

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO  
COLEGIO DE JURISPRUDENCIA**

**TEMA:  
LA FLAGRANCIA COMO PRESUPUESTO PARA LA DETENCIÓN**

**FERNANDO XAVIER FLORES ENRÍQUEZ**

Tesina de grado presentada como requisito para la obtención del título de  
abogado

Quito, Julio 2010

**© DERECHOS DE AUTOR**  
**FERNANDO XAVIER FLORES ENRÍQUEZ.**  
**2010**

*A mi familia*

## RESUMEN

El delito flagrante es un tema que encierra varias incógnitas, que nacen tanto de la ley como del entendimiento doctrinario, encontrándose posiciones contradictorias y conceptos indeterminados; la evidente complejidad de descubrir el momento y la razón por la cual una detención puede ser llevada a cabo impulsa al análisis de la flagrancia; se analiza entonces las definiciones de la flagrancia, que involucran a la flagrancia propia, impropia y a la presunción de flagrancia, incluyendo el detallado análisis de los elementos que la conforman y que causan una evidente confusión, tales como la inmediatez, la persecución ininterrumpida, la persecución de huellas y la calidad y naturaleza de los vestigios del delito. El tema de la flagrancia impulsa el análisis de principios constitucionales y penales, compaginados con la detención, resultado de un delito flagrante; de igual manera, se analiza de manera pormenorizada a la flagrancia dentro del *iter criminis* para dilucidar momentos específicos de la detención, especialmente con la tentativa en los delitos; adicionalmente, el tema de la flagrancia inspira a tratarla dentro del moderno concepto de los delitos de peligro abstracto y concreto.

## ABSTRACT

Flagrant crime is a topic that engulfs a number of questions, which are born out of the simple reading of the law, and also out of the doctrinarian concepts, where it is possible to find contradictory positions. The evident complexity of discovering the exact moment and the appropriate legal reason, to carry out a detention, inspires the analysis of the flagrant crime. The elements that are analyzed include the different forms of the flagrant crime, amongst them, the proper flagrant crime, the improper flagrant crime, and the presumption of a flagrant crime. Alongside the different forms of the flagrant crime, there's a need to analyze its inner elements, such as, the immediate part of the flagrant crime, the uninterrupted persecution of the criminal, the crime scene investigation and the evidence left in the scene of crime. The flagrant crime is also analyzed alongside the main constitutional and penal principles. The topic also leads to the need of determining when a person or the authority can, arrest another person, under the charge of flagrant crime, for which it is necessary to understand the concepts and the principles that conform the *iter criminis*. Finally, the topic needs to be analyzed under the new and modern concepts of the crime that induces a possible lesion, called the danger crime, in both of its concepts, concrete and abstract.

# TABLA DE CONTENIDOS

	<b>Página</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
 <b>CAPITULO I</b> <b>NOCIONES GENERALES SOBRE</b> <b>LA FLAGRANCIA</b>	
1.1. DEFINICION DE DELITO FLAGRANTE.....	6
1.2. PRINCIPIOS APLICABLES AL DELITO FLAGRANTE.....	10
1.2.1. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.....	10
1.2.2. LA INOCENCIA.....	12
1.2.3. PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD.....	15
1.2.4. PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE EXCESO.....	16
1.3. EFECTOS Y CONSECUENCIAS PROCESALES DERIVADAS DE LA FLAGRANCIA.....	18
 <b>CAPÍTULO II</b> <b>LA FLAGRANCIA PROPIA</b>	
2.1. EL <i>ITER CRIMINIS</i> Y LA FLAGRANCIA PROPIA.....	24
2.1.1. LA FASE ITERNA.....	24
2.1.2. LA FASE EXTERNA.....	25
2.1.2.1. TEORIA PURAMENTE SUBJETIVA.....	33
2.1.2.2. TEORIA OBJETIVO – FORMAL.....	34
2.1.2.3. TEORIA OBJETIVO – MATERIAL.....	35
2.2. LA EJECUCIÓN DEL DELITO FRENTE A UNA O MÁSPERSONAS Y SU IMPLICACIÓN DENTRO DE LA FLAGRANCIA PROPIA.....	38

2.3. LA DETENCIÓN EN FLAGRANCIA PROPIA Y LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	42
---	----

### Capítulo III

#### LA FLAGRANCIA IMPROPIA Y CIERTOS ASPECTOS RELEVANTES SOBRE LA LLAMADA PRESUNCIÓN DE FLAGRANCIA

3.1. DEFINICIÓN DE FLAGRANCIA IMPROPIA.....	45
3.2. EL <i>ITER CRIMINIS</i> Y LA FLAGRANCIA IMPROPIA.....	48
3.3. LA INMEDIATEZ, LA PERSECUCIÓN ININTERRUMPIDA Y LA FLAGRANCIA IMPROPIA; LA OBJETIVIDAD NECESARIA PARA LA DETENCIÓN, EN LOS COMPORTAMIENTOS POSTERIORES DEL SUPUESTO AUTOR.....	50
3.4. LA FLAGRANCIA IMPROPIA EN LOS DELITOS DE PELIGRO.....	59
3.5. DEFINICIÓN DE PRESUNCIÓN DE FLAGRANCIA. ....	70
3.6 LA PERSECUCIÓN DE HUELLAS Y LA PRESUNCIÓN DE FLAGRANCIA.....	74
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>78</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>98</b>

## INTRODUCCIÓN

Durante el desarrollo de la ley penal, se han tipificado una plétora de delitos, que en teoría, responden a las necesidades de la sociedad en un momento determinado. En efecto, la ley penal intenta controlar diferentes ámbitos de la vida social, prohibiendo ciertas acciones y omisiones, asignando de esta manera, una pena para la persona que incurra en la conducta prohibida. Ahora bien, la sociedad también ha necesitado de la existencia de entes de control del orden público y de protección, dando paso a la existencia de instituciones tales como la Policía Nacional. La Policía, siguiendo las palabras de Cabanellas, “es una organización uniformada que investiga la comisión de los delitos y trata de detener a los autores, para ponerlos a disposición de los tribunales competentes”<sup>1</sup>. Se observa claramente que el delito encuentra a su adversario, en primera instancia, en la institución llamada a guardar el orden, institución obligada a combatirlo, prevenirlo y reportarlo. Sin embargo, la sociedad no se conforma con la sola protección de un ente estatal y hay que tener en cuenta que la protección policial es una legítima protección violenta, en el sentido que son fuerzas armadas; en efecto, se necesita también la autoprotección. Al tratar sobre la protección, no sólo se debe entender la capacidad de confrontar un evento antijurídico, como lo es un delito, sino que la protección también abarca el lograr y el procurar que el autor de ese evento sea debidamente juzgado por las autoridades competentes. La tipificación de los delitos, responde entonces a aquellas actuaciones que la sociedad aborrece, y bajo el mismo lente, se entiende que el presenciar dichas actuaciones abre ciertas posibilidades de actuar, bajo el amparo de la ley, que poseen el carácter de extraordinarias, por la misma razón del rechazo a ese actuar y del impacto que dicho actuar comporta para la sociedad. Entendiendo

---

<sup>1</sup> CABANELLAS GUILLERMO, *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo II, Heliasta, Buenos – Aires, 1972, pp 156.

estos argumentos, y estos antecedentes, se puede entender la razón de ser y la necesidad de la existencia de la figura jurídico – penal de la flagrancia.

El delito flagrante es un tema de gran importancia en el campo del Derecho Penal, por cuanto importa la aplicación de ciertas excepciones a principios penales y constitucionales, adicionalmente importa la existencia de ciertas consecuencias procesales de carácter extraordinario, las cuales producen efectos que se los puede considerar como graves, en efecto, se trata con la privación de la libertad, en su forma de la detención o aprehensión inmediata. Como antecedente del delito flagrante, se encuentra que, en el derecho romano se constituye el flagrum, instrumento de suplicio para la flagelación, impuesta como pena, producía algo así como quemaduras, eran dos correas que llevaban en los extremos dos bolas de plomo.<sup>2</sup> Este antecedente es bastante claro y explícito y proporciona una guía de los orígenes de la flagrancia; las representaciones del Derecho Romano tienen la habilidad de aclarar y explicar los actuales conceptos jurídicos, de una manera bastante gráfica y se puede rastrear el por qué del término. Se encuentra el flagrum, un instrumento de suplicio. No es errado el asumir que el flagrum era una de las consecuencias directas como castigo a quienes eran sorprendidos en delitos flagrantes. Adicionalmente, el delito flagrante, como ha sido entendido por la ley, contiene varios puntos sobre los cuales se deja la puerta abierta a la interpretación. Partiendo del principio de interpretación restrictiva del Derecho Penal, se puede dilucidar que el tema encuentra su grado de complejidad al momento de entender estrictamente las disposiciones de la ley. El delito flagrante se encuentra normado en el Código de Procedimiento Penal, es decir que el legislador lo ha considerado como un instrumento del proceso, actúa con la estricta necesidad de la norma sustantiva; responde perfectamente a la función material del Derecho Procesal Penal. MAIER establece que el Derecho Penal no le toca un pelo al delincuente, por cuanto el mismo sólo define el injusto penal, es decir el hecho punible. Bajo esta circunstancia, existe el Derecho Procesal Penal, el cual indica el camino necesario para accionar en contra de un hecho delictivo.

---

<sup>2</sup> DÍAZ DE LION, MARCO ANTONIO, *Diccionario de Derecho Procesal Penal Tomo I*, Porrúa, México, 2004, pp. 890

Se ha establecido que el Derecho Procesal Penal pertenece al área de los Derechos de Realización, y se advierte su posición de sirviente o auxiliar del Derecho Penal sustantivo.<sup>3</sup> En efecto el delito flagrante, no existe como tal “delito”, ya que necesita de la existencia de un acto típico antijurídico y culpable, de esta manera es más apropiado hablar del delito flagrante de homicidio o del flagrante delito de violación, etc.

La tipificación del delito flagrante, contiene elementos que no han podido ser determinados y ampliamente explicados por la doctrina, en efecto contiene elementos que pueden complicar muchísimo la aplicación de la flagrancia. Muchos de estos elementos, responden a la misma naturaleza del delito flagrante y es necesario el análisis de los mismos para procurar la más sana aplicación de la ley en este tema. Se hace referencia entonces, a elementos tales como las etapas del iter criminis en el cual la flagrancia puede o no existir, la existencia de la flagrancia impropia o la cuasi flagrancia, la existencia de la presunción de flagrancia y su choque dogmático con la presunción de inocencia; se refiere a elementos espaciales y temporales que no están claros en la ley ni en la doctrina, como el lugar del cometimiento del ilícito, el tiempo del cometimiento, la inmediatez en el descubrimiento del ilícito, etc.

La aplicación de la flagrancia no se la debe solamente analizar desde la óptica de la protección de la víctima y de la sociedad en general, ya que sus efectos demandan que se analice a la flagrancia también desde el punto de vista del “supuesto” autor. Es este un punto de gran relevancia para la aplicación de la flagrancia, ya que la misma implica la privación de la libertad, mediante la detención<sup>4</sup>, lo cual como se menciona anteriormente, implica la excepción a un principio de rango constitucional, por lo tanto no puede ser tomado a la ligera.

Todos estos elementos han formado la necesidad de realizar este trabajo de investigación y de argumentación jurídica, en cuanto el tema de la

---

<sup>3</sup> MAIER, JULIO B.J, *Derecho Procesal Penal*. I, Editores del Puerto s.r.l, Buenos – Aires, 2004, pp. 84 – 85.

<sup>4</sup> Según Cabanellas: “Acción o efecto de detener, privación de libertad, arresto provisional; Constituye un deber para la autoridad en caso de delito, incluso cuando signifique un riesgo para su vida; Si la detención es improcedente o arbitraria, la misma recae en Detención ilegal. Según el Código de Procedimiento Penal: “**Art. 164.**- Detención.- Con el objeto de investigar un delito de acción pública, a pedido del Fiscal, el juez de garantías penales podrá ordenar la detención de una persona contra la cual haya presunciones de responsabilidad.” Adicionalmente la detención tiene un límite de 24 horas.

flagrancia ha sido tratado, pero el mismo ha admitido una serie de opiniones y de argumentos jurídicos, muchas veces contradictorios.

Adicionalmente, el presente trabajo se justifica también en una necesidad social y real que actualmente se vive en el Ecuador. El tema de los delitos flagrantes, es tan relevante en nuestra actual sociedad, que ha sido objeto de una reforma al Código de Procedimiento Penal, e incluso la flagrancia ha dado paso a la creación de una etapa procesal de carácter inmediata y extraordinaria, llamada la audiencia de calificación de flagrancia. Se debe mencionar que la flagrancia es la incómoda sombra del delito, su existencia es un tema de gran preocupación por la sociedad y por las autoridades, razón por la cual existe un departamento especializado de la Fiscalía, la Unidad de Delitos Flagrantes. Se observa entonces que el tema posee la actualidad necesaria como para tener relevancia práctico – jurídica, además de ser un tema en el cual la duda es parte de su existencia. Bajo esta óptica, mediante el presente trabajo, se intenta realizar un aporte más, a la comprensión para la correcta aplicación de la figura de la flagrancia, especialmente como un presupuesto habilitante para la detención del infractor. Finalmente, el presente trabajo se motiva en la necesidad de armonizar la aplicación de la ley con los elementos dogmáticos de la figura de la flagrancia, en cuanto la misma comprende un abanico de posibilidades que, de no ser aplicados correctamente, en efecto atacan y comprometen la existencia de principios constitucionales y derechos de las personas, por lo tanto, es necesario el depurar nuestras leyes de una aplicación vaga y simplista, en virtud de sanear el ordenamiento jurídico y de preservar siempre los derechos y las garantías de las personas que conforman el Estado ecuatoriano. De esta manera, durante el presente trabajo se analizará la línea de vida de la flagrancia, la cual consiste en la flagrancia propia, la flagrancia impropia o cuasi flagrancia y finalmente la cuasi flagrancia, estableciendo cuándo, y bajo qué circunstancias las mismas son útiles como presupuesto para la detención del supuesto autor, partiendo de argumentos claves, dentro de los cuales se propone de manera general: la flagrancia es útil como presupuesto para la detención, en circunstancias tales que el autor sea aprehendido durante la ejecución del delito; la flagrancia impropia es útil para la detención del supuesto autor, en circunstancias tales que el autor revele indudablemente, mediante comportamientos y actuaciones

objetivamente apreciables, su participación en el delito; y finalmente, la presunción de flagrancia es útil como presupuesto para la detención del supuesto autor, cuando los vestigios del delito son encontrados mediante acciones policiales continuas, en la posesión de un determinado sujeto. Adicionalmente, dentro de cada etapa de la flagrancia se analizarán temas tales como el iter criminis, la tentativa, la ejecución del delito y sus autores, y los delitos de peligro, tomando siempre en cuenta la posibilidad de argumentar la existencia de la flagrancia en todos estos temas.

En efecto, cada uno de los temas expuestos, contienen elementos que dan paso a las contradicciones y a las diferentes interpretaciones de la flagrancia, tales como el elemento temporal de la flagrancia, la presencia de una o más personas, la persecución personal y persecución de huellas, los agentes autorizados a la detención, los vestigios del delito, entre otros. El entendimiento de cada uno de estos elementos y la aplicación del conjunto de todos ellos, permitirá dar claramente una posición sobre el funcionamiento de la figura jurídico penal de la flagrancia.

## **CAPÍTULO I**

### **NOCIONES GENERALES SOBRE LA FLAGRANCIA.**

#### **1.1.- Definición de delito flagrante**

Es necesario comenzar la definición del delito flagrante, mediante las disposiciones que presenta la ley. Para el efecto, se debe mencionar al Código de Procedimiento Penal<sup>5</sup>: en su artículo 161 se establece en un primer momento a los sujetos que están habilitados para realizar la aprehensión en el caso del delito flagrante, y establece que serán los agentes de la Policía

---

<sup>5</sup> El Código de Procedimiento Penal ecuatoriano fue reformado mediante la Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de Marzo del 2009.

Judicial, la Policía Nacional y los particulares. Establece también una limitación para dicha aprehensión, y se refiere a que el delito cometido debe ser de acción pública. Siendo así, la norma dice: *Art. 161.- Detención por delito flagrante.- Los agentes de la Policía Nacional, de la Policía Judicial, o cualquier persona pueden detener, como medida cautelar, a quien sea sorprendido en delito flagrante de acción pública. En este último caso, la persona que realizó la detención deberá inmediatamente entregar al detenido a un miembro policial. El policía que haya privado de libertad a una persona sorprendida en delito flagrante, comparecerá de inmediato con el detenido ante el juez de garantías. El fiscal, con la presencia del defensor público, podrá proceder previamente conforme lo determina el artículo 216 de este Código, luego de lo cual el agente de la Policía elaborará el parte correspondiente, quien además comunicará a éste sobre el hecho de la detención. Dentro de las veinticuatro horas desde el momento en que ocurrió la detención por delito flagrante, el fiscal solicitará al juez de garantías penales que convoque a audiencia oral en la que realizará o no la imputación, y solicitará la medida cautelar que considere procedente, cuando el caso lo amerite.*<sup>6</sup>

Más adelante, el artículo 162 establece la definición estricta de lo que significa la flagrancia además intenta dar su alcance. En un primer momento el artículo establece que es flagrante el delito que se comete en presencia de una o más personas, además establece que es igualmente flagrante cuando se lo descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, y agrega el elemento de la persecución ininterrumpida desde el momento de su supuesta comisión, hasta la detención. En el inciso final del artículo, establece que la persecución ininterrumpida no podrá durar más de 24 horas desde el cometimiento del ilícito. Agrega además el artículo, el hallazgo de armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos al delito recién cometido. Siendo así, la norma establece: *Art. 162.- Delito flagrante.- Es delito flagrante el que se comete en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que haya existido una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la detención, así como que se le haya*

---

<sup>6</sup> Internet, Código de Procedimiento Penal, disponible en: [www.lexis.com.ec](http://www.lexis.com.ec), Fecha de ingreso 2010 – 01 – 01.

*encontrado con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos al delito recién cometido. No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión del delito y la detención.*<sup>7</sup> Más adelante se tratará sobre los varios inconvenientes que se encuentra en la definición de la ley, por el momento sólo se la expone.

El tema de la flagrancia ha sido tratado en la doctrina por varios autores, en efecto, se debe en este punto, diferenciar tres vertientes sobre la flagrancia, ya que la doctrina identifica a la flagrancia propia, la flagrancia impropia o cuasi flagrancia, y a la presunción de flagrancia. La flagrancia impropia y la presunción de flagrancia serán definidas más adelante. De esta manera, CORDERO establece que, la palabra “flagrante” es una antigua metáfora del Derecho Penal, la cual deriva del término latino *flagro*, lo cual designa una combustión o un incendio, además establece en términos generales, que llega a ser un estado en que el autor es sorprendido cuando realiza el hecho, “*in ipso crimine perpetrando*”.<sup>8</sup>

En esta parte el autor da una brevísima referencia etimológica de la palabra flagrante, lo cual da una clara guía de lo que la misma representa y de su eventual alcance, así se puede establecer que al hablar de la flagrancia, etimológicamente, da la idea de cosas percibidas mientras ocurren, lo cual se debe relacionar con la combustión que designa la palabra, las cosas en llamas, quemando, combustionando, es un proceso que se está ejecutando. El autor también establece ya un primer acercamiento al delito flagrante, y lo califica como un “estado” en el que existe el elemento de la “sorpresa” cuando se realiza el hecho, es decir mientras se lo ejecuta

CORDERO, refiriéndose a los orígenes de la flagrancia, cita el Codex: “*Imperator Iustinianus A. Hermogeni magistro officiorum: es delito capital raptar virgines seu viduas, especialmente consagradas al Señor, tanto más en los casos irreparables, y para que la impunidad no multiplique tali insania, quien*

---

<sup>7</sup> Internet, Código de Procedimiento Penal, Disponible en: [www.lexis.com.ec](http://www.lexis.com.ec), Fecha de ingreso 2010 – 01 – 01.

<sup>8</sup> CORDERO FRANCO, *Procedimiento Penal*, Temis, Santa Fé de Bogotá, 2000, pp. 410

sorprende a los autores y posibles cómplices *in ipsa rapina et adhuc flagrante crimine*, les dé muerte en el puesto”.<sup>9</sup>

El autor da una referencia del *Codex* muy interesante, en cuanto se puede ver no sólo una gran parte de la esencia de la flagrancia, sino que ya se observa los inicios y los antecedentes de lo que actualmente viene a ser la aprehensión por delito flagrante, incluso por parte de particulares, que responde a la idea de la retribución inmediata que exige la sociedad al presenciar un hecho despreciado por la misma. Si bien la norma del *Codex*, impone la pena máxima a un delito específico, al hablar de la posibilidad de dar la muerte en el puesto al autor encontrado *in ipso crimine perpetrando*, ya se refiere a una actuación inmediata dirigida a impedir el daño o a imponer una retribución inmediata, supuestos y hechos que se aprecia como fundamentales para que se establezca actualmente la aprehensión.

CORDERO entra a definir al delito flagrante, para el efecto se cita solamente lo referente a la flagrancia propia: “es delito flagrante que N sea sorprendido cuando comete el hecho”<sup>10</sup>. ZAVALA establece que, la flagrancia para poder ser concebida como tal, debe reunir en un mismo momento al acto en sí y a la persona que lo ejecuta, por lo tanto la relación entre hombre y acto, debe estar acompañada del factor tiempo, en cuanto deben ser descubiertos en el momento en que toma vida el acto, así con hombre – acto – tiempo, queda perfeccionada la flagrancia.<sup>11</sup> MANZINI establece que, la flagrancia propiamente dicha, se configura en el caso que el delito se comete actualmente, el agente – autor, es sorprendido en el acto de cometer el delito; lo cual acontece en los casos de delitos continuados y delitos permanentes; mas no hay flagrancia si en el caso de los delitos permanentes no se sorprende al delincuente en el acto de mantener, activa o pasivamente el estado de permanencia.<sup>12</sup> CLARIÁ, trata sobre la flagrancia, y la trata de una manera totalmente conexas con el hecho de la detención (no utiliza la palabra aprehensión como otros autores), y precisamente la trae a colación al hablar de los justificativos de la detención, y establece la existencia de la flagrancia

---

<sup>9</sup> IBIDEM, pp 410

<sup>10</sup> CORDERO, FRANCO. *Procedimiento Penal*. Temis, Santa Fé de Bogota . 2000, pp. 410

<sup>11</sup> ZAVALA BAQUERIZO, JORGE. *Tratado de Derecho Procesal Penal Tomo VI*, Edino. Guayaquil, 2004. pp 27.

