunal Supremo de Justicia.

Esa atribución la encontramos consagrada en la Constitución Nacional en el artículo 285.1, pues el Ministerio Público es garante de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por la República. De ahí a que encontramos en esa norma suprema el fundamento del examen previo que debe hacer el fiscal para hacer cesar de manera oficiosa cualquier detención que no cumpla con las condiciones constitucionales y legales de la flagrancia. Esta posición está en consonancia con los postulados del sistema acusatorio y con los valores que dan fundamento a la Constitución Política.

La solución a esta problemática es más sencilla de lo que parece: que el Ministerio Público gire instrucciones precisas a nivel nacional a los órganos policiales y militares, como auxiliares de sus funciones que son, en el sentido que antes de proceder a la detención de una persona bajo un hecho de dudoso delito, se deben comunicar por cualquier medio con el fiscal del Ministerio Público de guardia con competencia en flagrancia a los fines de que éste gire las instrucciones al respecto, con lo cual se evitaría detenciones no acordes con los postulados constitucionales; y a los fiscales, para que una vez que tengan a su disposición un detenido, realicen un examen previo acerca de las condiciones de la flagrancia y hacer cesar la detención en caso de observar su ilegalidad, todo con fundamento en el

artículo 285.1 Constitucional y 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en virtud de cuya disposición legal el Ministerio Público es un órgano del Poder Ciudadano que tiene por objetivo actuar en representación del interés general y es responsable del respeto a los derechos y garantías constitucionales a fin de preservar el Estado, democrático y social de derecho y de justicia.⁷ (Subrayado propio).

Además, "...de llegar a aceptarse el planteamiento de la demandante, en el sentido de que toda decisión sobre la captura en flagrancia es de reserva exclusiva del juez de control de garantías, se le estaría imponiendo, en la práctica, una carga muy elevada al ciudadano por cuanto, así haya sido arbitrariamente capturado, por cuanto no se cumplen las condiciones de la flagrancia, deberá además esperar a ser llevado a audiencia ante el juez de control de garantías".⁸

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Circular N° DFGR-DVFGR-DCJ-DRD- 6-9-2001-014, de fecha 6-8-2001, publicada en Circulares del Ministerio Público, pág. 124, Caracas, 2014.
- Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela (2012). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.078 (Extraordinaria) 15-06- 2012. Caracas, Venezuela.

⁷ Ley Orgánica del Ministerio Público. G. O. 38647, 19 de marzo de 2007.

⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-591/05.

- Código de Enjuiciamiento Criminal (1962). Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 748 (Extraordinaria) de 3-2-1962. Caracas, Venezuela.
- Código de Procedimiento Penal de Colombia (Ley 906 de 2004). Diario Oficial No. 45.658, de 1 de septiembre de 2004. Bogotá, Colombia.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Gaceta Oficial N° 5.453 (Extraordinaria) 24-03-2000. Caracas, Venezuela.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (1969).
- Corte Constitucional de Colombia. 2005. Sentencia C-730/05.
- Corte Constitucional de Colombia. 2005. Sentencia C-591-05.
- Corte Constitucional de Colombia. 2005. Sentencia C-1001-05.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Naciones Unidas. (1948).
- Organización de Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. 2020. Informe de la Misión Independiente de Determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela de fecha 15 de septiembre de 2020.
- Ley Orgánica del Ministerio Público. Gaceta Oficial N° 38647 de 19/3/2007.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas. (1966).

- Tribunal Constitucional de España, sentencia N° 33/1999, de 8 de marzo.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional, sentencia N° 1744/2007.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional, sentencia N° 191/2010.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional, sentencia N° 130/2006.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional, sentencia N° 580. 25/03/2002.
- VÁSQUEZ, Magaly. (2011). Derecho Procesal Penal Venezolano. Editorial Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela.