

VERDAD Y FLAGRANCIA

Carlos Simón Bello Rengifo



VERDAD Y FLAGRANCIA

CARLOS SIMÓN BELLO RENGIFO
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

Resumen

Filósofos y juristas, desde la antigua Grecia hasta el presente, se han ocupado de la verdad en general, tema que ocupa un lugar importante en las leyes procesales penales, pues establecer la verdad de los hechos es uno de los objetivos del proceso penal; no obstante, el conocimiento de estos no ha merecido igual interés, porque se han considerado evidentes o se recurría a ritos para su descubrimiento. Presentar el modelo epistemológico más adecuado a los fines y valores del derecho penal moderno y su aplicación a la flagrancia en el derecho comparado es el propósito de este artículo. El realismo moderado es la opción que se propone.

Palabras clave: percepción, epistemología, inducción, deducción, semántica.

El autor: doctor en Derecho, investigador del Instituto de Ciencias Penales de Universidad Central de Venezuela. Correo electrónico: bellocarlossimon@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-3236-054>

Recibido: 17 de diciembre de 2020; **evaluado:** 3 de septiembre de 2021; **aprobado:** 15 de septiembre de 2021

TRUTH AND FLAGRANCY

CARLOS SIMÓN BELLO RENGIFO
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

Abstract

Philosophers and jurists have meditated about general truth from ancient Greece to the present. Establishing the truth of the facts is one of the objectives of procedural laws—thus making it a relevant legal issue—yet the knowledge of facts was not always given the same importance as today, especially since it was believed that magic or rites could be used to discover it. However, the rationalization of law and the demand for forms that respect human rights restore the normative importance of the theme of truth. This paper aims to present the most appropriate epistemological model for discovering the truth according to the values and purposes of modern criminal law and its application to flagrancy in comparative law. Moderate realism is the proposed option.

Keywords: perception, epistemology, induction, deduction, semantics.

About the author: PhD in Law, Researcher at the Institute of Criminal Sciences of the Universidad Central de Venezuela. Email: bellocarlossimon@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-3236-054>

Received: December 17, 2020; **evaluated:** September 3, 2021; **approved:** September 15, 2021

VERDADE E FLAGRÂNCIA

CARLOS SIMÓN BELLO RENGIFO
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

Resumo

Filósofos e juristas, desde a antiga Grécia até a atualidade, vêm tratando da verdade em geral, tema que tem lugar importante nas leis processuais penais, pois estabelecer a verdade dos fatos é um dos objetivos do processo penal; contudo, o conhecimento destes não vem merecendo interesse igual, porque têm sido considerados evidentes ou era recorrido a rituais para seu descobrimento. Apresentar o modelo epistemológico mais adequado para os objetivos e os valores do direito penal moderno e sua aplicação à flagrância no direito comparado é o propósito deste artigo. O realismo moderado é a opção proposta.

Palavras-chave: percepção, epistemologia, indução, dedução, semântica.

O autor: doutor em Direito, pesquisador do Instituto de Ciências Penais da Universidad Central de Venezuela. Correio eletrônico: bellocarlossimon@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-3236-054>

Recebido: 17 de dezembro de 2020; **avaliado:** 3 de setembro de 2021; **aprovado:** 15 de setembro de 2021

Introducción

“Conoceréis la verdad y la verdad os hará libres”.¹

La vida obliga a pensar y pensar obliga a buscar la verdad. Esta búsqueda impulsa el ansia de conocer, sin lo cual la vida humana en poco o nada se diferencia del mundo de las bestias, pues el conocimiento satisface necesidades tanto existenciales como metafísicas.

Un singular vínculo une el conocer con su objeto y con la conciencia de libertad, porque si, de algún modo, el conocimiento nacido del desobediente orgullo priva al individuo de su inocencia, es el conocer la verdad lo que le puede restaurar la condición perdida. Se trata de descubrir la verdad que la desobediencia ocultó tras un falso conocimiento.

La verdad encierra las claves del conocimiento, pero además es camino de la superación moral y espiritual del ser humano. Como vocación de conocimiento ha abierto los senderos de la ciencia y del pensamiento iluminados por la razón, mas también se descubre por otros caminos que son aquellos propios del espíritu. Ambos pueden encontrarse, aunque durante varios siglos la humanidad se ha aferrado a una estéril separación. No hay tal abismo entre la razón y las fuerzas más poderosas del espíritu. En ambos hay una revelación, pero es distinta según los caminos que a ella nos conducen y, si bien no son idénticas las emociones que en uno y otro caso ocurren, hay un mínimo de coincidencia que las acerca y reclama su mutua presencia.

La búsqueda de la verdad es la fuerza impulsora que nos lleva a descubrir nuestra dimensión espiritual, moral, social y artística, que enmarca las áreas del saber y de la actividad humana.² De este reto no escapa el mundo del derecho, en el cual

¹ *Nueva Biblia Española* (Madrid: Cristiandad, 1975), Jn: 8, 31-38.

² Como afirma Augusto Pérez Lindo, por distintos motivos, el problema de la verdad ha inquietado a todos los seres humanos; la noción de “verdad” ha contribuido a dividir el mundo político entre concepciones que se apoyan en distintas ideas sobre esta. Por eso, en vez de unificar al género humano, al menos, en la búsqueda de su sentido, cuando se toma en sentido absoluto por obra del “fanatismo, la intolerancia y el dogmatismo”, se oscurece la verdad, se provocan guerras y se “justifica” el exterminio del enemigo, es decir, de aquel que no reconoce “mi verdad” como “la verdad”. La verdad no solo es, entonces, un problema filosófico, ámbito donde hay distintas concepciones, sino también un problema político que fertiliza fuerzas y debates, muchas veces expuestas en el terreno bélico. Augusto Pérez Lindo, “El problema de la verdad” en *El problema de la verdad: estudios sobre Platón, Aristóteles, Descartes, Nagarjuna, Kant, Nietzsche y Sartre*, comp. Augusto Pérez Lindo (Buenos Aires: Biblos, 1993), 10.

convergen las dimensiones moral y social y, de modo muy particular, en el derecho penal, en el que la voz de la justicia reclama con mayor vigor que tanto el castigo como la absolución dependan de la determinación de la verdad de los hechos y de su autoría, pues de otra manera no se honra la justicia.

En el imaginario colectivo, el derecho punitivo es el instrumento jurídico por excelencia para castigar, cuyas formas más dramáticas son la muerte y la cárcel. Solo en los círculos académicos se asocia el derecho penal a la libertad en positivo, como garantía del estado de libertad; aun así, es una garantía que se funda en la proclamación de la verdad que, como derecho, reclaman la víctima, el acusado y la sociedad. Aunque muchas veces la pasión oscurece, el sentimiento de la justicia puede iluminar. Si las pasiones que el delito desata no se amainan por la justicia, entonces la verdad tampoco se alcanza. Para ello no es suficiente que un órgano de autoridad exprese cuál es la verdad, ya que, por una razón difícil de desvelar, la verdad, como la justicia, no solo se dicen: por encima de todo, se sienten.

El derecho, aunque no es ajeno a las esferas sensibles y emotivas del ser humano, es una elaboración racional, es decir, “obra humana” que, como dice Radbruch, “sólo puede ser comprendida a través de su idea”.³ La comprensión del derecho significa filosofar sobre el derecho, lo que conduce a explorar sus fundamentos ético-políticos, su contexto y sus fines, que se debaten entre la solución y la prevención de los conflictos sociales, con la conducción de las voluntades e intereses mediante su racional formalización. Así, la verdad sustenta la justicia y la justicia, además, tiende a resolver los conflictos sociales al fortalecer la seguridad de los coasociados.

El derecho en los Estados modernos, no necesariamente liberales, es primordialmente una creación racional, de donde se sigue la exigencia de su racionalización, que crece de monta cuando le corresponde garantizar la libertad y evitar el abuso del poder punitivo del Estado: en el campo del derecho penal liberal, prima el principio de legalidad. Mas el derecho penal requiere unos instrumentos que le permitan, desde la abstracción de sus valores, principios y normas, acceder a los hechos reales; es entonces cuando el derecho procesal penal interviene, con la secuela de modificaciones que el mundo penal abstracto sufre, no obstante las posiciones teóricas que inútilmente proclaman una simple condición servil del proceso penal.

³ Gustavo Radbruch, *Filosofía del derecho* (Madrid: Revista de Derecho Privado, 1944), 11.

En consecuencia, el derecho procesal penal se materializa en el proceso penal mediante una actividad secuencial que concluye en el establecimiento de la verdad del hecho y de las bases del reproche (culpabilidad) de quien lo ejecutó, pilares de la pena.

Tal establecimiento suele estar rodeado de medidas que restringen los derechos que, aunque parezca paradójico, pretende resguardar. Por nuestra condición histórica y cultural, en ocasiones la protección de los derechos va unida a su restricción, ya que, en el encuentro del mundo abstracto del derecho con el mundo concreto de los hechos, el primero se encuentra con otros reclamos —los de la víctima, los de la sociedad, los que provienen del derecho a la seguridad—, entre los cuales debe alcanzar un prudente equilibrio, no sin intromisiones de esquemas ideológicos que lo alteran.

Las formas de alcanzar la verdad se configuran según el modelo procesal y, por vía de consecuencia, el probatorio, que dentro del paradigma garantista contemporáneo supone una actividad controversial entre el acusador, el Ministerio Público y el acusado ante el juez que dicta la sentencia. De allí que la verdad no versa sobre un hecho evidente, porque ni el que juzga ni el que acusa ha presenciado el hecho sobre el cual proclama verdad.

Sin embargo, hay figuras probatorias que abrigan observaciones directas, con resultado diverso. En algunos casos llevan a formar el juicio del juez o la convicción del fiscal y, en otros, son la condición de la inmediata privación de libertad. Lo que debe resultar de la ponderación judicial de una actividad investigativa y probatoria, sea para dictar una prisión cautelar o una sentencia definitiva, en este caso es un acto extraprocesal que autoriza la privación de libertad, de breve duración, hasta tanto el órgano competente lo ratifique, lo revoque o lo sustituya por otro menos gravoso. Se trata de la flagrancia.

Examinar en qué consiste y de qué manera las formas que la determinan son o no una garantía de valores fundamentales —entre ellos, el derecho a la verdad— es el objetivo de este trabajo.

A tal fin, nos vamos a referir a las formas que han adoptado los Códigos Procesales del área subcontinental de habla hispana que han acogido el modelo acusatorio⁴ es decir, de Argentina,⁵ Bolivia,⁶ Chile,⁷ Colombia,⁸ Ecuador,⁹ Panamá,¹⁰ Paraguay,¹¹ Perú,¹² Uruguay,¹³ Venezuela¹⁴ y México.¹⁵ Por su relación histórica y cultural, introducimos algunas referencias a España¹⁶ e Italia.¹⁷

Por razones de espacio, excluimos los procedimientos que estas legislaciones prevén para los hechos descubiertos en flagrancia o equiparados como tales, aunque los indicaremos tangencialmente.

1. Verdad y proceso

Adoptamos como premisa que la verdad no es un atributo de los hechos, sino de proposiciones sobre ellos. Los hechos existen o no existen, sea cual fuera su plano

⁴ Un estudio particularizado del proceso de adopción del modelo acusatorio en América Latina se encuentra en Julio Maier, Kai Ambos y Jan Woischnik, comps., *Las reformas procesales penales en América Latina* (Buenos Aires: AdHoc, 2000).

⁵ República Argentina, Presidencia de la República, *Decreto 118 de 2019*, “Por el cual se aprueba el texto ordenado del Código Procesal Penal Federal” (Buenos Aires: *Boletín Oficial* núm. 34 052, 8 de febrero de 2019).

⁶ Estado Plurinacional de Bolivia, Asamblea Legislativa, *Ley 1970 de 1999*, “Código de Procedimiento Penal” (La Paz, 25 de marzo de 1999).

⁷ República de Chile, Congreso Nacional, *Ley 19 676 de 2000*, “Por el que se establece el Código Procesal Penal” (Santiago, 29 de septiembre de 2000).

⁸ República de Colombia, Congreso de la República, *Ley 906 de 2004*, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal” (Bogotá: *Diario Oficial* núm. 45 658, 1 de septiembre de 2004).

⁹ República del Ecuador, Asamblea Nacional, *Por el cual se aprueba el Código Orgánico Integral Penal* (Quito: *Registro Oficial* núm. 180, 10 de febrero de 2014).

¹⁰ República de Panamá, Asamblea Nacional, *Ley 63 de 2008*, “Código de Procedimiento Penal” (Panamá: *Gaceta Oficial* núm. 26 114, 28 de agosto de 2008).

¹¹ República del Paraguay, Congreso de Paraguay, *Ley 1286 de 1998*, “Código Procesal Penal” (Asunción, 8 de julio de 1998).

¹² República del Perú, Presidencia de la República, *Decreto Legislativo 957 de 2004*, “Nuevo Código Procesal Penal” (Lima, 22 de julio de 2004).

¹³ República Oriental del Uruguay, Asamblea General, *Ley 19 293 de 2014*, “Aprobación del Código de Proceso Penal” (Montevideo: *Diario Oficial* núm. 29 127, 19 de diciembre de 2014).

¹⁴ República Bolivariana de Venezuela, Asamblea Nacional, *Ley orgánica de reforma del Código Orgánico Procesal Penal* (*Gaceta Oficial* núm. 6.644, 17 de septiembre de 2021).

¹⁵ Estados Unidos Mexicanos, Presidencia, *Código Nacional de Procedimientos Penales* (Ciudad de México: *Diario Oficial de la Federación*, 5 de marzo de 2014).

¹⁶ Reino de España, Rey de España, *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882*, “Por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal” (Madrid: *Gaceta de Madrid* núm. 260, 17 de septiembre de 1882).

¹⁷ República Italiana, Presidencia de la República, *Código de Procedimiento Penal* (Roma: *Registro Oficial* núm. 224, 3 de julio de 1989).

de realidad;¹⁸ lo que resulta verificable, en términos de verdad o falsedad, es lo que de ellos se afirma o se niega. En consecuencia, tiene una condición semántica, pero no se agota ahí, pues expresa también un valor que puede actuar como principio jurídico (condición axiológica)¹⁹ —al considerarse uno de los fundamentos de la legitimidad del sistema o de la validez de actos en particular, tanto judiciales como legislativos— o como fin procesal (condición teleológica), no solo en las disposiciones sobre actos probatorios —en especial en la regulación de la prueba testimonial—, sino también como objetivo del proceso o de algunas de sus fases, como se puede desprender, por ejemplo, de los textos procesales penales de Ecuador,²⁰ México,²¹ Paraguay²² y Venezuela.²³ Su dimensión teleológica determina la necesidad de la consideración epistemológica, al entender el proceso como un método para descubrir y proclamar la verdad, en su relación medio a fin.

Esta relación es uno de los temas que ha merecido densa atención por parte de la doctrina, incluso por exponentes del materialismo histórico²⁴ y no solo por los

¹⁸ La realidad es múltiple, porque múltiples son las posibilidades de existencia. Real, en el mundo literario, es Otelo, por ejemplo. De otra forma, no podríamos sostener que hay una buena o mala representación de Otelo. Reales son los pensamientos, como los sentimientos, solo que Otelo, la monadología de Leibniz o el amor, no tienen la misma composición factual que un puente y por eso son también diferentes los métodos para acceder a ellas y de cada plano de existencia se pueden afirmar falsedades y verdades.

¹⁹ Como condición axiológica y principista puede considerarse incluida en el principio de la buena fe procesal que algunos Códigos Procesales acogen como norma reguladora de la actuación de las partes, por ejemplo, los Códigos Procesales Penales de Colombia (art. 140:1), México (art. 107) y Venezuela (art. 105). Un asunto digno de estudio, que escapa a los objetivos de este trabajo, es establecer el alcance de la verdad como contenido de la buena fe en el proceso penal. Joan Picó i Junoy cita jurisprudencia constitucional española que justifica la mentira en el proceso penal. Dejamos a salvo lo que arroje una reflexión más profunda sobre el tema y nos atrevemos a considerar que no se trata del derecho a mentir, sino de su permisión, lo que tampoco erradica de la buena fe el valor de la verdad como uno de sus componentes. Joan Picó i Junoy, *La buena fe procesal* (Bogotá: Ibáñez, 2011), 102.

²⁰ Difusión de la verdad histórica, aunque incluida entre los fines de los mecanismos de reparación integral. República del Ecuador, Asamblea Nacional, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 78; esclarecimiento de la verdad, incluido entre los deberes del fiscal del Ministerio Público. República del Ecuador, Asamblea Nacional, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 444.

²¹ Implícita en el esclarecimiento de los hechos que el artículo 213 atribuye a uno de los objetivos de la fase de investigación. Estados Unidos Mexicanos, Presidencia, *Código Nacional de Procedimientos Penales*, art. 213.

²² Uno de los objetivos de la fase de investigación es el “descubrimiento de la verdad”. República del Paraguay, Congreso de Paraguay, *Ley 1286 de 1998*, art. 279.

²³ Entre los fines del proceso están “establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho”. República Bolivariana de Venezuela, Presidencia de la República, *Decreto 9 042 de 2012*, “Mediante el cual se dicta el decreto con rango, valor y fuerza de Ley del Código Orgánico Procesal Penal” (Caracas: *Gaceta Oficial* núm. 6078, 15 de junio de 2012),. art. 13.

²⁴ “El establecimiento de la verdad es el objetivo más importante del procedimiento penal; los diversos sistemas procesales utilizan vías diferentes para alcanzar este objetivo [...]. Lo que el juez establece (reconoce o afirma) debe corresponder a la [...]”. Tibor Király, *Procedimiento criminal: verdad y probabilidad* (La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1988), 148.

representantes del pensamiento jurídico liberal moderno y contemporáneo, lo que revela su magnitud, Además, como dice Ferrajoli, es uno de los más difíciles de la teoría procesal penal, ya que nos remite a la filosofía general, es decir, se trata de un “problema filosófico por excelencia” que es “ciertamente difícil y controvertido”.²⁵

Ferrajoli apunta que la verdad tiene en el ámbito procesal una faz de tipo preceptivo, que hemos ubicado en el ámbito teleológico, también de tipo axiológico y, por supuesto, epistemológico.

En cuanto *telos* está reconocido por los textos procesales de modo implícito o explícito, sea como norte de determinados actos, fases o del proceso en general, incluso interpretado como de rango constitucional, en aquellos órdenes que vinculan la pena al establecimiento del hecho, es decir, “nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”,²⁶ pues la condena solo es justa si el juez ha descubierto la verdad de ese hecho.²⁷

Esclarecer la verdad es uno de los fines del proceso, proposición que la doctrina admite sin mayores reservas. Lo que el juez establezca debe corresponder a la verdad —“debe ser verdad”—; para ello es indispensable que esté convencido de que los hechos que afirma se ajustan a la realidad, es decir, son verdaderos.²⁸

En cuanto al marco teórico, vale decir que alude a concepciones políticas más generales, que prescriben un determinado modo de entender y regular la relación del individuo con la sociedad y el poder político, es decir, se entronca con una visión antropológica y ético-política que, en nuestro caso, corresponde al liberalismo manifestado en el garantismo que, llevado a su mínima expresión —pues no es el caso de extenderse en consideraciones más profundas—, lo entendemos como una teoría multidimensional que comprende un modelo normativo de derecho que sitúa el principio de legalidad como rector del derecho penal propio del Estado de derecho;

²⁵ Luigi Ferrajoli, “Prólogo” en *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, ed. Nicolás Guzmán (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006), I.

²⁶ República Argentina, *Constitución de la Nación Argentina* (Buenos Aires, 1853/1994), art. 18.

²⁷ Raúl Washington Abalos, *Derecho procesal penal*, Tomo I: cuestiones fundamentales (Mendoza: Jurídicas Cuyo, 1993), 248.

De modo similar, se puede decir que el valor de la verdad tiene rango constitucional en el caso venezolano, dado que su Constitución vigente, de 1999, establece en su artículo 257 que “El proceso constituye un elemento fundamental para realización de la justicia” y mal puede concebirse que haya justicia sin proclamación de verdad. República Bolivariana de Venezuela, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* (Caracas: Ediciones de la Asamblea Nacional, 1999), art. 257.

²⁸ Andrey Vishinski, *Teoría de la prueba* (Montevideo: Pueblo Unido, 1950), 139.

una teoría jurídica que distingue el ser y el deber ser del derecho, es decir, entre el derecho vigente y el válido, por lo cual es también crítico. Es filosofía del derecho y crítica de la política que impone al Estado la justificación de su intervención y, a su vez, supone la separación entre derecho y moral.²⁹

Establecidas las dimensiones axiológica y teleológica de la verdad, resta la epistemológica, que abarca la semántica, desde el entendido de que la elección epistemológica es un momento filosófico del pensamiento jurídico, con raíces políticas e ideológicas³⁰ que consideramos apropiadas para el garantismo. La visión epistemológica de la verdad en perspectiva jurídica procesal penal es, entonces, nuestro próximo paso.

2. Epistemología y proceso penal

La acción cognoscitiva del ser humano, si se permite el pleonismo, emerge del desconcierto que causa la realidad circundante o psíquica, que procura la certeza que aquietta la sensación de inseguridad que la ignorancia cultiva, lo que incluye consciencia de la propia ignorancia y el deseo de su satisfacción. Se ansía una certeza plena, absoluta y, aunque no se obtenga de inmediato, el quehacer cognoscitivo la persigue hasta en el crepúsculo de la probabilidad, para evocar la poética expresión de Locke. Certeza de verdad.

El descubrimiento de la verdad por obra de la razón se ha desplegado mediante dos procesos mentales básicos —inductivo y deductivo—,³¹ pero si el segundo brinda plena certeza, es al precio de no acrecentar el conocimiento, lo que sí logra el primero, con el costo de no ofrecer absoluta seguridad de la verdad, mas con la ventaja de suministrar los medios que han permitido el desarrollo de la ciencia y la tecnología que, sin negar sus males, tantos beneficios está brindando a la humanidad.

A partir de la premisa de que la verdad se declara sobre enunciados de tipo fáctico, se concluye que el proceso mental para demostrarla es inductivo, con una diferencia

²⁹ No es el lugar para entrar en precisiones que podrían marcar diferencias respecto a los postulados y consecuencias planteadas por Ferrajoli. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón* (Madrid: Trotta, 1995), 852-854.

³⁰ Ideológico no en el sentido del materialismo histórico, sino en uno más inmediato, como conjunto de ideas propias o periféricas de cualquier sector de la realidad que sea objeto de conocimiento.

³¹ La abducción como tercera posibilidad planteada por Peirce y sus seguidores no ha alcanzado el mismo reconocimiento que los otros dos, como un proceso racional lo suficientemente diferente de la inducción. Marina Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3a ed. (Madrid: Marcial Pons, 2010), 99.

importante cuando se trata del mundo jurídico, ya que a este no le corresponde el conocimiento de leyes universales, sino de acontecimientos individuales, históricos, para lo cual dichas leyes son solo de apoyo. Sin embargo, también requiere del horizonte filosófico de la teoría de la verdad, que pone en evidencia la influencia que sobre la epistemología jurídica de los hechos ejerce la epistemología general. En ese marco teórico de la verdad, la semántica³² ocupa lugar de primacía en la epistemología jurídica sobre los hechos. Luego se verá por qué.

La adopción de la teoría semántica de la verdad no cumple, por supuesto, todos los requerimientos de la epistemología jurídica de los hechos. Como el mismo Tarski reconoce, su propuesta “nada implica respecto de las condiciones en que puede afirmarse una oración tal como *La nieve es blanca*”.³³ Y al derecho le corresponde no solo asentar la verdad de lo que enuncia respecto a los hechos, sino también establecer cuáles son los fundamentos extrasemánticos de la verdad que propone. De allí se sigue que la teoría debe vincularse a un modelo epistemológico que satisfaga las necesidades y condiciones del derecho, aunque ello no ha sido siempre así.

La relación del derecho con los hechos ha pasado por diversos tramos, según la concepción que reine sobre esta en el hecho antijurídico (concretamente, el delito) y en el pecado e igualmente sobre los modos de formalización de la razón. Hubo un período en el cual la verdad sobre los hechos no era un tema relevante para el derecho, porque se consideraban evidentes o se creía que se revelaban por actos de magia o invocaciones rituales.³⁴

No fue sino con la secularización del derecho que la racionalidad jurídica llegó a su plenitud hacia mediados del siglo XVIII, cuando los vicios morales se desplazaron del mundo jurídico, ganó impulso la racionalización de los medios jurídicos del conocimiento del mundo fáctico y se llegó a la prueba tasada y luego a la libre

³² Tarski es su principal exponente, pues desarrolló con mayor rigor formal la propuesta aristotélica, de cita obligada, cuando se refirió al principio de no contradicción: “Decir, en efecto, que el Ente no es o que el No-ente es, es falso, y decir que el Ente es y que el No-ente no es, es verdadero; de suerte que también el que dice que algo es o no es, dirá verdad o mentira”. Aristóteles, *Metafísica* (Madrid: Gredos, 1998), 1011b, 25. 207.

“Consideremos la oración ‘*la nieve es blanca*’. Nos preguntamos en qué condiciones esta oración es verdadera o falsa. Parece claro que, si nos basamos sobre la concepción clásica de la verdad, diremos que la oración es verdadera si la nieve es blanca, y falsa si la nieve no es blanca”. Alfred Tarski, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, trad. Emilio Colombo (Buenos Aires: Nueva Visión, 1972), 13-14.

³³ Tarski, *La concepción*, 55.

³⁴ Gascón Abellán, *Los hechos*, 12.

convicción del juez.³⁵ Sin embargo, la influencia del pensamiento ilustrado perdió vigencia, cuando desvinculó la libre convicción de su justificación y se abrieron las puertas a la epistemología subjetivista. Tal proceso, según Ferrajoli, significó una de las páginas políticas “más amargas” e intelectualmente “más deprimentes de la historia de las instituciones penales”.³⁶ Mas no se crea que la epistemología subjetivista no ha contado con exponentes en tiempos modernos, sobre todo por quienes propugnan el antiformalismo afirmando que la prueba no es averiguación de la verdad, sino una actividad incontrolable e irracional, tesis no muy alejada de las visiones realistas norteamericanas defendidas por Jerome Frank.³⁷ Epistemología y racionalidad van de la mano; por eso, la racionalidad cognoscente puede concebirse como la conjunción de su objeto, su finalidad y sus premisas, y concluir que la racionalidad jurídica de los hechos en el derecho (procesal penal) liberal y garantista se estructura según unos hechos previamente delimitados por el lenguaje jurídico, por tanto, con un significado normativo; con una finalidad compleja, porque reúne la búsqueda de la verdad, canalizada por unos ciertos valores, y la solución del conflicto social³⁸ que encuadra el hecho; y unas premisas de tipo metafísico, metodológico y axiológico que, en conjunto, conforman un modelo epistemológico determinado.

El modelo cognoscitivista, explicado y desarrollado por Gascón Abellán, corresponde a una epistemología moderadamente realista que diferencia conceptualmente entre verdad y prueba, sobre la premisa metafísica de que existe algo distinto al sujeto, que es el objeto susceptible de ser conocido, no con absoluta certeza —reservada al conocimiento formal deductivo—, sino con alta probabilidad.

En síntesis, este modelo se ejecuta cuando “los procedimientos de fijación de los hechos se dirigen a la formulación de enunciados fácticos que serán verdaderos si los hechos que describen han sucedido y falsos en caso contrario”;³⁹ por tanto, sus enunciados han de ser “fácticos” y también “verdaderos” (teoría semántica). Ostenta,

³⁵ Gascón Abellán, *Los hechos*, 13-14.

³⁶ Gascón Abellán, *Los hechos*, 34.

³⁷ Gascón Abellán, *Los hechos*, 37.

³⁸ Como afirma Gascón Abellán, en la dualidad solución del conflicto-verdad, cada vez que se le da primacía al primero retrocede el interés por establecer la verdad, a lo que contribuye el sistema adversarial: “La desconexión entre verdad y proceso aparece aquí clara: el objetivo primordial del proceso (resolver el conflicto) se entenderá cumplido cuando se alcance una composición de intereses satisfactoria para las partes, con independencia de la verdad de los hechos que han originado la controversia”. Lo que, si bien tiene marcada presencia en el law of evidence, también se ha difundido en el civil law. Gascón Abellán, *Los hechos*, 39.

³⁹ Gascón Abellán, *Los hechos*, 49.

además, diversas ventajas: conceptuales, porque se ajusta más a las intuiciones de verdad de los hablantes; prácticas, porque lo que importa de los enunciados fácticos es su contenido de información sobre los hechos y, por último, valorativas, porque corresponde a una actitud crítica, como la que propone Ferrajoli, sin dogmatismos, y reconoce que un imputado puede ser inocente, aunque los tribunales sostengan lo contrario.⁴⁰

El realismo moderado se decanta en juicios de probabilidad que varían en intensidad desde el inicio del proceso penal hasta culminar en la emisión de la sentencia firme. Es en el momento inicial cuando la probabilidad emerge con suficiente fuerza para dar inicio a la investigación y a una de sus manifestaciones más importantes, la de la flagrancia, al punto que da lugar a la privación inmediata de la libertad y a procedimientos expeditos dispensados de una labor previa de investigación por parte del órgano estatal.

La “verdad de la flagrancia” se desprende de la percepción inmediata del hecho o de circunstancias que muchas leyes las equiparan a la percepción directa del hecho,⁴¹ de allí la pertinencia que el concepto de percepción tiene en la materia.

3. Verdad y percepción

Establecido que la propiedad verdad/falsedad se predica de las proposiciones cuyo objeto es el hecho, es decir, objeto comprobable, es preciso delinear el tipo de conocimiento que se obtiene mediante el proceso judicial en materia de flagrancia.

Aun a reserva de repetirlo después, la flagrancia se estructura a partir del conocimiento directo de la ejecución del hecho —lo que de suyo ocurre en la mayoría de los delitos por parte de las víctimas— que tiene como efecto el ejercicio del poder persecutorio y de aprehensión por parte del Estado, sea por sus propios órganos o por los particulares delegados.

El Estado utiliza su poder privativo de libertad en forma sucesiva, incluso alternativa, durante el desarrollo del *iter* procesal, y podría ordenarse así:

⁴⁰ Gascón Abellán, *Los hechos*, 63-64.

⁴¹ “Una evidencia sensorial, no bastando una presunción, por muy probable que se presente la comisión delictiva; es necesaria una real perpetración del hecho, no una mera sospecha”, dice Ricardo Martín Morales, citado por Raúl Palomino Amaro, “El delito flagrante”, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20081006_04.pdf (acceso julio 6, 2020).

- De modo inmediato, a raíz de la perpetración del hecho.
- De modo mediato, transcurrida la investigación, por medidas preventivas o por decisión dictada con la finalización del juicio.

Claro está que hay variaciones que no es el caso detallar, pero este breve esquema proporciona una visión general suficiente para los fines de este trabajo.

Cuando la persecución y la aprehensión ocurren de inmediato, se requiere el concurso de ciertas garantías que conspiren contra detenciones arbitrarias, garantías atinentes al contexto mismo del acto cognoscente, en el cual caben posibilidades fácticas diversas a las que se les reconoce un mismo efecto: perseguir y aprehender, consecuente del antecedente de la percepción.

Como se trata de un conocimiento directo al que la ley le concede un efecto invasivo al derecho a la libertad, con prescindencia del proceso investigativo, es necesario caracterizar ese acto de conocimiento, que es directo para la víctima y los observadores, pero no para los órganos estatales, el fiscal del Ministerio Público o el juez, encargados de legitimar dicho efecto. Empleamos el término “percepción” para caracterizar el conocimiento directo. Algunas palabras en cuanto a su posible definición.

En primer término, es congruente con su etimología, que intuitivamente suministra la idea de resplandor y, por tanto, de visible.⁴²

Ahora, como acto de conocimiento, hay distintas concepciones. Según Lalande, en un sentido general consiste en “sufrir una acción y reaccionar de manera adaptada”, es decir, se trata de un concepto distinto al del sentimiento, que es su efecto.⁴³ En

⁴² Se está realizando o ejecutando y es observado por alguien, precisamente porque es flagrante, que proviene del verbo flagrar, que es arder o resplandecer, tal como lo asienta la Real Academia. Alberto Arteaga Sánchez, *La privación de libertad en el proceso penal venezolano*, 2a ed. (Caracas: s/e, 2007), 72.

⁴³ Que la percepción es la primera de las facultades de la mente y la que proporciona las ideas simples, por vía de la reflexión, en la elaboración gradual del conocimiento, según el planteamiento de Locke es una tesis coherente con la gradualidad del conocimiento del hecho en el proceso penal. John Locke, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, trad. Edmundo O’Gorman (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1982), 122 y 528; André Lalande, *Vocabulario técnico y crítico de la filosofía*, Tomo II (Buenos Aires: El Ateneo, 1953), 958.

Antes de ellos, Aristóteles, sin hablar de percepción, pero sí de sensación, que es su efecto, sentenció que esta no es de sí misma, sino de “otra cosa, que necesariamente es anterior a la sensación, pues lo que mueve es anterior a lo que es movido, y, aunque estas cosas se digan correlativas, no menos”. Aristóteles, *Metafísica*, 1011^a, 201.

otro sentido, el más plausible, es el acto de organización de sensaciones presentes, sometidas a interpretación y complementación con imágenes y recuerdos, en virtud de lo cual el sujeto se opone a un objeto que supone distinto a él y, sin embargo, es conocido por él.⁴⁴ Es, por tanto, una experiencia la que funda los llamados juicios sintéticos, que permiten atribuir al sujeto un predicado que no proviene de la descomposición del primero.⁴⁵

El debate filosófico sobre la percepción es de los más densos y, por supuesto, no corresponde nada más que mencionarlo, pero sí destacaremos que la propuesta de Price es válida para nuestros fines: la creencia racional en términos de certeza, obtenida mediante un proceso mental por el cual el sujeto es consciente de la existencia del objeto material que sus sentidos registran.⁴⁶

En consecuencia, el delito en estado procesal de flagrancia supone que el aprehensor y el perseguidor tienen conciencia de que lo percibido existe en realidad, si por esto último entendemos la caracterización de un fenómeno ocurrido fuera de su mera imaginación o ilusión.

El grado de conocimiento más adecuado para la protección de las garantías, como recién expresamos, es, en el ámbito subjetivo del aprehensor, el que corresponde a la certeza, que determina en el agente del Estado, fiscal o juez, junto con otros elementos, la presunción razonable de que el sujeto aprehendido efectivamente cometió el hecho y de que el órgano probatorio, el sujeto que aprehende y persigue, se expresa con conciencia de verdad.

Sin embargo, en un esquema garantista, la sola afirmación del particular o del funcionario policial de la percepción del suceso no debe resultar suficiente para que el Estado confirme la detención, pues por cierta que el aprehensor considere la afirmación del proceso mental operado sobre su percepción, un solo elemento no debe alcanzar para intervenir en el derecho de libertad del coasociado y exponerlo a actos de riesgo por fruto de ilusiones o actos vengativos o perversos. De allí la necesidad de elementos materiales adicionales demostrativos, lo que choca con las particularidades de los delitos de mera conducta que se cumplen sin la intervención

⁴⁴ Aristóteles, *Metafísica*, 959.

