



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
EN SU NOMBRE  
**EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA**

### **SALA CONSTITUCIONAL**

#### **MAGISTRADA PONENTE: CARMEN ZULETA DE MERCHÁN**

El 8 de junio de 2006 la ciudadana **GABRIELA DEL MAR RAMÍREZ PÉREZ**, titular de la cédula de identidad número 6.325.607, con el carácter de Diputada a la Asamblea Nacional y de Presidenta de la Comisión Permanente de la Mujer, Familia y Juventud de ese órgano deliberante, asistida por la abogada Eliana Cherubini Sánchez, inscrita en el Inpreabogado bajo el número 47.050, solicitó, ante esta Sala Constitucional, la interpretación del numeral 1 del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *“en relación con lo dispuesto en los artículos 43, 46 y 55 de dicho texto constitucional y la interpretación asentada por [esta] Sala Constitucional en sentencias 2580-2001 y 972-2006”*.

El 12 de junio de 2006 se dio cuenta en Sala y se designó ponente a la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán quien, con tal carácter, suscribe la presente decisión.

El 17 de julio de 2006 la Sala admitió la solicitud presentada, ordenó la notificación de la Asamblea Nacional, del Defensor del Pueblo y del Fiscal General de la República. Asimismo, ordenó emplazar a los interesados mediante un edicto.

El 11 de agosto de 2006 se libró el edicto y el 22 de septiembre de 2006 fue consignado a los autos.

El 4 de octubre de 2006 la Fiscal Tercera ante las Salas de Casación y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia consignó escrito contentivo de la opinión del Ministerio Público.

El 10 de octubre de 2006 la parte solicitante presentó diligencia mediante petición pronunciamiento en la causa.

El 25 de noviembre de 2006 la Asamblea Nacional sancionó la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Efectuada la lectura individual del expediente, esta Sala procede a emitir decisión, previas las siguientes consideraciones:

## I

### **DE LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL**

La parte solicitante alegó, lo siguiente:

Que *“el interés jurídico, actual y directo para el ejercicio de la presente acción, está determinado por las funciones que ejerzo como Diputada de la Asamblea Nacional y*

*Presidenta de la Comisión Permanente de la Mujer, Familia y Juventud, cuya misión se orienta a la coordinación y fortalecimiento de acciones e iniciativas dirigidas a la protección de la mujer y la defensa de sus derechos, no solo en el ámbito legislativo como competencia natural, sino en ejecución de iniciativas en colaboración con los otros Poderes que conforman el Estado y mediante la promoción de la participación ciudadana, atribuciones éstas establecidas en los artículos 136 y 187 ordinales 1 y 4 (sic) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.*

Alegó que la decisión N° 972, dictada el 9 de mayo de 2006, por esta Sala Constitucional, que “...declaró parcialmente con lugar el recurso de nulidad por inconstitucionalidad interpuesto por el Fiscal General de la República, Dr. JULIAN ISAIAS RODRIGUEZ, en contra de la LEY SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y LA FAMILIA, publicada en Gaceta Oficial N° 36.531 de fecha 03-09-1998, ha generado lagunas y contradicciones respecto al concepto de FLAGRANCIA en los delitos vinculados a la violencia doméstica, que ameritan ser abordadas en forma inmediata y urgente a objeto de generar acciones que preserven derechos fundamentales de las mujeres víctimas de tales hechos, tales como DERECHO A LA VIDA y DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL, consagrados en los artículos 43, 46 y 55 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” (destacado de la recurrente).

Sostuvo que esa decisión establece que “...los órganos administrativos receptores de denuncias (Prefectos, Jefes Civiles, Jueces de Paz, Fiscales del Ministerio Público) no pueden dictar medidas privativas de libertad, ‘aunque sean preventivas o cautelares’, POR CONTRAVENIR LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 44, CARDINAL 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. No obstante, seguidamente el fallo expresa:

*‘...se dejan a salvo los supuestos en que opere la flagrancia, caso en el cual la autoridad policial podrá actuar sin previa orden judicial, pero siempre bajo el estricto cumplimiento de las normas ordinarias que contiene el Código Orgánico Procesal Penal y en atención a la interpretación restrictiva de las mismas.....’ (subrayado nuestro), lo que significa que la detención por parte de la autoridad administrativa o de cualquier ciudadano, si fuere el caso, estará conforme a la Constitución, si se trata de un ‘hecho flagrante’”.*

Planteó las siguientes interrogantes: “...cuál es la definición de flagrancia, desde la perspectiva de los delitos vinculados a la violencia doméstica?; cuál es el alcance de la previsión constitucional referida a las limitaciones del derecho humano LIBERTAD, frente a los derechos humanos INTEGRIDAD PERSONAL, VIDA, IGUALDAD?, Cómo armonizar el texto constitucional, sin menoscabar el derecho que asiste a las mujeres víctimas de violencia doméstica de ser debidamente protegidas, como grupo vulnerable, conforme lo dispuesto en los artículos 21 y 55 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela?”.

Que “[l]a Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención Belen Do Pará) (...) define la violencia contra la mujer, en los siguientes términos: ‘cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológica (sic) la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.’. El artículo 2, desarrolla dicha definición y expresa: ‘Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparte o haya compartido el mismo

*domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual...”.*

*Refirió que la “...Ley sobre la Violencia Contra la Mujer y La Familia, con mayor amplitud, define la violencia como; ‘la agresión, amenaza u ofensa ejercida sobre la mujer o (sic) otros integrantes de la familia, por los cónyuges, concubinos, exconyuges (sic), exconcubinos o personas que hayan cohabitado, ascendientes, descendientes y parientes colaterales, consanguíneos o afines, que menoscabe su integridad física, psicológica, sexual o patrimonial’. Es decir, nuestra legislación interna no limita la protección a la mujer, sino a todo el entorno familiar, previsión comprensible si consideramos que la violencia doméstica o intrafamiliar refleja una situación de poder de unos sobre otros, ya sea por razones de fuerza física, dependencia psicológica, emocional o económica, en fin, los motivos pueden resultar múltiples, lo cierto es que los más débiles o vulnerables, son sometidos por quien ejerce algún tipo de poder y ese sometimiento, que no es eventual, ni casual, se manifiesta a través de acciones lesivas del derecho a la libertad, integridad física, psicológica y sexual”.*

*Que “...algunos estudios en la materia identifican tres fases en el ciclo de la violencia: se inicia con comportamientos agresivos hacia objetos o bienes del hogar, luego evoluciona hacia las personas mediante abuso verbal, físico o ambos, procurando el aislamiento de la víctima de familiares o amigos; seguidamente se presenta el episodio agudo de agresión, que puede resultar crítico o definitivo, y por último se concluye hacia una etapa de calma, arrepentimiento o conciliación, reiniciándose el ciclo luego de corto tiempo, con una mayor violencia. La dirección o reiteración de cada ciclo dependerán de muchos factores cuya enumeración escapa del objetivo del presente análisis, sin embargo*

*lo importante es destacar cómo en delitos de ésta (sic) naturaleza, el tiempo de intervención es determinante e igualmente reconocer la condición de habitualidad de tales conductas y el hecho que la asistencia de la víctima ante un órgano receptor de denuncias normalmente ocurre luego de un período promedio de cinco a siete años de haber sufrido la reiteración de dicho ciclo, con más agresión y mayor violencia”.*

Luego de señalar lo previsto en los artículos 43, 46 y 55 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, alegó que el efectivo ejercicio de los derechos a la vida, integridad física, psíquica y moral debe ser garantizado por el Estado a través de sus órganos competentes.

Que “[l]a sentencia 972/09-05-2006 a la cual hemos hecho referencia, menciona aisladamente que sólo la condición de flagrancia justifica la detención de un ciudadano, en el resto de los casos se requiere orden judicial. Dicha afirmación cónsona con los postulados nacionales e internacionales en materia de libertad personal, merece su precisión y desarrollo en materia de violencia doméstica o intrafamiliar, conforme las características propias de este tipo de delitos: relación de poder dependencia autor-víctima; habitualidad-reincidencia; lugar de comisión (intimidad del hogar); percepción de la comunidad como ‘problemas familiares de pareja’ lo que normalmente excluye la intervención de ‘cualquier ciudadano’ para efectuar la detención ‘in fraganti’; incremento gradual y progresivo de los niveles de violencia; efectos colaterales en niños, niñas y adolescentes que habitan el hogar; miedo o inseguridad de la víctima de denunciar”.

Alegó que “[d]ebe acotarse que si bien la sentencia 972 incide fundamentalmente en la facultad de acordar la medida cautelar de arresto que tenían los órganos receptores

*de denuncia: Jueces de Paz, Prefectos, Jefes Civiles y Fiscales del Ministerio Público, la salvedad que hace la Sala referida al supuesto de flagrancia y la precisión en cuanto a que la interpretación debe ser 'restrictiva', crea la oscuridad o confusión que invocamos en el presente recurso, siendo la interrogante: ¿cuándo estaríamos ante una situación de flagrancia en delitos de esta naturaleza?, ¿en qué supuestos uno de estos órganos receptores de denuncia procedería a requerir una orden judicial para ejecutar la medida cautelar de arresto y cuándo estarían frente a una flagrancia que justifique detención preventiva? ¿acaso la concepción clásica de flagrancia arraigada en los funcionarios receptores de denuncias no podría significar una actuación tardía en este tipo de delitos?''.*

Previa transcripción del contenido de la sentencia N° 2580/01, dictada por esta Sala Constitucional, sostuvo que las precisiones que se hicieron en ese pronunciamiento, respecto al concepto de flagrancia, se refería a un caso de transporte ilícito de estupefacientes y que el cuarto supuesto asentado por esta Sala en dicho fallo, “...podría corresponderse con la naturaleza de los delitos vinculados a la violencia doméstica, donde si bien es cierto, el delito no se está cometiendo, no acaba de cometerse, ni el autor se ve perseguido por la víctima o por el clamor público inmediatamente después del hecho, existen circunstancias e indicios verificables por la autoridad, de la comisión reciente del hecho, tales como: las lesiones físicas de la propia víctima, elementos indicativos en el lugar de comisión, medio de comisión, testigos presenciales, etc., que pueden facultar a la autoridad receptora de la denuncia a la aprehensión del presunto autor. Sin embargo, la sentencia 972-2006 precisa: ‘interpretación restrictiva’ en supuestos de flagrancia, circunstancias que solicitamos sea debidamente abordada en el presente recurso,

*ponderando derechos inalienables en nuestro modelo de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia: VIDA, LIBERTAD, INTEGRIDAD PERSONAL”.*

*Que “...la interpretación que del concepto de flagrancia realizó la Sala Constitucional en la precitada sentencia (2580/2001), conducen a concluir que los delitos vinculados a la violencia doméstica, en su mayoría constituyen hechos flagrantes que justifican la aprehensión del presunto agresor y su sometimiento al procedimiento penal especial, quedando a criterio del órgano jurisdiccional que le corresponda conocer, dictar medida privativa de libertad conforme lo dispuesto en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal o el establecimiento de otras medidas que garanticen su sometimiento al proceso y consecuentemente contribuirán a preservar la integridad física de la víctima y su grupo familiar”.*