<sup>12</sup> MANZINI, VINCENZO, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, EL Foro. Buenos Aires – Argentina. 1996 pp. 190

propriadamente dicha, estableciendo que la misma no va más allá de la sorpresa en el acto mismo de cometerse el delito o de tentarlo, y lo inmediatamente posterior ligado en forma directa a su ejecución, mientras los autores no se hayan apartado del lugar.<sup>13</sup> CORDOVA, citando a ESCRICHE, establece que flagrante, es el delito que se ha cometido públicamente y cuyo perpetrador ha sido visto por muchos testigos al tiempo mismo que lo consumaba.<sup>14</sup>

Se concluye entonces que las definiciones sobre el delito flagrante abarcan elementos tales como, la conexión de la persona y el hecho en un mismo acto y en un mismo momento. Los problemas que surgen con la definición del delito flagrante son varios, los cuales serán tratados durante el desarrollo del presente trabajo, como por ejemplo la presencia de una o más personas que establece la ley, el momento exacto al que se refiere la ley y la doctrina, ya que como se ha visto, ciertos autores como Manzini y Clariá, mantienen posiciones especiales sobre el momento de ejecución del delito, incluyendo elementos como la permanencia del delito o la fase previa a la consumación como la tentativa. De las definiciones que se ha expuesto, se puede encontrar ciertos puntos en los cuales existe consenso, así los autores tratan todos sobre el elemento de la “sorpresa”, al “descubrimiento” del ilícito. Estos términos pueden guiar a concluir que la flagrancia, para que exista, exige que un tercero ajeno al acto delictivo, sea quien presencia o descubre el ilícito. Este argumento es muy discutible por cuanto eliminaría a la víctima como posible agente habilitado para la detención, ya que si bien la víctima, el sujeto pasivo, es quien sufre el ilícito, es a quien se le está atacando un bien jurídicamente protegido, no está descubriendo o presenciando un ilícito, lo está experimentando, viviendo. Este punto será discutido más adelante en el trabajo, especialmente enfocado a los coautores, cómplices y encubridores.

## **1.2.- Principios aplicables al delito flagrante**

---

<sup>13</sup> CLARIÁ, JORGE OLMEDO, *Derecho Procesal Penal*, Rubinzal – Culzoni. Buenos Aires, 1998. pp. 368

<sup>14</sup> CORDOVA, ANDRÉS F. *Derecho Procesal Penal ecuatoriano Tomo I*, Minerva. Quito, 1953, pp.

Durante esta parte del trabajo, se enumerarán los que se considera son aquellos que aplican con gran intensidad e importancia al momento de discutir sobre la figura jurídica de la flagrancia en Derecho Penal.

### **1.2.1. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN**

El principio de contradicción de acuerdo a MAIER, presupone la necesidad de dotar al imputado con facultades totalmente equivalentes al acusador. De acuerdo a este principio, las facultades de contradecir de imputado deben en efecto poseer el carácter de ser eficaces frente a la persecución de la cual es objeto.<sup>15</sup> Este primer acercamiento al principio de contradicción, presenta una generalidad sobre su funcionamiento y sobre su finalidad; en efecto la definición que proporciona el autor contiene varios elementos que, de ser analizados pormenorizadamente, presentan la complejidad de dicho principio; sin embargo, se puede ya adelantar y utilizar el concepto básico de este principio, para colindarlo con la figura de la flagrancia. Bajo este principio, la flagrancia puede encontrar varios puntos débiles, partiendo en primer lugar de que los principios que gobiernan el Derecho en general, se los debe plasmar en todas las actuaciones de la ley, incluyendo la motivación necesaria para realizar una detención. Se parte de un presupuesto básico: el delito flagrante permite la detención inmediata del presunto infractor: En este primer supuesto, la aplicación sana del principio de contradicción, dictaría la posibilidad de impedir esa detención, contradiciendo, con eficacia, las acusaciones de la presunta víctima. Se puede argumentar que la gravedad de un delito flagrante, es en efecto, condición suficiente para la inaplicabilidad excepcional de ciertos principios, incluso de rango constitucional, luego, los principios de Derecho Procesal Penal, son también susceptibles de ser excepcionados.

Bajo la figura de la flagrancia propia, la aplicación de este principio en el momento de la detención, sería inútil, por la naturaleza “flagro” del asunto, la combustión del hecho, la peligrosidad y el rechazo de la sociedad al acto antijurídico presenciado, sin embargo pierden estos elementos la flagrancia impropia y la presunción de flagrancia, por no cumplirse con las características necesarias de la imputación necesaria, elemento imprescindible del principio de

---

<sup>15</sup> MAIER, JULIO B.J. *Derecho Procesal Penal I Fundamentos*, Editores del Puerto S.R.I. Buenos Aires, 2004, pp 490 - 491

contradicción. De acuerdo a MAIER, la imputación necesaria debe responder a una hipótesis fáctica, atribuida al imputado, la cual es suficiente para producir efectos jurídicos penales. En efecto, la imputación necesaria, es un presupuesto tan importante, que sin ella, el principio de contradicción pierde sustento y se afectan los derechos del imputado; siendo así, la imputación necesaria, no puede contener una atribución de un hecho delictivo más o menos vaga o confusa, esto es, en un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se le atribuye al presunto infractor; la imputación debe ser *clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto*. Estas características, ubicarán al presunto infractor en el mundo de los hechos, temporal y espacialmente, proporcionando a la imputación, materialidad concreta. De no cumplirse con estos requisitos, la defensa, la contradicción, jamás podrá ser eficiente, en cuanto no se podrá negar ni afirmar elementos concretos, sino simplemente negar o afirmar calidades o calificativos.<sup>16</sup> Se observa entonces elementos de gran importancia para el tema de la flagrancia; en efecto, se puede argumentar que se cumple con los requisitos de claridad, precisión y circunstancialidad del hecho, al tratar con la flagrancia propia, por cuanto sitúan a una determinada persona, temporal y espacialmente frente al acto delictivo, pero nuevamente se entra en el ámbito de la incertidumbre al tratar de aplicar la tajante claridad y precisión que la imputación necesaria exige, al tratar con los temas de la presunción de flagrancia y la flagrancia impropia. Más aún, si la privación de la libertad es una medida de carácter excepcional, los requisitos mínimos para que la misma aplique deben ser totalmente claros y precisos, situación que se presenta distorsionada en el tema de la flagrancia.

### **1.2.2. LA INOCENCIA**

La presunción de inocencia, es un principio fundamental, establecido por la Constitución, el cual impide que se trate como culpable a quien se le atribuye un hecho delictivo. En efecto, este principio tiene trascendencia fundamental por cuanto refuerza los principios sobre los cuales se erige el Estado de Derecho, y siendo constitucionalmente correctos, el Estado de Derechos; de tal

---

<sup>16</sup> MAIER, JULIO B.J. *Derecho Procesal Penal I Fundamentos*, Editores del Puerto S.R.I. Buenos Aires, 2004, pp 490 - 491

manera que son los órganos judiciales, los llamados a declarar o no dicha culpabilidad del imputado. MAIER, al tratar el tema, cita con mucho acierto a CLARIÁ OLMEDO y establece: “los habitantes de la nación gozan de un estado de inocencia, mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, aún cuando respecto a ellos se haya abierto una causa penal y cualquiera que sea el proceso de esa causa”<sup>17</sup>. El mismo autor presenta una breve reseña sobre los orígenes de esta figura, y establece que la historia revela que este tipo de declaraciones nacen del repudio realizado en contra de la Inquisición. En efecto, la noción del derecho en el mundo ha recogido de manera inminente este principio, el cual se lo encuentra en la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano, en su artículo 9, establece “(...) presumiéndose inocente a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable (...)”<sup>18</sup>. Cabe mencionar, que el principio no ora la constitución de la culpabilidad, por cuanto la sentencia simplemente declara la culpabilidad y señala a un sujeto como autor o culpable de un hecho antijurídico, siendo ésta la única forma de imponer una pena. El principio enunciado, explica entonces que toda persona debe ser tratada como si fuera inocente, su situación jurídica, así lo establece MAIER, y afirma que mientras no se declare formalmente la culpabilidad de un sujeto, no le es aplicable ninguna consecuencia penal; por tanto el imputado goza de la misma situación jurídica de un inocente. De esta manera el principio no afirma que el sujeto es inocente, sino que no puede ser considerado culpable hasta que exista una decisión legítima que ponga fin a un procedimiento penal, condenándolo.<sup>19</sup> Dentro de la aplicación del principio de inocencia existen varios aspectos que han sido discutidos por diferentes tendencias en el campo penal; en efecto el Positivismo Criminológico ha determinado al principio de inocencia como absurdo, especialmente bajo ciertas situaciones, entre ellas se encuentra al delito en flagrante, situación ante la cual se toman ciertas medidas las cuales no presumen inocencia, al contrario se presume la culpabilidad del sujeto. Bajo el pensamiento del positivismo criminológico, se establece que la presunción de inocencia

---

<sup>17</sup> MAIER, JULIO B.J. *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*. Editores del Puerto s.r.l. Buenos – Aires, 2004, pp. 490 – 491.