⁴⁵ Immanuel Kant, *Crítica de la razón pura. Estética trascendental y analítica trascendental*, 5a ed., Trad. José del Perojo (Buenos Aires: Losada, 1967), 154.

⁴⁶ Richard Hirst, "La diferencia entre percibir por los sentidos y observar", en *La filosofía de la percepción*, comp. Geoffrey James Warnock (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1974), 53.

de medios y sin la alteración física de objetos, dificultad que se puede salvar con la exigencia de un concurso testimonial.⁴⁷

La consistencia de la base de la presunción razonable del órgano estatal es más débil a medida que el proceso de persecución-aprehensión está más “alejado” del momento perceptivo, sea porque este no existe y se trata de una inferencia o porque los comunicantes al Estado no lo han percibido por sí mismos y dependen del dicho de presenciales o de un clamor. Razones político-criminales y el diseño ideológico del proceso, que en definitiva descansa en la concepción sobre la relación entre el individuo y el poder, esto es, la tensión entre los derechos individuales y el poder de la sociedad jurídicamente instituida, son decisivos para la configuración legal, jurisprudencial y doctrinaria de la estructuración de dicha presunción.

Por tanto, la medida de “la verdad de la flagrancia” proviene de la conjugación entre la “certeza” del agente aprehensor mentalmente procesada desde la percepción del hecho y de su valoración como “presunción razonable” por parte del Estado. Tal valoración depende de la adecuación del fenómeno o hecho y la norma que lo informa. Acercarnos a esa configuración normativa es nuestro próximo paso.

4. Flagrancia y norma

El establecimiento de la verdad en derecho puede versar sobre los enunciados normativos y sobre los enunciados fácticos. En el primer caso, el proponente emite una proposición que sostiene que la norma procesal penal colombiana, por ejemplo, admite como flagrante un delito descubierto veinticuatro horas después de su perpetración, aunque haya habido interrupción en la persecución; o puede afirmar que Ticio fue sorprendido en determinado lugar y momento mientras cometía un delito de hurto. Tanto una como otra afirmación pueden ser sometidas a prueba y a continuación verificar su falsedad o verdad. La diferencia estriba en que en un evento el proponente habla de lo que dice la norma y en el segundo, de un suceso.⁴⁸

⁴⁷ “Delitos de mera conducta con efectos materiales” puede parecer una genuina aberración jurídica, que no es el caso analizar en detalle. Sin embargo, adelantamos que, si el delito se comete con la sola conducta corporal coetánea con la alteración del medio, no hay problema causal sobre la idoneidad del medio y tampoco el espinoso asunto del eje temporal entre la conducta y la modificación externa. El asunto, por supuesto, merece ser atendido con mayor detenimiento que el que permite esta nota y el objeto de este trabajo.

⁴⁸ En ambos casos hay un sentido jurídico, pues el “hurto” no es un hecho en bruto, y lo que “dice” una norma es tanto como develar su significado y este es jurídico. No todas las afirmaciones sobre normas son tan fácilmente verificables como el ejemplo, pero este es lo suficientemente gráfico, creemos, para demostrar la idea que abriga.

El proceso se configura con enunciados normativos que se refieren a hechos intraprocesales o extraprocesales, o contienen enunciados constitutivos de principios que encierran valores que están destinados a dar contenido, límites y sentido a los actos que realizan los sujetos procesales, al menos, dicho del modo más sintético posible. El estudio de esos enunciados y de las normas es materia del derecho procesal en general y del procesal penal, cuando se trata de hechos punibles.

La flagrancia se encuentra en el universo de las normas procesales que se refieren a un hecho previo al inicio del proceso penal, pero que opera como causa material de su inicio.⁴⁹ Determinar en qué consiste la flagrancia, cuál es su relación con la verdad y, en consecuencia, con el derecho a la libertad y a la seguridad ciudadana que, a su vez, es fuente del derecho a la verdad, exige el análisis del diseño normativo del hecho de la flagrancia. Ello nos obliga a unas muy breves consideraciones sobre el concepto de norma; por ser objeto de uno de los más enjundiosos de la ciencia jurídica y para que pueda rendir utilidad en estudios modestos y específicos como el presente, es necesario recurrir a algunas simplificaciones, que marginan distinciones y profundizaciones.

Las normas, en cuanto normas (enunciados normativos), no son verdaderas ni falsas, pero lo que de ellas se afirme o se niegue (proposiciones) sí puede ser objeto de juicios de verdad o falsedad.⁵⁰

En cuanto a su estructura, conforme a doctrina extendida, se asienta que se compone de antecedente y consecuente, vinculados por una cópula (imputación), cuyo sentido determina la especie de consecuencia y, por tanto, el tipo de norma: “[...] si la consecuencia del enunciado jurídico⁵¹ *E* es prescriptiva, también será prescriptivo el enunciado *E*; y si la consecuencia de enunciado jurídico *E* es cualificatoria, el

⁴⁹ Reservamos, con cierta libertad, la expresión causa formal para el pronunciamiento judicial, sea que provenga del juez o del fiscal, según la regulación legal, que acuerda iniciar la investigación.

⁵⁰ Ikka Niiniluoto, “Sobre la verdad de las proposiciones normativas” en *La normatividad del derecho*, comp. Aulis Aarnio, Ernesto Garzón Valdés y Jyrki Uusitalo (Barcelona: Gedisa, 1997), 219.

En sentido similar: “La diferencia entre norma y enunciado es la diferencia entre el significado de la proposición, en la cual se expresa el sentido del acto de voluntad, y el significado de la proposición, en la cual se expresa el sentido del acto de pensamiento. La proposición, cuyo sentido es un enunciado, describe algo. Es verdadera o falsa, lo cual quiere decir que representa o no aquello que describe. La proposición, cuyo significado es una norma, prescribe algo”. Hans Kelsen, *Teoría general de las normas* (Ciudad de México: Trillas, 1994), 168.

⁵¹ Para el autor citado, expresión equivalente a norma jurídica.

enunciado *E* también será cualificatorio”.⁵² Este tipo de normas no agota el universo jurídico, según el autor citado, pero es el mayoritario.

También se ha sostenido que la cópula que une el antecedente con el consecuente constituye el principio de imputación, debido al cual la conexión depende de un acto volitivo y no de una ley natural (causalidad), sin que a dicha consecuencia por imputación necesariamente le sigan otras, como sí sucede en el mundo de las leyes naturales.⁵³

Al margen de la discusión sobre un contenido en exclusiva imperativo o no de las normas y de sus especies, es suficiente, para nuestros fines inmediatos, con asentar la diferencia entre norma (enunciado normativo) y las proposiciones formuladas sobre ella (proposición normativa); que sobre estas caben juicios de verdad o falsedad, y que el antecedente fáctico recae sobre la conducta humana.

En el caso de la flagrancia, la norma sobre la que se estructuran las regulaciones legales puede ser puesta en distintas perspectivas en su manifestación legislativa. En cuanto al funcionario, es de tipo prescriptivo: le ordena un comportamiento de aprehensión, seguida o no de persecución; y es de tipo facultativo respecto al particular. De la misma manera, puede ser considerada en perspectiva de validez desde el respeto al goce y ejercicio de derechos fundamentales, en particular, el de la libertad.

En un grado mayor de abstracción puede sostenerse que su antecedente es “si existe flagrancia” y su cópula con el consecuente “el autor debe o puede ser perseguido o aprehendido”; en menor abstracción, que refleje con mayor concreción la configuración modélica de la flagrancia en los Códigos Procesales Penales analizados, se formularía así: “[...] si hay percepción de la comisión de un hecho punible o condición equivalente, el autor del hecho debe o puede ser perseguido y aprehendido”.

⁵² Los cualificatorios, que algunos llaman “reglas constitutivas” o “enunciados realizativos”, pueden ser cumplidos o no —por ejemplo, cuando la ley califica determinados bienes como inmuebles—; en cambio, los prescriptivos son asertivos, mandan u ordenan y pueden ser violados o no. Sin embargo, considera que los enunciados asertivos son susceptibles de verdad o falsedad, a diferencia de los cualificatorios. Rafael Hernández Marín, *Introducción a la teoría de la norma jurídica* (Barcelona: Marcial Pons, 1998), 232 y 233.

⁵³ Kelsen, *Teoría*, 41.

El antecedente remite a la cuestión fáctica que gira alrededor de un doble acto: la ejecución del hecho y el otro que hemos denominado percepción.⁵⁴

Bocetados los esquemas epistemológicos y normativos adoptados, procede ahora referirse a las elaboraciones legales de la flagrancia en los Códigos Procesales Penales que señalamos al inicio del presente artículo.

5. Modelos normativos de flagrancia

Los modelos predominantes son calificantes y no calificantes del hecho punible. Los primeros son los que determinan alguna propiedad del hecho para dar lugar a la calificación de flagrancia; ello no significa que no pueda haber lugar a la inmediata aprehensión y a la presentación ante el juez, pero el análisis del procedimiento posterior a la aprehensión, como advertimos, escapa al objeto de este artículo.