*Arguyó que “...la oscuridad de la definición de flagrancia invocada en la presente acción de interpretación constitucional y su incidencia en el sistema de protección a la mujer y la familia, viene determinada porque el texto constitucional en el artículo 44.1 sólo se limita a establecer la condición ‘infraganti’, siendo que la Sala Constitucional al hacer referencia a dicho término en la decisión 972-2006, utilizó la expresión ‘interpretación restrictiva’ y en, sentencia anterior, número 2580/2001, desarrolló el concepto con mayor amplitud, es decir, tenemos una sentencia referida al delito de trafico (sic) de drogas donde se desarrolló el concepto de flagrancia en cuatro supuestos y posteriormente, se dicta sentencia en materia de violencia doméstica donde se precisa que la interpretación debe ser restrictiva, lo que podría significar concepción clásica y en consecuencia insuficiente para dar respuesta a delitos de tal naturaleza”.*



Que “...la interpretación que solicitamos debe preservar el derecho a la libertad como bastión fundamental en materia de derechos humanos, pero también debe atender a la necesidad de preservar el derecho a la vida y a la integridad personal de las víctimas de los delitos vinculados a la violencia doméstica o intrafamiliar; expresado en otras palabras, una interpretación que sin menoscabar Derechos Fundamentales que el Estado reconoce y está obligado a garantizar más allá de lo normativo, procura un equilibrio entre la ley y la justicia, entre el derecho y la realidad”.

## II

### DE LA OPINIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Señaló la representación fiscal, lo siguiente:

Que “[l]a Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, expresamente, reconoce en su texto el principio de progresividad para la protección de los derechos humanos, entre los cuales, la libertad personal es uno de los principales derechos fundamentales que deben preservarse, al igual que los derechos a la vida y a la integridad personal”. Que “...la equidad de género transversaliza (sic) todo el texto constitucional, lo cual se entiende dentro del principio de igualdad y no discriminación que, igualmente reconoce la Carta Fundamental”.

Que los derechos contenidos en los artículos 44.1 y 21 del Texto Fundamental, “en modo alguno pueden sobreponerse (sic) uno al otro, sino que su protección y salvaguardia ameritan las mismas consideraciones e igual tratamiento”.

Que “[l]os derechos que históricamente han conquistado las mujeres en el mundo, dentro de la lucha emprendida por la igualdad de género, muy especialmente para erradicar la violencia contra ellas, están insertos, nacional e internacionalmente en un andamiaje de derechos sustantivos, y se encuentran recogidos en varios Instrumentos Internacionales, entre ellos, La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas y que entró en vigor el 3-9-81; y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ‘Convención de Belem (sic) Do Pará’, (...), donde se imponen, entre otras obligaciones, como compromisos de la República, el establecimiento de procedimientos legales justos, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”.

En criterio de la representación fiscal, “[e]l estudio conjunto de ambas normativas, de acuerdo con los estándares internacionales, impone tener presente las diferentes fuentes de derecho internacional, para poder dar una protección efectiva a la mujer víctima de la violencia de género, pues en el contexto de la violencia doméstica deben incluirse las disposiciones nacionales e internacionales sobre tortura, libertad y seguridad personal, tratos crueles, inhumanos y degradantes, así como interpretar que esa violencia doméstica es una manifestación de la discriminación que se prohíbe tanto en la Constitución de la República, como en las Convenciones Internacionales antes señaladas. Esto significa que cuando atendemos este tipo de problemas, es necesario alejarnos de las visiones positivistas que son limitante y optar por una posición e interpretación más amplia, partiendo de la experiencia actual que vive la mujer”.

Aduce que “...la libertad personal, es esencia de la dignidad humana, pues sin ella no es posible para el hombre y para la mujer llevar una existencia cónsona con esa condición de persona, de allí que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece la inviolabilidad del estado de libertad, exceptuando siempre el caso cuando se cometan delitos, para lo cual establece una serie de limitaciones”.

Que la aludida limitante se justifica por la necesidad de “...que existan exigencias que deben cumplirse para poder intervenir tal derecho. Por ello, los requisitos formales que justifican la injerencia del Estado en el ejercicio del derecho a la libertad personal, entre otros, están determinados por la reserva legal, que implica que la ley es el instrumento que puede restringir el derecho. Igualmente, debe tenerse presente el fin que se persigue con la restricción o limitación del derecho, el cual debe ser lícito, proporcional y compatible con el sistema democrático; esto es, dirigido a proteger otros derechos fundamentales, de manera razonable, para que pueda cumplirse uno de los roles esenciales del Estado, como es la protección de la ciudadanía en general y de la mujer y la familia en particular”.

Luego de transcribir el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal, y de hacer algunas consideraciones en torno a la flagrancia, la flagrancia impropia y la flagrancia presunta, indicó, con base en la sentencia N° 2580/2001 de esta Sala, que “...el alcance de la previsión constitucional que guarda relación con el derecho a la libertad, se encuentra en igual rango de consideración que la de las previsiones relativas a la vida, integridad personal e igualdad, a que se refieren los artículos 43, 46 y 21 de la Carta Magna, y que se ven comprometidos en los casos de violencia doméstica, pues, sin duda alguna, todos estos derechos son de la misma categoría y, en principio, deben ser protegidos por igual. Sin

*embargo, ello no impide que se armonice la protección de los mismos en forma tal que uno de esos derechos no prevalezca, ni se imponga sobre los otros. Precisamente, para eso existen los Operadores de Justicia, a quienes corresponde apreciar las circunstancias de cada caso concreto y aplicar el derecho más justo a la situación que se presenta, sin discriminaciones de ninguna naturaleza”.*

*En criterio del Ministerio Público “(...) el problema que se plantea en el presente recurso rebasa los límites de lo estrictamente jurídico y se extiende al campo de lo social, económico y familiar, y llama a reflexión sobre la importancia de la adecuación de la norma jurídica cuya interpretación constitucional se ha invocado en este recurso, a la realidad social a la cual va dirigida, cuando se trate de casos de comisión de delitos encuadrados dentro de la violencia doméstica”.*

*Que la norma contenida en el artículo 21 constitucional aplicada al presente caso “(...) conduce a recapacitar sobre el caso específico de la violencia intrafamiliar o doméstica, en cuyo ámbito se ha solicitado la interpretación constitucional objeto de la presente opinión, ello con el firme objetivo de procurar una postura que, sin negar la exigencia de la flagrancia para la práctica de una detención personal, sin orden judicial, nos conduzca a una posición equilibrada, sensata y realista que, sin sacrificar el derecho constitucional a la libertad personal, salvaguarde el equilibrio entre los derechos a la vida, la integridad e igualdad de las mujeres, los intereses de la sociedad y los del procesado, admitiendo que, **excepcionalmente**, la libertad de una persona pueda ser restringida, en el caso concreto de los delitos de violencia doméstica, mediante la ampliación de la flagrancia en su acepción técnica; esto es, sin la restricción de la exigencia de la comisión inmediata del delito y la verificación de la sospecha, cuando ello se constituye en una*

*exigencia de la situación, en orden a la realización de la justicia (...)*” (resaltado del texto citado).