<sup>18</sup> Internet, Declaración Universal de los Derechos del hombre y del ciudadano, Disponible en: [http://www.aidh.org/uni/Formation/01Home2\\_e.htm](http://www.aidh.org/uni/Formation/01Home2_e.htm), fecha de ingreso 2010 – 01 – 02.

<sup>19</sup> MAIER, JULIO B.J. *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*. Editores del Puerto s.r.l. Buenos – Aires, 2004. pp. 492.

imposibilitaría la persecución y el procedimiento penal. De esta manera se critica al principio de inocencia, estableciendo que sería absurdo iniciar cualquier acción o medida cautelar penal, si se presume la inocencia, cuando en efecto se debe presumir la culpabilidad. Se encuentran entonces dos sistemas que entienden el proceso penal desde diferentes ópticas, el pensamiento republicano liberal aprecia de manera completa al principio de inocencia, y el mismo influye sobre las principales instituciones procesales, incluyendo las medidas de coerción.<sup>20</sup>

Las consecuencias de la aplicación del principio de inocencia, se las puede apreciar desde el punto de vista del trato de inocente que se debe dar a las personas. Se ha establecido que la presunción de inocencia no tienen como fin el impedir el uso de la coerción estatal de manera absoluta, para lo cual en efecto, se encuentra la excepcionalidad del delito flagrante, sin embargo, entendido el principio con todos sus axiomas y toda su fuerza, la detención será viable solamente cuando no exista otra forma de asegurar la presencia de la persona ante la justicia, lo cual ya sitúa frente a un tema bastante complejo de apreciación del sujeto, y no una apreciación subjetiva, sino totalmente objetiva; bajo este tema, la detención en flagrante, se la debe considerar desde el ámbito de ser una necesidad de impedir la consumación de delito, y de asegurar ciertos fines procesales como la prueba y la presencia del mismo imputado. Esta excepcionalidad debe, sin embargo, responder a una base cierta de tal peso que sea capaz de destruir la protección individual de la libertad del sujeto, para dar paso a la aplicación de la coerción procesal que en efecto es la detención en flagrante. MAIER explica, que la coerción procesal es la aplicación de la fuerza pública que coarta libertades reconocidas por el orden jurídico, y agrega, que en el Derecho Procesal Penal, excluyendo los fines preventivos inmediatos, el fundamento para que actué la coerción procesal, sólo puede residir en el Peligro de Fuga del imputado o en el peligro de que se obstaculice la averiguación de la verdad<sup>21</sup>. Bajo este argumento, la figura de la flagrancia cae en el ámbito de aquellos fines preventivos inmediatos, de lo cual se desprenden también problemas a tratarse con la presunción de flagrancia y

---

<sup>20</sup> IBIDEM, . pp. 493

<sup>21</sup> MAIER, JULIO B.J. *Derecho Procesal Penal*. I. Fundamentos. Editores del Puerto s.r.l. Buenos – Aires, 2004. pp. 451

la flagrancia impropia, aparentemente aparece claro el fin preventivo en la flagrancia propia.

Como conclusión de este extenso principio, se debe acotar que si bien, el mismo se lo aprecia de una manera mucho más tangible en etapas del proceso distintas a la detención flagrante, tal como la decisión o no de dictar una prisión preventiva; sostengo que los principios constitucionales y los principios procesales penales, no existen solamente durante cierto momento o cierta situación, al contrario, los principios y derechos existen y son inherentes a las personas, por lo tanto, si el principio ora por un respeto a la libertad personal, presumiendo inocencia, significa que la persona, el ciudadano es legítimo poseedor de dicho principio a todo momento y en toda situación, por lo tanto una detención realizada por presunción de flagrancia, o por flagrancia impropia, en la cual la prueba que genera dicha detención es una denuncia, o incluso la posesión de un bien que aparentemente fue instrumento o vestigio del delito, ya no es suficiente para realizar la detención, bajo el principio de inocencia, ya que en efecto lo que se presume es su culpabilidad, dando paso a una total inaplicación del principio expuesto.

### **1.2.3. PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD**

El principio de taxatividad, se deriva del principio de legalidad que rige sobre el Derecho Penal y en general sobre todo el Derecho Público, tal como el Derecho Administrativo. Siendo así, se entiende que el principio de legalidad no debe limitarse solamente a la reserva formal de la ley, razón por la cual surge el principio de taxatividad. Dicho principio exige que la voluntad del legislador, contenga el grado máximo de certeza en el ámbito, el campo y la aplicación de la norma penal. Para lograr estos objetivos, el legislador deberá emplear técnicas que permitan la creación de normas cuya lectura, informe y explique dichos objetivos. De esta manera se pronuncia Carbonell, y establece que el cumplimiento del principio de legalidad, sería en efecto inútil, si la simple lectura de la ley no proporciona conceptos claros y precisos sobre su alcance, y en efecto se deben denunciar la creación o la misma existencia de normas cuyos términos no tengan un alcance claro y preciso.<sup>22</sup> La aplicación del principio de taxatividad se dirige a normas claras, lo cual en materia penal no

---

<sup>22</sup> CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS. *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales*, 3era Edición. Tirant lo blanch. Valencia, 1999.

solamente se sitúa en el plano de lo jurídico y el entendimiento de los elementos dogmáticos de la norma, sino que también se refiere a una garantía de los ciudadanos frente al poder punitivo del Estado.

En efecto, la flagrancia, tal como todo el resto de figuras jurídico – penales, deben estar situadas y conforme a los principios del Derecho Penal. La misma razón de ser del presente trabajo pretende dar un claro indicio del no cumplimiento de este principio en lo que se refiere al delito en flagrante, por cuanto los elementos que conforman a la norma del Código de Procedimiento Penal, que regula y dicta el delito flagrante, no es clara ni precisa, por el contrario se presta para muchas interpretaciones y dudas que transforman a la aplicación de la norma del delito flagrante en una tarea incierta, que puede estar atacando a los derechos de las personas.

#### **1.2.4. EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE EXCESO**

El principio de prohibición de exceso, parte de un pilar fundamental del Estado de Derecho: La Libertad. Bajo este argumento, se ha entendido que el Estado y quienes lo conforman, deben siempre tender a precautelar este derecho. En la óptica penal, esto se traduce a una mínima injerencia estatal punitiva frente a la libertad de las personas<sup>23</sup>. Carbonell se pronuncia respecto al tema y establece que, la libertad es a lo que un Estado social y democrático debe aspirar, para lo cual son necesarios los grados de igualdad y de justicia, y en concreto, se trata de que se restrinja de una manera mínima para poder alcanzar un mayor estado de bienestar, y por ello, de libertad.<sup>24</sup> En efecto, se encuentra ante un principio que permite la injerencia del Estado, en contra de la libertad de los ciudadanos, solamente en aquellos casos de necesidad, los cuales se configuran cuando está en juego la tutela de las propias libertades de los demás ciudadanos, y esto, en la medida de lo necesario. Carbonell explica que, la actividad punitiva del Estado, se la debe interpretar con el principio *restringenda sunt odiosa*, es decir siendo odiosa cualquier restricción de la libertad.