La mayoría de los Códigos estudiados emplean la expresión “hecho punible” o semejantes, como “conducta punible” (Panamá) o “hecho” en el de Bolivia. En cuanto a su grado de ejecución y su calificación, véase lo que sigue.

Pocas veces hay referencia al grado de ejecución y, por el contrario, se justifica la persecución y aprehensión después de haberse cometido, si existen algunas condiciones que por los momentos soslayamos. Por tanto, el grado de ejecución, la consumación y su tiempo posterior, siempre que sea inmediato, son de equivalente significación jurídica en la flagrancia. Además de la comisión del hecho, algunas legislaciones añaden que hay flagrancia cuando se intenta, como las de Argentina (art. 217, “en el momento de intentarlo”); Bolivia (art. 230); Paraguay (art. 239, “en el momento de intentarlo”); Italia (supuesto especial art. 38, “consumado o tentado”). Si bien no está incluido como supuesto de flagrancia, sí como de la detención inmediata, que es una de sus consecuencias, el artículo 490:1, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.

El peligro de la fórmula legislativa que incluye el “intento” consiste en la posible detención precipitada, guiada por la intuición o sospecha, que no deben ser la base de acciones privativas de derechos, salvo que el intentar cometer se entienda como comienzo de ejecución, lo que torna innecesaria la previsión del Legislador.

⁵⁴ Una reproducción de la estructura normativa en la definición del hecho puede expresarse así: antecedente en un eje tiempo-espacio, que no es más que la perpetración de un hecho punible; el vínculo es su percepción, y el consecuente, la detención, seguida o no de persecución.

Y lo innecesario cuando se trata de derechos fundamentales sí puede hacer daño, sobre todo porque la acción detentiva es dispensada a cualquiera, que bien puede creerse autorizado a actuar impulsivamente. Que dicha privación de libertad sea luego dejada sin efecto por el órgano estatal no hace desaparecer la previa lesión a la libertad.

Otra calificación posible es la naturaleza jurídica del hecho punible. Son los casos de los Códigos que determinan que se trate de delito, por lo cual no procede respecto a las faltas:⁵⁵ Argentina (art. 217); Chile (art. 130); Colombia (art. 301,1); México (art. 146); Uruguay (art. 219); Venezuela (art. 234); España (art. 795.1). Expreso requisito es que se trate de delito doloso está en el Código italiano (“delito no culposo”, art. 380.1).⁵⁶

Particular atención merece el caso mexicano, pues de los textos examinados es el único que prevé un plazo para que el ofendido implante querrela —en un plazo no mayor de doce horas—, si el sujeto fue aprehendido en flagrancia de delito dependiente de instancia privada; si ocurre bajo otras legislaciones, la consecuencia debe ser la liberación del aprehendido, en detrimento de la efectividad de los derechos de la víctima.

La calificación jurídica del hecho más allá de su aparente condición de punible en la esfera de conocimiento del profano debilita la eficacia de la figura, pues podría dar lugar a reclamaciones por atentados a la libertad, si el sujeto fuera aprehendido por un hecho a instancia de parte o por una falta, por ejemplo, y el órgano estatal ordenara su inmediata excarcelación; ello traería como consecuencia una eventual discusión sobre la responsabilidad penal del aprehensor y su alegato por un error de prohibición, con todos los problemas doctrinarios y de aplicación que conlleva.

La percepción del hecho, que es lo que justifica la aprehensión inmediata o persecución seguida de aprehensión, es el aspecto más complejo de esta figura y ha dado lugar a algunos criterios doctrinarios de clasificación que se pueden sintetizar así:

⁵⁵ La división entre delitos y faltas está prevista en los Códigos Penales de Colombia (art. 19); Chile (art. 9); Uruguay (art. 2) Perú (art. 1); Venezuela (art. 1); España (art. 7). Legislación especial en materia de faltas en Argentina, para Buenos Aires (Ley 451 de 2000); Paraguay, la Ley 1276 de 2013.

⁵⁶ El Código Penal italiano, en su artículo 42, admite, además de la figura culposa, la preterintencional, y en el 39, la categoría de la contravención, aparte del delito. En consecuencia, puede haber flagrancia en delito preterintencional. República Italiana, Presidencia de la República, *Código de Procedimiento Penal*, art. 42.

- Coetánea a la perpetración del hecho.
- Inmediata a la perpetración del hecho.
- Equivalente.

La percepción coetánea a la ejecución del hecho provoca dos efectos posibles: la inmediata aprehensión o la persecución seguida de aprehensión.

El conocimiento proveniente de la percepción propicia varios grupos de perceptores: la fuerza pública, la víctima, los testigos, los partícipes y el público. Esta determinación es importante porque de ella deriva la validez de la actuación consecuente del agente de la aprehensión, sea inmediata o sucesiva a la persecución,⁵⁷ de allí que los Códigos examinados se refieren a los perceptores cuando regulan la persecución y sucesiva aprehensión.

Los supuestos son los siguientes: la víctima o el ofendido por el hecho⁵⁸ o la fuerza pública: Argentina (art. 216); Bolivia (art. 230); México (art. 146); Paraguay (art. 239); Uruguay (art. 219); Venezuela (art. 234); Italia (art. 382.1).

Además, se incluyen como sujetos calificados a testigos (Bolivia, art. 230; Uruguay, art. 219); partícipes (Chile, art. 130; México, art. 146); por grupo de personas (Paraguay, art. 239; Italia, art. 382.1); alguien que lo señale como autor o partícipe (Panamá, art. 234); clamor público (Venezuela, art. 234). En cambio, no contienen un señalamiento específico los textos de Argentina, Ecuador, Perú y España.

Las disposiciones legales que asocian la condición de perseguidor legítimo a quien percibió el hecho —porque fue víctima⁵⁹ o lo presenció porque lo percibió

⁵⁷ Si el aprehensor procede sin un mínimo grado de certeza, incluso prevalido de un sentimiento malsano contra el aprehendido, se presenta el problema, ajeno a este artículo, sobre la relevancia de este elemento subjetivo en la constitución del dolo. Si la aprehensión sin base cognoscitiva coincide, con un autor o partícipe de delito, desde el punto de vista constitucional, se puede plantear la invalidez del acto. En actos menos invasivos de derechos, como la requisa personal, si el agente procedió sin la previa obtención de datos serios y objetivos, el procedimiento es ilegal, pues “una aprehensión o requisa ilegal en su inicio no queda validada por lo que resulte de ella”. Cita de sentencia de la Corte de Estados Unidos por Eduardo Jauchen, *Tratado de la prueba en materia penal* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002), 117.

⁵⁸ A veces, los textos emplean la voz “ofendido” y otras, “víctima”, por lo que no es una diferencia significativa.

⁵⁹ La fuente de conocimiento del hecho por parte de la víctima es distinta a la del testigo, pues ella es sufriente, de allí que, en el plano de su psique, por lo general, le suministra certeza, lo que no necesariamente no sucede en el caso del testigo. Por supuesto que, por la dinámica del suceso, la calidad del conocimiento del testigo puede ser mayor que la de la víctima. En ambos casos corresponderá al órgano estatal evaluar

sensorialmente o participó— no merece objeción, pero si no hay una inequívoca relación entre la percepción y la persecución, entonces esta última puede ser ilegítima por la carencia de una base empírica o por resultar de un error. Ahora, cuando se trata del “clamor público”, hay menor posibilidad de error respecto al conocimiento del hecho. Ciertamente que la ley se abstiene de indicar las condiciones que debe reunir el “clamor público” para justificar la persecución, quizá porque no sea necesario; en cualquier caso, la concurrencia de principios generales puede robustecer el significado y las propiedades del “clamor público” que justifiquen la persecución, sobre todo en la actualidad, cuando lo “público” ha adquirido un extraordinario alcance gracias a los medios de comunicación, las redes sociales y la Internet.

La mayoría de los textos estudiados refuerza este vínculo para evitar excesos y da lugar a lo que se conoce como cuasiflagancia.

Entre los Códigos que refuerzan la persecución con percepción previa tenemos: Bolivia (art. 230, la aprehensión es válida mientras sea perseguido, entre otros, por los “testigos presenciales”);⁶⁰ Chile (art. 130, se prevé que el sujeto huya del lugar y es designado por el ofendido u otro como autor o partícipe);⁶¹ Colombia (art. 301.2, la persecución y la aprehensión condicionadas por el factor tiempo: “inmediatamente después” o se practique con base en “voces de auxilio de quien presencie el hecho”);⁶² México (art. 146, la persecución depende del señalamiento de quienes fueron perceptores inmediatos); Panamá (art. 234, uno de los supuestos tiene un triple basamento: que sea aprehendido inmediatamente después, que sea señalado por “alguien” como autor o partícipe y que tenga en su poder algún objeto relacionado con el hecho. Del texto se extrae que son requisitos acumulativos).⁶³ El Código italiano (art. 382.1) asocia la persecución y la aprehensión a la inmediatez y a la percepción, al menos en el caso de la “persona ofendida”, no así necesariamente cuando se trata de la policía judicial o de “otras personas”; sin embargo, como persiste la condición de inmediatez, se atenúan los riesgos de una actuación sin base objetiva.

el grado de certeza de estos sujetos según la influencia de las circunstancias insitas al hecho y de aquellas que lo circundaron. Es un tema de la llamada *criteriología* del testimonio.