Para el Ministerio Público no es concebible “(...) *en un estado democrático y social, de derecho y de justicia, un sistema de Derecho Procesal Penal que respete plenamente los derechos de los imputados, pero que no garantiza razonablemente la seguridad de las mujeres y la familia, y por ende de la ciudadanía, todo lo cual hace necesario adoptar un justo equilibrio que, salvaguardando los valores de la libertad, satisfaga igualmente el derecho del Estado y de la sociedad a defenderse contra el delito, en general y, muy particularmente, de aquellos vinculados a la violencia doméstica, por su alta trascendencia, al lesionar derechos humanos fundamentales (...) así como valores tan preciados del equilibrio biosicosocioafectivo (sic) de la mujer y su familia, imponiendo restricciones a la libertad en estos casos, por estricta necesidad, lo que demanda una actuación oportuna y efectiva de la autoridad más cercana al lugar de comisión del hecho, para de esa forma poder armonizar, de la mejor manera posible, los contradictorios intereses que existen entre mujeres, familia, sociedad y agresor-victimario*”.

A su entender, “(...) *las situaciones de conflicto que se verifican en el área de la violencia doméstica, hacen presumir, razonablemente que, en la mayoría de esos casos, se trata de un delito flagrante, donde cualquier particular y cualquier autoridad puede apresar al agresor (aún cuando no haya presenciado el momento de la comisión del delito, ya que normalmente, éste se comete en la intimidad del hogar), tal como lo dispone el COPP, en el artículo 248, en concordancia con la norma que, en el mismo sentido, se encuentra contenida en la Constitución, en el artículo 44.1 (...)*”, pues “(...) *el delito en este ámbito es de carácter permanente, siendo que la autoridad más inmediata y cercana al lugar de la comisión*

*del hecho es quien puede hacer cesar su comisión, cuando al recibir la denuncia del hecho por parte de la víctima directa, de las indirectas o de cualquier persona que conozca la situación, dicta de inmediato la medida cautelar que demanda la gravedad del hecho, especialmente el arresto (sic), siendo claro que al tratarse de la comisión de un delito, dicha persona detenida, en el lapso de 48 horas debe ser presentada ante la autoridad judicial, donde el Ministerio Público ratificará o no la solicitud de detención, produciéndose así la judicialización de la medida, que se mantendrá o no, de acuerdo con la decisión motivada de un Juez”.*

Con base en lo expuesto, es opinión del Ministerio Público “(...) que la interpretación que debe hacerse del artículo 44.1 de la Constitución, en relación con el concepto de flagrancia a aplicar en los delitos de violencia doméstica, es aquella que considera flagrante las especificidades del tipo delictivo ‘violencia doméstica’, pues al tratarse de hechos donde están presentes la simulación de las situaciones, lo oculto de las intenciones y lo subrepticio de la actividad, encuadran perfectamente en este supuesto que está contenido en la sentencia 2580, del 11-12-01 de esa Sala Constitucional, motivo por el cual la puesta en conocimiento a la autoridad administrativa o no, de las agresiones de las que es objeto, por parte de la mujer víctima o de quienes mantengan cercanía con la misma por razones de familiaridad, vecindad o amistad, debe ser suficiente para considerar como sospechoso al señalado como agresor, de la comisión reciente del hecho denunciado, aún cuando no se ha (sic) sorprendido al sujeto cometiendo el hecho o cuando acaba de cometerse, ni se le persigue inmediatamente, una vez realizado o consumado, sino que se presume su autoría o participación por las circunstancias de proximidad en el tiempo y

*lugar con la comisión del hecho y por las evidencias materiales en su poder que lo relacionan con éste (...)*”.

### **III**

#### **CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

Se ha solicitado la interpretación del artículo 44.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que a letra señala, lo siguiente:

“La libertad personal es inviolable; en consecuencia:

1.- Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti. En este caso, será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso.

La constitución de caución exigida para conceder la libertad de la persona detenida no causará impuesto alguno”.

Del citado precepto, la parte solicitante y la representación del Ministerio Público, en resumen, solicitan que esta Sala indique cómo se articula la flagrancia en los delitos de género, para que los órganos policiales puedan detener a los agresores y ponerlos a disposición del Ministerio Público sin trasgredir el mencionado precepto. En concreto, la parte solicitante se pregunta ¿cuál es la definición de flagrancia desde la perspectiva de los delitos vinculados a la violencia doméstica? ¿Cuál es el alcance de la previsión constitucional referida a las limitaciones del derecho a la libertad, frente a los derechos

constitucionalidad a la integridad persona, a la vida y a la igualdad? ¿Cómo se armoniza el texto constitucional sin menoscabar el derecho de las mujeres víctimas de violencia doméstica a estar protegidas como grupo vulnerable? ¿Cuándo se estará ante una situación de flagrancia en los delitos de género? ¿En qué supuestos los órganos receptores de denuncia procederían a requerir una orden judicial para ejecutar la medida cautelar y cuándo estarían ante un hecho flagrante que justifique la detención preventiva?