---

<sup>23</sup> IBIDEM. pp. 199

<sup>24</sup> IBIDEM. pp. 200

La aplicación de este principio a la flagrancia, es de suma importancia, por cuanto da ya la guía de por dónde se debe dirigir las consecuencias de los delitos en flagrante. La libertad, a la cual el principio ora, no es solamente aquella libertad denegada que se imprime y se dicta en una sentencia después de un proceso penal; la libertad a la cual el principio hace referencia, es también vulnerada por la detención en flagrante. Evidentemente, como se ha anticipado y plasmado en el trabajo, la flagrancia implica en efecto, esta figura que da la excepcionalidad a estos principios constitucionales y penales, de tan alto rango e importancia para el Estado de Derecho, por lo tanto debe ser cuidadosa y celosamente aplicada, ya que de lo contrario, no sólo se ataca al derecho del detenido, sino que se ataca a los pilares, fundamentos y principios del Estado de Derecho y de la justicia.

Si bien es cierto que dentro de la exposición realizada, ni siquiera se ha comenzado a agotar todos los principios existentes dentro del Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y lo Constitucional, se han expuesto aquellos que a mi criterio, son los más relevantes para la aplicación del tema de la flagrancia<sup>25</sup>. Nuevamente, se parte del argumento en el cual se establece que los principios, si bien son más claramente aplicables bajo ciertas circunstancias o en ciertas etapas del proceso, no implica aquello que dichos principios no sean rectores y acompañantes de los ciudadanos a cada momento de su existencia. Los principios expuestos, serán utilizados a lo largo de todo el trabajo para sustentar de una manera jurídicamente correcta los argumentos que se expongan. Se han visto principios de los cuales derivan aplicaciones relevantes, especialmente en el ámbito de la libertad y de la detención, así también en el ámbito de la necesidad de un mínimo de situaciones y argumentos que puedan dar paso a que una figura jurídico – penal los desvirtúe.

---

<sup>25</sup> ALBAN, ERNESTO. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*. Ediciones legales. Quito, Ecuador. pp. 15: “La ciencia que estudia el ius puniendi como las normas de derecho positivo, a través de las cuales se ejercita y limita esa potestad. A esta rama del saber jurídico se la conoce como dogmática penal”.

### **1.3.- Efectos y consecuencias procesales derivadas de la flagrancia.**

Se ha visto que la flagrancia del delito, es un concepto propio del Derecho Procesal Penal, el cual depende de la norma sustantivo penal. Al mantener entonces, el delito flagrante esta clasificación, contiene efectos procesales propios y únicos, los cuales han sido atribuidos por la ley. Para el efecto, se debe entonces analizar el Código de Procedimiento Penal y la Constitución ecuatoriana, cuerpos normativos en los cuales se encuentran detallados los efectos del delito flagrante. Se empezará por analizar las disposiciones constitucionales, por cuanto interesa el tema de los efectos de la flagrancia.

Bajo el capítulo sexto de la Constitución en su artículo 66, se establece que se reconoce y se garantizará a las personas, en su numeral 22: *El derecho a la inviolabilidad de domicilio. No se podrá ingresar en el domicilio de una persona, ni realizar inspecciones o registros sin su autorización o sin orden judicial, salvo delito flagrante, en los casos y forma que establezca la ley.*<sup>26</sup>

Se observa como un primer efecto del delito flagrante, la excepción al principio de la inviolabilidad del domicilio, en términos generales. La norma constitucional se refiere a este tema de una manera incompleta por cuanto dirige a los casos y la forma que establezca la ley, ya que bajo este primer efecto se encuentran varias dudas, tales como los agentes habilitados para realizar esta violación del domicilio por delito flagrante. Se verá más adelante, que la flagrancia habilita la detención de un particular por parte de otro particular, y surge inmediatamente la duda; ¿podrá entonces un particular ingresar al domicilio de otro particular por delito flagrante? Se resolverá más adelante cuando se ahonde en el tratamiento de este tema especialmente al tratar la presunción de flagrancia.

*La Constitución, bajo su artículo 77 establece: En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente*

---

<sup>26</sup> Internet, Constitución del Ecuador 2008, Disponible en: [www.lexis.com.ec](http://www.lexis.com.ec). Fecha de ingreso, 2010 – 01 – 04.

*cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.*

*2. Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente, salvo en caso de delito flagrante. Las personas procesadas o indiciadas en juicio penal que se hallen privadas de libertad permanecerán en centros de privación provisional de libertad legalmente establecidos.<sup>27</sup>*

Bajo estas disposiciones constitucionales se encuentran otros efectos de la flagrancia, esta vez son efectos relacionados con la privación de la libertad. La medida cautelar de la prisión preventiva es en efecto, de acuerdo a las disposiciones constitucionales, una medida de carácter excepcional. Ahora bien, al hablar de la privación de la libertad, no se debe entender a la privación de la misma solamente mediante una sentencia condenatoria, siendo así, la detención es también privación de la libertad. De tal manera que solamente se admite la detención siempre y cuando exista un antecedente judicial que así lo habilite, es decir la orden escrita de juez competente. En el caso de los delitos flagrantes, se entiende que dicha orden no es necesaria, por la misma naturaleza del delito flagrante, ya que se trata con un tema que nace y se desarrolla de una manera espontánea, nadie sabe cuándo va a presenciar un delito, por lo tanto la Constitución, permite la detención del autor flagrante, sin la necesidad de una orden judicial, pero su carácter de excepcional le exige que existan elementos de igual manera excepcionales para que se permita esta detención, se verá más adelante cuales son estos elementos excepcionales.

Este tema presenta varios inconvenientes, ya que si se remite a los elementos dogmáticos del delito flagrante, surgirán varias dudas, como por ejemplo el dilucidar si la Constitución se refiere a todas las formas de la flagrancia, como la flagrancia impropia o incluso la presunción de flagrancia.

---

<sup>27</sup> Internet, Constitución del Ecuador 2008, Disponible en: [www.lexis.com.ec](http://www.lexis.com.ec). Fecha de ingreso, 2010 – 01 – 04.

A continuación es necesario mencionar los efectos que desata el delito flagrante, que constan en el Código de Procedimiento Penal. El artículo 161 del CPP establece:

***Art. 161.- Detención por delito flagrante.- Los agentes de la Policía Nacional, de la Policía Judicial, o cualquier persona pueden detener, como medida cautelar, a quien sea sorprendido en delito flagrante de acción pública. En este último caso, la persona que realizó la detención deberá inmediatamente entregar al detenido a un miembro policial.<sup>28</sup>***

En esta primera parte, la norma establece los agentes de la detención, los cuales son básicamente la policía y los particulares. Adicionalmente establece una importante restricción del tema de los delitos flagrantes, y es que los mismos sólo existen para los delitos de acción pública. Finalmente establece la norma la obligación del particular que detuvo a otro, de entregarlo a las autoridades inmediatamente. Se advertirá más adelante el gran problema que rodea a la palabra “inmediatamente” en los delitos flagrantes.

*El policía que haya privado de libertad a una persona sorprendida en delito flagrante, comparecerá de inmediato con el detenido ante el juez de garantías. El fiscal, con la presencia del defensor público, podrá proceder previamente conforme lo determina el artículo 216 de este Código, luego de lo cual el agente de la Policía elaborará el parte correspondiente, quien además comunicará a éste sobre el hecho de la detención. Dentro de las veinticuatro horas desde el momento en que ocurrió la detención por delito flagrante, el fiscal solicitará al juez de garantías penales que convoque a audiencia oral en la que realizará o no la imputación, y solicitará la medida cautelar que considere procedente, cuando el caso lo amerite.<sup>29</sup>*

Se ve otro efecto procesal del delito flagrante; la norma establece que el agente de la detención comparezca inmediatamente ante el juez de garantías, sin embargo existe cierta contradicción en la norma, ya que en efecto el policía que realizó la detención, acude ante el fiscal, no ante el juez, y es el fiscal quien solicita al juez que realice la audiencia. Se puede ver claramente que el

---

<sup>28</sup> Internet. Código de Procedimiento Penal. Disponible en: [www.lexis.com.ec](http://www.lexis.com.ec), Fecha de ingreso 2010 – 01 – 04

<sup>29</sup> Internet. Código de Procedimiento Penal. Disponible en: [www.lexis.com.ec](http://www.lexis.com.ec), Fecha de ingreso 2010 – 01 – 04

sistema legal que se ha establecido para la detención por delito flagrante, es un sistema que se maneja con el concepto de la inmediatez y la necesidad de realizar todas las gestiones y procedimientos de carácter urgente. Esto responde a que la detención realizada, no contiene el antecedente normal de la detención, es decir la orden de juez competente, por lo tanto esa detención está actuando bajo un margen de excepcionalidad de un principio constitucional, razón por la cual es emergente que la situación del supuesto infractor sea formalizada bajo la justicia penal. Esta disposición da el paso directo para el efecto final de la flagrancia: la audiencia de calificación de flagrancia.