⁶⁰ Cabe la posibilidad, sin embargo, de que la fuerza pública persiga y aprehenda sin haber percibido el hecho.

⁶¹ En la interpretación más favorable al garantismo, el “otro” debe contar con el conocimiento cierto derivado de la percepción, pero no descarta literalmente otra fuente más insegura de conocimiento.

⁶² “Inmediatamente después” no implica que el perseguidor y aprehensor haya tenido conocimiento directo, pero sería un caso de difícil ocurrencia; no así el segundo supuesto, más consistente con la garantía de libertad.

⁶³ Si bien el señalamiento puede provenir de quien no tenga conocimiento directo, tal debilidad queda conjurada con la inmediatez y la tenencia de objetos vinculados a la “conducta punible”.

Los Códigos que no hacen mención precisa de percepción previa y autorizan la aprehensión en razón del tiempo transcurrido desde la comisión del hecho o por el contexto del aprehendido son: Argentina (art. 217: “[...] inmediatamente después, si fuera perseguido o tuviera objetos o presentase rastros que permitieran sostener razonablemente que acaba de participar de un delito”);⁶⁴ Ecuador (art. 527, el plazo para la validez de la aprehensión es de veinticuatro horas, por lo que la persecución puede ser discontinua y no es evidente que el aprehensor tiene un conocimiento directo del hecho por el cual persigue y aprehende); Paraguay (art. 239, aunque no hay requisito que vincule expresamente la persecución a la percepción, se extrae que, cuando está a cargo de la víctima, proviene de esa fuente de conocimiento, pero no es así cuando se trata de la fuerza policial o “un grupo de personas”); Perú (art. 259, exige que la persecución y la aprehensión sean inmediatamente después de la comisión del hecho); Venezuela (art. 234).

En el Código uruguayo (art. 219) se plantean dos supuestos. El primero vincula de inmediatez al hecho y que el sujeto esté en fuga u oculto, de lo que se sigue que no se exige expresamente el conocimiento perceptivo previo. En el segundo hay dos requisitos: cualquier situación o estado que haga presumir “firmemente” su participación y también que esté señalado por el ofendido, testigos presenciales o partícipe.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 795.1) autoriza la persecución y la detención inmediatas a la comisión del hecho, pero incluye la persecución permanente, “mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen”. Si “inmediato alcance” se entiende en términos físicos tradicionales, conserva de algún modo la garantía de la inmediatez, pero no si se extiende al alcance de modernas tecnologías, lo que tampoco resultaría favorecido por el mandato restrictivo del artículo 14 *eiusdem*, debido a que tampoco se podría hablar de un vacío legal.

En conclusión, tenemos modelos legales de mayor rigor garantista, que son aquellos que asocian la persecución y la aprehensión al conocimiento perceptivo previo con la inmediatez sin interrupción a la ejecución del hecho. Existen otros modelos: los que no contienen expreso el requisito del conocimiento perceptivo previo, pero sí la inmediatez, con lo cual, en la mayoría de los casos, el perseguidor-aprehensor actúa sobre la base de la percepción previa y agregan una condición contextual, por lo que tiene casi la misma fuerza protectora del primer modelo. Otro es de

⁶⁴ La conjunción “o” trae la duda acerca de si la percepción previa es condición necesaria.

los textos que no contienen mención expresa de la percepción, pero articulan la persecución y la detención a la inmediatez. Otros no conectan la persecución y la aprehensión a la percepción y, por el contrario, autorizan la detención en un determinado lapso que no es el inmediato, en términos intuitivos.

La flagrancia presunta, prevista en la mayoría de los Códigos examinados, corresponde a los casos en los cuales no hay percepción ni persecución inmediata, pero sí hay aprehensión inmediata. Por fortuna, la mayoría también inserta elementos contextuales que permiten fundar una presunción razonable de que el sujeto ha participado en un hecho punible, pero este juicio es de un matiz inductivo, si vale la expresión, pues el aprehensor, en vez de “deducir” de su conocimiento previo del hecho que el aprehendido es autor o partícipe de ese hecho, extrae que hubo delito por la condición personal o contextual del aprehendido. Claro que el primer supuesto es más garantista que el segundo, pero este tiende más a la seguridad.

Como Códigos cuyo modelo fortalece la presunción con elementos temporales, materiales y espaciales tenemos los siguientes: Colombia (art. 301.3, en posesión de “objetos, instrumentos o huellas, de los cuales se fundamente que momento antes ha cometido un delito o participado en él”); Panamá (art. 234, inmediatamente después, además de la posesión de material, por petición de auxilio de testigo presencial o por señalamiento como autor o partícipe y se encuentre el poder de objeto relacionado con el hecho);⁶⁵ Uruguay (art. 219, inmediatamente después con efectos, objetos, instrumentos o armas adecuados para cometer el delito); España (art. 795.1, se considera flagrante a quien se le sorprenda “inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él”). Como se desprende de lo dicho, en estos Códigos se exige inmediatez y la posesión de objetos para fundar la presunción que da lugar a la aprehensión.

Venezuela agrega el criterio espacial: en el mismo lugar del delito o cerca, para fundamentar la presunción de autoría que da lugar a la aprehensión (art. 234).

Vemos el modelo que limita el fundamento fáctico de la presunción a la condición contextual y personal del aprehendido en: Ecuador (art. 527, posesión de armas,

⁶⁵ Los supuestos contenidos en los numerales 1 y 2 del artículo 234 pueden interpretarse como regidos por la relación de inmediación con la percepción del hecho, incluso en el supuesto menos explícito que autoriza la persecución a consecuencia del pedido de auxilio de los presenciales del hecho, del numeral 1. República de Panamá, Asamblea Nacional, *Ley 63 de 2008*, art. 234.

instrumentos, productos del ilícito o documentos relativos al hecho); México (art. 146, posesión de instrumentos, objetos, productos del delito; que haya indicios⁶⁶ o información que permita “presumir fundadamente que intervino en el delito”);⁶⁷ Perú (art. 259, sorprendido con objetos que revelen que acaba de cometer el hecho); Italia (art. 382,1, “sorprendido con cosas o huellas de las que se deduzca que inmediatamente antes ha cometido el reato”). Si bien el modelo seguido en México e Italia inserta el del hecho, del numeral 1, este supuesto se inserta en el período que se inicia con el requisito de la inmediatez en la persecución material y aprehensión. El numeral 2 también inserta la inmediatez, pero la fuente de información no es directa, como en el numeral 1, y ello justifica la exigencia de un requisito adicional: la posesión de algún “elemento probatorio relacionado con el delito”.

En la legislación italiana es oportuna otra observación, puesto que es el único de los textos analizados en el cual expresamente se establece que el delito permanente es flagrante (art. 328.2).

Se trata de una disposición bastante riesgosa, pues podría dar lugar a detenciones sin conocimiento previo o por sorpresa, con lo cual se satisface la seguridad, pero se puede resquebrajar el vínculo entre conocimiento y ejercicio del poder punitivo estatal y afectar derechos como la inviolabilidad de domicilio.⁶⁸ Por otra parte, este tipo de previsiones confunde la relación de la acción típica con el tiempo de su ejecución, permanente en este caso, con la relación del conocimiento de la acción típica con el efecto de aprehensión y persecución, para poner en plano de igualdad los efectos típicos y los efectos interventores de derechos, lo que resulta impropio desde el punto de vista sistemático.

Lo cierto es que los elementos que constituyen el antecedente de la estructura normativa de la flagrancia deben concurrir para que sean válidas la aprehensión y la persecución; de lo contrario, sobre todo cuando hay factores calificantes que exceden el conocimiento profano de la condición antijurídica del hecho, puede haber la comisión de delitos, que variará según la legislación de cada país. En España, por

⁶⁶ Los “indicios” pueden ser relativos a las características personales del sujeto.

⁶⁷ La inmediatez con el hecho es uno de los elementos que pueden dar lugar a la presunción, pero la fórmula legal es abierta a otros criterios, entre los cuales pueden introducirse los peligrosistas estereotipados.

⁶⁸ El Código Procesal Penal italiano autoriza la pesquisa locativa si hay “fundado motivo para considerar [...] que allí se encuentra la persona sometida a indagaciones o evadida”. República Italiana, Presidencia de la República, *Código de Procedimiento Penal*, art. 352:1.