En fin, como la regla (privación de la libertad sólo por orden judicial) cuenta con una excepción (la flagrancia), se pretende que se dilucide el alcance de la flagrancia en los aludidos delitos, de forma tal que la medida de protección, que es en definitiva lo que constituye la privación de la libertad del agresor en los delitos de género, no carezca de eficacia.

A tal efecto se ha de comenzar por señalar que la flagrancia como noción nació en el Derecho Romano. En Roma, con relación al robo, las leyes distinguían el *furtum manifestum* o flagrante del *furtum non manifestum*. El robo manifiesto o flagrante (castigado mucho más gravemente que el descubierto luego de algún tiempo), era el sorprendido al momento en que era cometido, así como también el que se descubría mientras el ladrón se encontraba todavía en el lugar de la consumación del delito; respecto a las condiciones requeridas para que el robo fuera considerado manifiesto la doctrina, según las Instituciones de Gayo y de Paulo, aparecía dividida: mientras que para algunos era necesario que el ladrón fuese sorprendido y apresado en el hecho mismo; para otros era suficiente con que se le encontrase todavía en el lugar del hecho. Unos le negaban importancia al sitio del suceso con tal de que al culpable se le hallara la cosa robada antes de que pudiera esconderla, mientras que otros desestimaban el tiempo y el lugar como



factor determinante de la flagrancia con tal de que al ladrón se le sorprendiese con los efectos del delito consigo.

En el derecho medieval la institución evolucionó. La flagrancia dejó de ser una circunstancia agravante para la penalización del delito, y adquirió efectos procesales para hacer más segura la identificación del autor del delito y, por tanto, ello hacía el procedimiento más rápido en la instrucción y para la celebración del juicio. La noción de la flagrancia fue muy conocida por los prácticos medioevales, que la aplicaron especialmente en relación al arresto, al rito y a las pruebas; además que autorizaba al magistrado a proceder de modo sumario o *ex abrupto*; pues, en flagrancia el delito era ya de por sí manifiesto, por lo que no eran necesarias ulteriores pruebas para constatarlo; al extremo de que no le era posible al reo negar la comisión del delito. Empero años después, en el siglo XVI, el Derecho común del Imperio Germánico con la Ley Carolina dictada por el Emperador Carlos V en 1532 -antecedente inmediato de la legislación del Imperio Español-, reprodujo la distinción del concepto de *robo manifiesto* derivado del Derecho Romano.

En nuestra historia republicana, la flagrancia como excepción a la privación de la libertad ordenada por la autoridad competente se instituyó desde época muy temprana. La Constitución de 1811 hacía una referencia general a la *detención* en los casos y bajo las formas prevista en la Ley. Asimismo, la mención de la detención *in fraganti* en los textos constitucionales ha sido una constante a partir de la Constitución de 1821; desde entonces, con apenas algunas variaciones de redacción se mantuvo incólume hasta la Constitución de 1961; pues, hasta 1999, nadie podía ser preso o detenido sino en virtud de una *orden del funcionario para decretar la detención*, lo que relegaba el tema de la aludida potestad al ámbito legislativo, ya que era la ley la que en definitiva determinaba cuál era el funcionario

autorizado para decretar la detención *in fraganti*. Y aunque si bien el Código de Enjuiciamiento Criminal le atribuía esa potestad al juez penal como competencia natural, lo cierto es que a falta de prohibición constitucional expresa de una interpretación diferente, fueron muchas las normas que, a título de arresto, asignaban competencia para privar de la libertad a funcionarios distintos de los jueces.

El marco constitucional varía con el artículo 44.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Sólo por *orden judicial* se puede privar de la libertad a un ciudadano, salvo que sea sorprendido *in fraganti*. En este caso, el detenido deberá ser llevado ante un autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas (48) a partir del momento de la detención; circunstancia que en interpretación de la Sala Constitucional ha determinado que varias normas preconstitucionales hayan sido declaradas inconstitucionales (vid. por ejemplo los fallos núms. 1394/2001 de 7 de agosto y 130/2006 de 1 de febrero), entre ellas las contenidas en el artículo 34 *in fine* y en el precepto que surge de la aplicación conjunta de los artículos 39, numeral 3, y 32, numerales 1 (en lo que se refiere al Juez de Paz), 3, 4 y 5 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, nulidad que ha ocasionado serias inquietudes en diversos sectores y que se han canalizado a través de la interpretación constitucional que en esta oportunidad se dilucida, a los efectos de dejar esclarecido el concepto de flagrancia para la aplicación de los textos legales que incorporan medidas de discriminación positiva en los delitos de género.

El concepto de *flagrancia* en nuestra doctrina y jurisprudencia penal tradicionalmente se ha limitado a la captura inmediata; es decir, a la aprehensión del autor del delito en el lugar de los hechos a poco de haberse cometido el delito. Esta conceptualización de la *flagrancia* parte de una separación entre la detención y el delito que

no es exacta; confundiendo por un lado, dos figuras que si bien están relacionadas, son disímiles; además, se ha hecho énfasis en la aprehensión del sujeto cuando lo importante es la comisión del delito. Se refiere la Sala a la diferencia existente entre el delito flagrante y la aprehensión *in fraganti*; y a la concepción del delito flagrante como un estado probatorio.

En efecto, la doctrina patria autorizada más actualizada, con ocasión a lo preceptuado en el artículo 44.1 de la Constitución y en el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal, distingue entre ambas figuras. El *delito flagrante*, según lo señalado en los artículos 248 y 372.1 del Código Orgánico Procesal Penal, constituye un estado probatorio cuyos efectos jurídicos son: a) que tanto las autoridades como los particulares pueden detener al autor del delito sin auto de inicio de investigación ni orden judicial, y, b) el juzgamiento del delito mediante la alternativa de un procedimiento abreviado. Mientras que la *detención in fraganti*, vista la literalidad del artículo 44.1 constitucional, se refiere, sin desvincularlo del tema de la prueba, a la sola aprehensión del individuo (vid. Jesús Eduardo Cabrera Romero, *El delito flagrante como un estado probatorio*, en Revista de Derecho Probatorio, N° 14, Ediciones Homero, Caracas, 2006, pp. 9-105).