El artículo innumerado 161 del Código de Procedimiento Penal, establece:

**Art. ...-** *Audiencia de calificación de flagrancia.- El juez dará inicio a la audiencia identificándose ante los concurrentes como juez de garantías penales, señalando los derechos y garantías a que hubiere a lugar. Luego concederá la palabra al representante de la Fiscalía quien expondrá el caso, indicando las evidencias encontradas en poder del sospechoso, y fundamentando la imputación que justifica el inicio de la instrucción fiscal, de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 217 de este Código. El fiscal solicitará las medidas cautelares que estime necesarias para la investigación y señalará un plazo máximo de hasta treinta días para concluir la instrucción fiscal. Acto seguido el juez de garantías penales concederá la palabra al ofendido, en caso de haberlo, al policía si lo estimare necesario, a fin de que relate las circunstancias de la detención. Luego escuchará al detenido para que exponga sus argumentos de defensa, quien lo hará directamente o a través de su abogado defensor. La intervención del detenido no excluye la de su defensor. El juez de garantías penales concluirá la audiencia resolviendo la existencia de elementos de convicción para la exención o no de medidas cautelares. Inmediatamente, dispondrá la notificación a los sujetos procesales en el mismo acto de la audiencia. Posteriormente, el fiscal de turno, remitirá lo actuado a la Fiscalía General, a fin de que continúe con la instrucción el fiscal especializado que avoque conocimiento, en caso de haberla.*<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Internet. Código de Procedimiento Penal. Disponible en: [www.lexis.com.ec](http://www.lexis.com.ec), Fecha de ingreso 2010 – 01 – 04

La audiencia de calificación de flagrancia es la cúspide de los efectos del delito flagrante. En efecto el nombre que se le ha asignado, “audiencia de calificación de flagrancia” hace pensar que durante esta audiencia se discutirán las circunstancias de la detención y será el juez de garantías penales, quien dilucide si en efecto hubo o no flagrancia en el delito cometido. Sin embargo, se desprende de las disposiciones del artículo que, en efecto, no se está calificando la flagrancia o no del delito, sino que se están discutiendo los temas como el inicio de la instrucción fiscal y en especial el tema de las medidas cautelares que el fiscal estima necesarias, cuando se debería rescatar la existencia o no de los elementos de la flagrancia para establecer la legitimidad o no de la detención.

## Capítulo II

### LA FLAGRANCIA PROPIA

Dentro del presente capítulo se analizarán ciertos aspectos importantes y relevantes sobre la flagrancia propia. Se obviará la repetición de los conceptos básicos y la definición de la flagrancia propia, ya que se los expuso en punto 1.1 del capítulo 1, esto en razón que la flagrancia propia es la flagrancia que más ha sido tratada por la doctrina e incluso es la forma de flagrancia más utilizada en la ley. La flagrancia propia implica la fusión de varios elementos en una unidad de tiempo que son claramente identificables, tal como se ha expuesto en el Capítulo I al tratar sobre el concepto básico de la flagrancia. Resulta entonces adecuado mencionar que el concepto básico de la flagrancia, comparte los elementos del concepto de la flagrancia propia. Se destinará al tema de la flagrancia propia, el análisis de situaciones que presentan un claro conflicto con el concepto de la flagrancia en general, entre ellos el tema del *iter criminis*, la tentativa y el delito flagrante, y finalmente la ejecución del delito frente a una o más personas.

#### 2.1. *El iter criminis* y la flagrancia propia

En este primer punto se verá las distintas etapas del *iter criminis*<sup>31</sup>, y se determinará la posibilidad de que exista o no la figura de la flagrancia propia en cada una de ellas.

---

<sup>31</sup> POLITOFF, SERGIO. *Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1999, pp. 25: "Las distintas hipótesis en que el sujeto trató de cometer el delito, pero éste no llegó a consumarse, constituyen el tema principal de que los prácticos italianos llamaron el *iter criminis*, el camino o vía del delito".

### 2.1.1. LA FASE INTERNA

*Cogitationis poenam nemo patitur*<sup>32</sup>, es el principio rector sobre la fase interna del *iter criminis*; bajo este concepto se entiende que el pensamiento no delinque. Esta fase interna no puede ser objeto de castigo por el Derecho, sino solamente cuando la misma se exprese en una fase externa bajo ciertas condiciones<sup>33</sup>. Doctrinariamente no ha sido discutida esta posición sobre la punibilidad en la fase interna, en efecto, muchos esfuerzos se han realizado judicial y políticamente para que dicha atrocidad no se llegue a cometer, en cuanto evidentemente se abren las puertas para un castigo subjetivo, carente de prueba y contrario a los principios del Estado de Derecho. El Código Penal así lo establece en su artículo 2: *Nadie puede ser reprimido por un ACTO que no se halle expresamente declarado infracción por la Ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.*<sup>34</sup> Hablar de flagrancia propia en esta etapa del *iter criminis* es incorrecto, ya que falta un elemento clave para la existencia de la flagrancia, lo cual es el mismo delito.

### 2.1.2. LA FASE EXTERNA

#### **ACTOS PREPARATORIOS Y FASE DE EJECUCIÓN**

Dentro de la fase externa del *iter criminis* se encuentran los actos preparatorios. En esta etapa se trata con comportamientos tales como: observar el lugar, proporcionarse cómplices, procurarse los medios, etc. Para la etapa de los actos preparatorios existe el principio de impunidad de los mismos, sin embargo existen ciertas excepciones a este principio<sup>35</sup>. Ahora bien, cuando se habla de la fase ejecutiva del delito, se parte del principio contrario, y se trata con la punición de la tentativa. El fundamento para castigar conductas que no han lesionado bienes jurídicos, ha sido ampliamente discutido por la doctrina penal, y en efecto se han establecido tres teorías sobre el fundamento de este castigo. La teoría objetiva, la teoría subjetiva y

---

<sup>32</sup>. Principio consagrado en el Digesto, establece que el solo pensamiento no es punible. Citado por POLITOFF, Sergio. Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1999, Pág. 30

<sup>33</sup> PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal Parte General*. Editorial B de F. Buenos Aires, 2007. pp. 338.

<sup>34</sup> Internet. Código Penal. Disponible en: [www.lexis.com.ec](http://www.lexis.com.ec), Fecha de ingreso 2010-02-02

<sup>35</sup> PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal Parte General*. Editorial B de F. Buenos Aires, 2007. pp. 338.- La conspiración, la proposición y la provocación para delinquir se consideran especialmente peligrosos, son actos preparatorios punibles.

finalmente una teoría mixta. A continuación, una breve reseña sobre estas teorías.