De modo similar, el estatuto procesal penal venezolano también autoriza el allanamiento en caso de evitar la comisión o continuación de delito, así como para capturar al perseguido. República Bolivariana de Venezuela, Presidencia de la República, *Decreto 9 042 de 2012*, art. 196.

ejemplo, se ha planteado la comisión del delito de detenciones ilegales, mientras que en otros países que no prevén esta figura podría tipificarse como privación ilegítima de libertad.⁶⁹

La aprehensión en los supuestos de flagrancia, por regla general, da lugar a la previsión de un tipo de procedimiento especial, bien sea que esté explícitamente previsto, o a que se aplique alguno de los procedimientos especiales, sin que la flagrancia sea expresa condición, como en el Código de Bolivia (art. 373, abreviado). La mayoría prevé un procedimiento específico: Chile (art. 393, monitorio); Panamá (art. 461, pero se requiere además la aceptación de la participación y esté sujeto a detención o medida cautelar); Perú (art. 446, inmediato); Uruguay (art. 272, proceso extraordinario, si hay prueba suficiente para acusar y solicitud fiscal de concluir la investigación); Venezuela (arts. 372 y 373). En Europa, el Código italiano prevé el juicio directísimo (art. 566) y la legislación española, el “enjuiciamiento rápido” (art. 795).

Conclusiones

La verdad es un tema que ha merecido amplia atención por parte de filósofos y juristas, pues establecerla se ha considerado uno de los objetivos del proceso penal, aunque también lo ha compartido con el de la solución de los conflictos sociales; sin embargo, no siempre ha sido así, sobre todo en épocas de la historia en los que la magia o los ritos se consideraban medios idóneos para esclarecerla.

La racionalización del derecho incluyó los medios, respetuosos de los derechos humanos, para alcanzar la verdad, aunque tuvo un lamentable período en el cual los logros del pensamiento ilustrado no alcanzaron sus frutos; fue cuando al principio de libre convicción se le despojó de la necesidad de motivación.

Con el rescate de la importancia de la preservación efectiva de los derechos humanos se ha restituido la relevancia de la verdad en el desarrollo del proceso, como uno de los temas que ameritan la atención de los juristas y, con ello, la necesidad de un esquema teórico-epistemológico que sustente conceptualmente la regulación de la búsqueda de la verdad.

⁶⁹ El tema en la jurisprudencia española está plantado por Gimeno Sendra y otros autores. En Venezuela, que no prevé esta figura, sería el delito de privación ilegítima de libertad. El asunto es más complejo en los Códigos Penales que diferencian la detención de la privación. Vicente Gimeno Sendra, Cándido Conde-Pumpido Tourón y José Garberi Llobregat, *Los procesos penales: comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal con formularios y jurisprudencia*, Tomo IV (Barcelona: Bosch, 2000), 63.

En el presente artículo se acoge la tesis del realismo moderado como la opción epistemológica más adecuada a las exigencias intuitivas de los hablantes y a las normativas del garantismo.

El estudio del establecimiento de la verdad en materia de flagrancia se ha estructurado con un esquema normativo que analiza los supuestos del antecedente fáctico —la percepción del hecho— con su consecuente —el deber o la facultad de aprehensión y persecución—, según opere respecto al funcionario o al particular.

Estos supuestos se examinaron en los Códigos Procesales Penales latinoamericanos mencionados, de acuerdo con el modelo acusatorio, que fue el adoptado en los últimos años, así como en los de España e Italia, por sus vínculos históricos y culturales.

El análisis no fue meramente descriptivo, pues se adelantaron juicios de valor en cuanto al mayor o menor respeto al derecho de la libertad, conforme a la concepción liberal que sostenemos.

Referencias

- Aristóteles. *Metafísica*. Madrid: Gredos, 1998.
- Arteaga Sánchez, Alberto. *La privación de libertad en el proceso penal venezolano*. 2a ed. Caracas: s/e, 2007.
- Estado Plurinacional de Bolivia, Asamblea Legislativa. *Ley 1970 de 1999*, “Código de Procedimiento Penal”. La Paz, 25 de marzo de 1999.
- Estados Unidos Mexicanos, Presidencia. *Código Nacional de Procedimientos Penales*. Ciudad de México: *Diario Oficial de la Federación*, 5 de marzo de 2014.
- Ferrajoli, Luigi. “Prólogo” en *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, editado por Nicolás Guzmán, I-IX. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995.
- Gascón Abellán, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. 3a ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Gimeno Sendra, Vicente; Cándido Conde-Pumpido Tourón y José Garberi Llobregat. *Los procesos penales: comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal con formularios y jurisprudencia*. Tomo IV. Barcelona: Bosch, 2000.
- Hernández Marín, Rafael. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Barcelona: Marcial Pons, 1998.

- Hirst, Richard. “La diferencia entre percibir por los sentidos y observar”, en *La filosofía de la percepción*, compilado por Geoffrey James Warnock, 50-114. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1974.
- Jauchen, Eduardo. *Tratado de la prueba en materia penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.
- Kant, Immanuel. *Crítica de la razón pura. Estética trascendental y analítica trascendental*. 5a ed. Traducido por José del Perojo. Buenos Aires: Losada, 1967.
- Kelsen, Hans. *Teoría general de las normas*. Ciudad de México: Trillas, 1994.
- Király, Tibor. *Procedimiento criminal: verdad y probabilidad*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1988.
- Lalande, André. *Vocabulario técnico y crítico de la filosofía*. Tomo II. Buenos Aires: El Ateneo, 1953.
- Locke, John. *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Traducido por Edmundo O’Gorman. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1982.
- Maier, Julio, Kai Ambos y Jan Woischnik, comp. *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: AdHoc, 2000.
- Niiniluoto, Ikka. “Sobre la verdad de las proposiciones normativas” en *La normatividad del derecho*, compilado por Aulis Aarnio, Ernesto Garzón Valdés y Jyrki Uusitalo, 219-230. Barcelona: Gedisa, 1997.
- Nueva Biblia Española*. Madrid: Cristiandad, 1975.
- Palomino Amaro, Raúl. “El delito flagrante”, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20081006_04.pdf (acceso julio 6, 2021).
- Pérez Lindo, Augusto. “El problema de la verdad” en *El problema de la verdad: estudios sobre Platón, Aristóteles, Descartes, Nagarjuna, Kant, Nietzsche y Sartre*, compilado por Augusto Pérez Lindo, 9-56. Buenos Aires: Biblos, 1993.
- Picó i Junoy, Joan. *La buena fe procesal*. Bogotá: Ibáñez, 2011.
- Radbruch, Gustavo. *Filosofía del derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1944.
- Reino de España, Rey de España. *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882*, “Por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. Madrid: *Gaceta de Madrid* núm. 260, 17 de septiembre de 1882.
- República Argentina, Presidencia de la República. *Decreto 118 de 2019*, “Por el cual se aprueba el texto ordenado del Código Procesal Penal Federal”. Buenos Aires: *Boletín Oficial* núm. 34 052, 8 de febrero de 2019.
- República Argentina. *Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires, 1853/1994.
- República Bolivariana de Venezuela, Presidencia de la República. *Decreto 9 042 de 2012*, “Mediante el cual se dicta el decreto con rango, valor y fuerza de Ley del Código Orgánico Procesal Penal”. Caracas: *Gaceta Oficial* núm. 6 078, 15 de junio de 2012.

- República Bolivariana de Venezuela. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Caracas: Ediciones de la Asamblea Nacional, 1999.
- República de Chile, Congreso Nacional. *Ley 19 676 de 2000*, “Por el que se establece el Código Procesal Penal. Santiago, 29 de septiembre de 2000.
- República de Colombia, Congreso de la República. *Ley 906 de 2004*, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. Bogotá: *Diario Oficial* núm. 45 658, 1 de septiembre de 2004.
- República de Panamá, Asamblea Nacional. *Ley 63 de 2008*, “Códigos de Procedimiento Penal”. Panamá: *Gaceta Oficial* núm. 26 114, 28 de agosto de 2008.
- República del Ecuador, Asamblea Nacional. *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: *Registro Oficial* núm. 180, 10 de febrero de 2014.
- República del Paraguay, Congreso de Paraguay. *Ley 1286 de 1998*, “Código Procesal Penal”. Asunción, 8 de julio de 1998.
- República del Perú, Presidencia de la República. *Decreto Legislativo 957 de 2004*, “Nuevo Código Procesal Penal”. Lima, 22 de julio de 2004.
- República Italiana, Presidencia de la República. *Código de Procedimiento Penal*. Roma: *Registro Oficial* núm. 224, 3 de julio de 1989.
- República Oriental del Uruguay, Asamblea General. *Ley 19 293 de 2014*, “Aprobación del Código de Proceso Penal”. Montevideo: *Diario Oficial* núm. 29 127, 19 de diciembre de 2014.
- Tarski, Alfred, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*. Traducido por Emilio Colombo. Buenos Aires: Nueva Visión, 1972.
- Vishinski, Andrey. *Teoría de la prueba*. Montevideo: Pueblo Unido, 1950.
- Washington Abalos, Raúl. *Derecho procesal penal*. Tomo I: cuestiones fundamentales. Mendoza: Jurídicas Cuyo, 1993.