Según esta concepción, el delito flagrante “*es aquel de acción pública que se comete o se acaba de cometer, y es presenciado por alguien que sirve de prueba del delito y de su autor*” (vid. op. cit. p. 33). De manera que “*la flagrancia del delito viene dada por la prueba inmediata y directa que emana del o de los medios de prueba que se impresionaron con la totalidad de la acción delictiva*” (vid. op. cit. p. 11) producto de la observación por alguien de la perpetración del delito, sea o no éste observador la víctima; y si hay detención del delincuente, que el observador presencial declare en la investigación a objeto de llevar al Juez a la convicción de la detención del sospechoso. Por tanto, sólo si se

aprehende el hecho criminoso como un todo (delito-autor) y esa apreciación es llevada al proceso, se producen los efectos de la flagrancia; lo cual quiere decir que, entre el delito flagrante y la detención *in fraganti* existe una relación causa y efecto: la detención *in fraganti* únicamente es posible si ha habido delito flagrante; pero sin la detención *in fraganti* puede aún existir un delito flagrante.

Lo importante a destacar es que la concepción de la flagrancia como un estado probatorio hace que el delito y la prueba sean indivisibles. Sin las pruebas no solo no hay flagrancia sino que la detención de alguien sin orden judicial no es legítima. O como lo refiere el autor glosado:

“El delito flagrante implica inmediatez en la aprehensión de los hechos por los medios de prueba que los trasladarán al proceso, y esa condición de flagrante, producto del citado estado probatorio, no está unida a que se detenga o no se detenga al delincuente, o a que se comience al instante a perseguirlo. Lo importante es que cuando éste se identifica y captura, después de ocurridos los hechos, puede ser enjuiciado por el procedimiento abreviado, como delito flagrante” (vid. op. cit. p. 39).

La *detención in fraganti*, por su parte, está referida o bien a la detención de la persona en el sitio de los hechos a poco de haberse cometido, lo cual es la ejemplificación más clásica de la flagrancia, o bien a la aprehensión del sospechoso 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, es decir, lo que la doctrina impropriamente denomina la *cuasi-flagrancia*.

El estado de flagrancia que supone esta institución se refiere a sospechas fundadas que permiten, a los efectos de la detención *in fraganti*, la equiparación del sospechoso con el autor del delito, pues tales sospechas producen una verosimilitud tal de la autoría del delito por parte del aprehendido que puede confundirse con la evidencia misma. Sin embargo, la valoración subjetiva que constituye la “sospecha” del detenido como autor del delito queda restringida y limitada por el dicho observador (sea o no la víctima) y por el cúmulo probatorio que respalde esa declaración del aprehensor. Si la prueba existe se procede a la detención inmediata.

Respecto a esta figura la Sala señaló, en su fallo N° 2580/2001 de 11 de diciembre, lo siguiente:

“En este caso, la determinación de la flagrancia no está relacionada con el momento inmediato posterior a la realización del delito, es decir, la flagrancia no se determina porque el delito ‘acaba de cometerse’, como sucede con la situación descrita en el punto 2 [se refiere al delito flagrante propiamente dicho]. Esta situación no se refiere a una inmediatez en el tiempo entre el delito y la verificación del sospechoso, sino que puede que el delito no se haya acabado de cometer, en términos literales, pero que por las circunstancias que rodean al sospechoso, el cual se encuentra en el lugar o cerca del lugar donde se verificó el delito, y, esencialmente, por las armas, instrumentos u otros objetos materiales que visiblemente posee, es que *el aprehensor puede establecer una relación perfecta entre el sospechoso y el delito cometido*” (corchetes y resaltado añadidos).

Aunque distinguible del delito flagrante, la *aprehensión o detención in fraganti* también forma parte del estado probatorio de la flagrancia, al punto de que es necesario que exista una vinculación entre el cúmulo probatorio que conforma la sospecha con el delito

cometido. Es decir, que exista la comisión de un delito y que alguien en el sitio de los hechos probatoriamente pueda ser conectado con él.

Ahora bien, sea delito flagrante o sea aprehensión *in fraganti* es al Juez a quien le corresponde juzgar la flagrancia. Para tal fin, el Juez debe determinar tres parámetros: a) que hubo un delito flagrante; b) que se trata de un delito de acción pública; y c) que hubo una aprehensión *in fraganti*, por lo que es necesario que existan elementos probatorios que hagan verosímil la existencia de estos parámetros. Luego, toda la problemática de la flagrancia gira alrededor de una decisión que la reconozca y, por ende, de las pruebas que la sustenten (vid. op. cit. pp. 98 y 100).

En ese orden de ideas, coincide la Sala con la doctrina clásica en la apreciación de que la simple entrega del detenido por parte de quien lo detuvo, sea éste un particular o una autoridad policial, aunado a la declaración del captor de cómo se produjo la aprehensión no puede bastar para que el Ministerio Público presente en flagrancia al detenido ante el Juez. Inclusive, del artículo 8 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 14 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del propio texto constitucional, se deduce que nadie podría ser detenido bajo el dicho de una sola parte; pero es justamente esa imposibilidad trasladada a los delitos de género la que preocupa a la parte solicitante.

Para solventar tal situación, y sin entrar a considerar aquí los delitos de género porque ello implicaría desglosar cada uno de los tipos que se han recogido legislativamente de la doctrina y de los convenios y tratados internacionales sobre la materia; vale destacar

que en cada uno de ellos los bienes jurídicos específicamente protegidos son, entre otros, el derecho a la vida, a la igualdad, y a la integridad de la mujer.

La detención judicial del sujeto activo de los delitos de género, más que ser una medida preventiva privativa de la libertad en el concepto tradicional del derecho penal o una medida de aseguramiento con fines privativos como lo establecen la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y la nueva normativa agraria, es una medida positiva de protección que incardina a la Ley que regula la materia dentro de las normas de Derechos Humanos. No en vano las mencionadas Leyes son concreción de la Convención de Belém Do Pará, ratificada por Venezuela mediante Ley Aprobatoria del 24 de noviembre de 1994 sancionada por el Presidente de la República el 16 de enero de 1995, y publicada en Gaceta Oficial de esa misma data.

Al ser ello así, la razón de esta interpretación tiene que partir de la particular naturaleza de los delitos de género, pues su configuración, y en especial el de la violencia doméstica, son tan especiales que con dificultad podrían encuadrarse en una concepción tradicional de la flagrancia, por lo que podría dejarse desprovistas a las mujeres-víctimas de medidas positivas de protección con fines preventivos. Por ello, vista la particular naturaleza de los delitos de género, y vista la flagrancia como un estado probatorio, la prueba de la flagrancia de los delitos de género debe ser exigida en la forma y en el grado que al delito corresponde; ya que, si se requiriera siempre de pruebas directas para el arresto preventivo de los ilícitos penales, los delitos y en especial los delitos de género (por realizarse por lo usual en la intimidad) correrían el riesgo de quedar impunes, pues los delincuentes escaparían siempre de la ley. Por tanto, la exigencia de la *prueba evidente* en

los delitos de género no se puede exigir más de lo que la propia prueba puede evidenciar.

No en balde, se ha señalado:

“En un Estado social de derecho y de Justicia, donde los derechos de la colectividad están por encima de los individuales, donde para mantener el tejido social hay que hacer justicia, la institución constitucional de la flagrancia tiene que estar por encima de algunos derechos humanos individuales, ya que la lucha contra el delito en general, es una defensa social que en un estado de justicia se complementa con el proceso.

Ante la relevancia y la enfermedad social que causan ciertos delitos, su persecución, respetando los derechos humanos absolutos, se coloca por encima de algunos de derechos humanos individuales.

La prevención del mal social tiene tanto fundamento constitucional como los derechos humanos individuales (...)” (vid. op. cit. p. 81).

Es la reprobación de lo que se califica como “mal social”, entre otras circunstancias, lo que debe condicionar la interpretación de las instituciones que inspiran las normas, entre ellas, la flagrancia. Por ello, lo que se trata aquí es de reconceptualizar viejos conceptos, de precisar cómo esta institución que nació en el derecho procesal penal adquiere sus características propias dentro del ámbito de los Derechos Humanos, volviéndose un concepto novedoso que estatuye las leyes especiales de discriminación positiva; y de cómo, sin irrespetar el *test* de la razonabilidad y el de la proporcionalidad, se puede garantizar el derecho de las mujeres a tener una vida libre de violencia, más aun cuando es obligación de la jurisdicción constitucional construir una jurisprudencia progresiva más próxima con la realidad y con las necesidades sociales; es decir, más representativa de la complejidad y de la pluralidad de la idea de justicia tal como está siendo reclamada socialmente.



En ese sentido, el *test* de la razonabilidad y de la proporcionalidad es el punto de apoyo de la ponderación entre bienes jurídicos de rango constitucional. Su aplicación implica: la adecuación de los medios implementados para conseguir un fin válido; la necesidad de instrumentar ese medio; y la proporcionalidad propiamente dicha entre el medio y el fin. De estos tres parámetros el segundo es el de mayor dificultad, porque implica que no debe existir un medio menos gravoso para lograr el objetivo. Trasladadas estas nociones a los delitos de género, la concreción del *test* de la razonabilidad y de la proporcionalidad implica que el fin constitucional (la protección de las mujeres víctimas de la violencia de género) sólo puede ser logrado de forma efectiva, en lo inmediato, mediante las medidas cautelares de protección, entre ellas, la detención del agresor cuando es sorprendido *in fraganti*; pero determinar si esta medida cautelar de protección es la menos gravosa no puede ser hecha exclusivamente desde la óptica del agresor, que pretende el derecho a la libertad personal estipulado en el artículo 44 de la Constitución; sino también desde la óptica de la mujer víctima, que invoca su derecho a la vida libre de violencia con fundamento en los artículos 55 y 22.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Sólo de este modo la ponderación de los bienes jurídicos constitucionales en conflicto adquiere una dimensión real en el ámbito del juzgamiento de los derechos constitucionales en conflicto, recayendo en el juez la responsabilidad de ponderar los aludidos bienes jurídicos, y de aquilatar la efectividad de la medida positiva de protección.

El núcleo del asunto radica en la ponderación que merece los valores protegidos constitucionalmente a la mujer víctima y al agresor. Este ejercicio de razonabilidad evita que la detención del agresor o del sospechoso sea arbitraria, además de tenerse que cumplir con los requisitos legales establecidos para la flagrancia con las particularidades que para

este tipo de delitos se desprende del tema probatorio. En definitiva, se instrumenta una medida de protección efectiva a favor de la mujer víctima de la violencia de género, y se le garantiza al agresor o sospechoso que cuando esa medida se instrumenta se hará en apego a los requisitos que para determinar la flagrancia instrumenta el ordenamiento jurídico; eso sí, con una visión real de las dificultades probatorias que aparejan los delitos de género.

Con base en esta idea, debe superarse en los delitos de género el paradigma del “testigo único” al que se hizo referencia párrafos atrás; aunque como contrapartida, tiene que corroborarse el dicho de la parte informante con otros indicios esclarecedores que permitan establecer el nexo de causalidad entre el delito y su autor o sospechoso. En efecto, es innegable que los delitos de género no se cometen frecuentemente en público, por lo que la exigencia de un testigo diferente a la mujer víctima para determinar la flagrancia en estos casos es someter la eficacia de la medida a un requisito de difícil superación. Al ser ello así, hay que aceptar como válido el hecho de que la mujer víctima usualmente sea la única observadora del delito, con la circunstancia calificada, al menos en la violencia doméstica; de que los nexos de orden familiar ponen a la mujer víctima en el estado de necesidad de superar el dilema que significa mantener por razones sociales la reserva del caso o preservar su integridad física. Por tanto, para determinar la flagrancia no es imprescindible tener un testimonio adicional al de la mujer víctima, lo que sí es imprescindible, como se explicará de seguidas, es corroborar con otros indicios la declaración de la parte informante.

No puede entenderse ni presumirse *“que en todos los casos de denuncia de violencia de género se presuponga, de entrada, [que] hay flagrancia”*, pues tiene que corroborarse con otros indicios la declaración de la parte informante (vid. sent. SC/TSJ N°

1597/2006 de 10 de agosto). De hecho, al recibir la petición del Fiscal del Ministerio Público, el Juez de Control debe determinar igualmente los tres supuestos a que se hicieron referencia (que hubo un delito flagrante, que se trata de un delito de acción pública, y que hubo una aprehensión *in fraganti*). Por tanto, la verosimilitud de estos tres supuestos no se deducen únicamente del dicho de la mujer víctima, se debe deducir también, como hemos venido diciendo, del cúmulo probatorio que es de fácil obtención; pues, al ser los delitos de género en su mayoría una subespecie de los delitos contra las personas, la identificación del agresor y la vinculación de éste con el delito deriva de las pruebas que, por lo general, se hallan en la humanidad de la mujer víctima y en la del victimario, o están en su entorno inmediato.

En ese sentido, para corroborar la declaración de la mujer víctima deben perseguirse dos cosas: a) los elementos que hagan sospechar la comisión del delito; y b) los elementos que hagan sospechar del autor de ese delito. Respecto del primero, si el subtipo de delito de género así lo permite, será el examen médico forense el que determinará la comisión del delito; no obstante, en los casos de violencia si las lesiones son fácilmente visibles, al punto de que el funcionario receptor de la información puede presumir que la mujer víctima fue objeto de malos tratos físicos, el examen para determinar la flagrancia bien puede postergarse. Sin embargo, consciente de que en los delitos contra las personas (al menos en las lesiones) la prueba que demuestra la comisión del delito es el examen médico forense, quiere insistir la Sala en que la postergación del examen es sólo a los efectos de la detención *in fraganti*, recuérdese que se trata de sospechas fundadas. Para acudir a juicio la realización del examen médico forense es indispensable.

En lo que atañe a la autoría, el órgano receptor de la información recabará de **inmediato** los elementos de convicción que hagan sospechar de la persona señalada por la mujer víctima como el agresor. En este punto, la Sala no quiere desarrollar exhaustivamente las hipótesis desconociendo la experiencia que sobre este tema, como es natural, poseen en abundancia los órganos policiales; sin embargo, cabe aclarar que se trata de simples pero de fundados elementos, por ejemplo: que el entorno del victimario (o el de ambos si conviven) evidencia una escena violenta, o si existen signos de lucha o sangre en el cuerpo del señalado, o si existe reincidencia, etcétera. Lo importante es que se recaben con diligencia las pruebas necesarias a fin de que la medida de protección a favor de la mujer víctima no pierda eficacia.

La necesidad de corroborar el dicho de la parte informante con otros indicios esclarecedores que permitan establecer el nexo de causalidad entre el delito de género y su autor o sospechoso también aplica para el supuesto en que haya “persecución”, pues la persecución deriva de la comisión in fraganti del delito. Lo importante es que la persecución sea continua y que se haya generado con motivo del delito, por tanto puede producirse inmediatamente o después en caso de que haya sospecha fundada de quién es el agresor, obtenida con motivo de la ejecución del delito flagrante.

En definitiva, la flagrancia en los delitos de género viene determinada por la percepción que se tiene de los elementos que hacen deducir, *prima facie*, la relación de causalidad entre el delito y el supuesto autor, causalidad que deberá demostrarse y/o desvirtuarse en el proceso. Como consecuencia jurídica directa acarrea la detención *in fraganti*, esto es, sin orden de inicio de investigación y sin orden judicial, ello para asegurar la tutela del objeto jurídico protegido; esto es, de integridad física de la mujer víctima.

## IV

### DECISIÓN

De conformidad con las razones expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, interpreta, en los términos expuesto en la parte motiva del presente fallo, la norma contenida en el artículo 44.1 del Texto Fundamental, en cuanto a la aplicación de la institución de la flagrancia a los delitos de género.

Se **ORDENA** incorporar en la página principal del sitio de Internet de este Tribunal mención destacada de la existencia de este fallo, con remisión a su contenido, con el siguiente texto: *“La Sala Constitucional interpretó el artículo 44.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con ocasión a la instrumentación de la flagrancia en los delitos de género”*.

Se **ORDENA** la publicación de la presente decisión en la Gaceta Oficial, en cuyo sumario se indicará *“Sentencia de la Sala Constitucional que interpreta el artículo 44.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con ocasión a la instrumentación de la flagrancia en los delitos de género”*.

Remítase copia certificada de la presente decisión al Ministro de Interior y Justicia para que dicho funcionario haga del conocimiento de la presente sentencia a las consultorías jurídicas de todas las policías del país (nacionales, estatales o municipales).

Publíquese y regístrese. Cúmplase lo ordenado. Archívese el expediente.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Sesiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 15 días del mes de febrero de dos mil siete (2007). Años 196° de la Independencia y 147° de la Federación.

La Presidenta,

**LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO**

El Vicepresidente,

**JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO**

Los Magistrados,

**PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ**

**FRANCISCO A. CARRASQUERO LÓPEZ**

**MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN**

**CARMEN ZULETA DE MERCHÁN**

Ponente

**ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES**

El Secretario,

**JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO**

Exp.- 06-0873

CZdeM/jlv