La teoría objetiva utiliza como argumento jurídico, la puesta en peligro del bien jurídicamente protegido. Es ese peligro el cual la ley debe castigar mediante el uso de la tentativa. Esta teoría explica también las consecuencias de poner en peligro un bien jurídico, y es congruente con su ideología, al asignar una pena reducida por cuanto hay una menor proximidad objetiva a lesionar un bien jurídico, adicionalmente trata con la impunidad de la tentativa absolutamente inidónea, ya que objetivamente no hay peligro alguno y la impunidad de los actos preparatorios ya que objetivamente se encuentran muy lejos de causar un daño o peligro al bien jurídico<sup>36</sup>

La teoría subjetiva utiliza como argumento para la pena, la voluntad contraria a Derecho manifestada, es decir que al no existir una lesión al bien jurídico, lo que se castiga es la voluntad del sujeto, dirigida a causar dicha lesión, por cuanto la misma se ha manifestado externamente. Bajo esta teoría se debería entonces aumentar el castigo a los actos preparatorios, por cuanto los mismos pueden, en efecto, expresar una voluntad contraria a Derecho; adicionalmente la pena de la tentativa debería ser igual que la del mismo delito consumado, por cuanto la ausencia de un resultado dañoso no presupone una voluntad delictiva menor; y finalmente, presupondría el castigo de la tentativa absolutamente inidónea, ya que de igual manera la voluntad delictiva está presente de una forma perfecta<sup>37</sup>

Finalmente la teoría mixta, que recopila las ideas objetivas y subjetivas en un intento armonizante de las mismas. La teoría mixta, concuerda con la voluntad delictiva como el fundamento para el castigo, sin embargo delimita al castigo a exigencias objetivas; es decir que necesita de la existencia de un daño o peligro objetivo para tasar la pena. Esta teoría habla de la teoría de la conmoción<sup>38</sup>, esta teoría expresa que un hecho, debe producir una conmoción de la colectividad para que pueda considerarse dañoso. Es decir que el resultado de la tentativa, sea algo que conmocione a la colectividad, lo cual encuentra varios puntos débiles empezando por recordar que la tentativa como

---

<sup>36</sup> IBIDEM. pp. 338. 339, 340.

<sup>37</sup> IBIDEM, pp. 338. 339

tal, no produce un resultado tangible palpable, para lo cual es prudente concluir que la colectividad sufre una conmoción con el solo hecho de intentar producir un daño a un bien jurídico protegido.

En efecto, el Código Penal ecuatoriano, utiliza a la teoría objetiva, ya que la pena de la tentativa es disminuida, de igual manera los actos preparatorios son impunes con las excepciones ya anotadas, y finalmente una tentativa irreal no sería punible por cuanto el Código habla de “actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito”<sup>39</sup>.

Con este antecedente claro, se puede entender que la existencia de la flagrancia, es imposible durante la etapa de los actos preparatorios, por cuanto la no existencia de un delito, impide la existencia de la flagrancia del mismo, y se podría establecer que de esa manera se configura la regla, sin embargo su respectiva excepción radica en que sí es posible la existencia de un flagrante acto de preparación punible. Se habla en este caso de la conspiración, la proposición y la provocación, delitos a los cuales el Código Penal, tal como se estableció anteriormente, los ha asignado con una pena específica por considerarlos actos preparatorios graves. Ejemplos de conspiración se encuentran en los artículos, 116, 117, 118, de la siguiente manera: *Art. 116.- Los ecuatorianos que, bajo bandera enemiga, hicieren armas contra la República, serán reprimidos con las mismas penas establecidas en el artículo anterior. Art. 118.- La conspiración para cometer alguna de las infracciones detalladas en los tres artículos anteriores, será reprimida con ocho a doce años de reclusión mayor, en caso de que se haya puesto por obra algún acto para preparar la ejecución de dichas infracciones; y en el caso contrario la pena será de cuatro a ocho años de la misma reclusión*<sup>40</sup>. Se puede ver claramente que son delitos que permiten ser descubiertos, permiten ser presenciados por una o más personas, por lo tanto permiten a la flagrancia propia. Finalmente, a manera de ejemplo se puede hablar de la provocación, como se la encuentra en el artículo 226: *La provocación a duelo dirigida a los funcionarios públicos de que hablan los dos artículos anteriores, será reprimida con la pena inmediata inferior a la señalada para la tentativa de asesinato contra los expresados funcionarios, y según las distinciones establecidas en los mismos*

---

<sup>39</sup>Internet. Código Penal. Disponible en: [www.lexis.com.ec](http://www.lexis.com.ec), Fecha de ingreso 2010-02-02

<sup>40</sup>Internet. Código Penal. Disponible en: [www.lexis.com.ec](http://www.lexis.com.ec), Fecha de ingreso 2010-02-02

*artículos*.<sup>41</sup> De igual manera que la conspiración, esta provocación admite flagrancia propia, en cuanto permite ser descubierta durante su ejecución, o realizada frente a una o más personas.

A continuación se tratará la etapa de ejecución del delito. Se comenzará por tratar el tema de la existencia o no de la flagrante tentativa, para lo cual primero se debe entender a la tentativa. Dentro del tema de la tentativa, se encuentran nuevamente dos posiciones doctrinarias, el modelo objetivo y el modelo subjetivo; es imprescindible conocer estas teorías por cuanto proporcionan el alcance y el objeto de la pena de la tentativa, lo cual es útil y necesario para determinar la necesidad o posibilidad de que exista la flagrancia dentro de la tentativa.

El modelo objetivo sobre la tentativa trabaja sobre el siguiente concepto: “*la peligrosidad objetiva de realización del tipo legal*”. En efecto se reconoce que esta teoría fue formulada ya por FEUERBACH<sup>42</sup> en 1801; la teoría objetiva mira a la relación causal hipotética que consta de la acción que el autor se ha puesto a ejecutar y el delito que éste se había propuesto.<sup>43</sup> En efecto, todo el recorrido que lleva a cabo el autor, desde los actos preparatorios, tiene una naturaleza de formulación del delito tipificado y de preparación, de tal manera que responde a una lógica en la cual cada actuación contribuye en una cierta medida a que el delito por cometerse sea cada vez más certero, cada actuación elimina puntos de incertidumbre que puedan contribuir al fracaso del delito; de esta manera se entiende que objetivamente se está construyendo con cada paso un posible delito, eliminando de la ecuación los posibles factores de error. Bajo este razonamiento se entiende que objetivamente el delito es cada vez más cercano y posible, por lo tanto, el peligro hacia el bien

---

<sup>41</sup> Internet. Código Penal. Disponible en: [www.lexis.com.ec](http://www.lexis.com.ec), Fecha de ingreso 2010-02-02 Cabe mencionar que encontramos inútil la existencia de este artículo por cuanto el duelo ha sido derogado de nuestra legislación, y el referido artículo habla de la provocación al duelo.

<sup>42</sup> FEUERBACH, ANSELM V, *Tratado de Derecho Penal*. Hammurabi. Buenos Aires. 1989. Feuerbach establece que, una acción externa, intencionalmente dirigida a la producción de un crimen, ya constituye por sí mismo una infracción, y la misma debe ser penada siendo objetivamente peligrosa; en circunstancias tales que la consumación se impida por una acción externa, y no por la libre voluntad del autor. Adicionalmente el autor establece tres grados de tentativa, en primer lugar el *delictum perfectum*, en segundo lugar la tentativa próxima, es aquella en la que se ha comenzado la acción principal, es decir esa acción cuyo agotamiento hubiese debido y podido producir inmediatamente el resultado ilícito, y en tercer lugar la tentativa remota, la cual simplemente prepara el acto de consumación.

<sup>43</sup> POLITOFF, SERGIO. *Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – 1999. pp. 107

jurídicamente protegido crece proporcionalmente, y es en este punto en donde se justifica la pena de la tentativa, por establecer un peligro objetivo hacia un bien jurídicamente protegido. De esta manera lo argumentó y lo razonó VON HIPPEL, al establecer que: “El fundamento jurídico de la punibilidad de la tentativa reside en el peligro objetivo de realización del concreto tipo delictivo”<sup>44</sup>

De este modo se ha establecido por esta teoría que la tentativa es peligrosa, de lo cual se deriva su punibilidad y también se deriva un punto importante de la tentativa. En efecto, la tentativa será objetivamente peligrosa si al momento de ejecución del hecho, la realización del tipo aparecía como posible<sup>45</sup>; por el contrario, será necesario entonces la impunidad de la tentativa cuando el peligro objetivo no existe, es la llamada impunidad de la tentativa absolutamente inidónea.

De la breve exposición realizada sobre la teoría objetiva de la tentativa, se puede dilucidar los elementos necesarios para argumentar sobre la flagrancia propia dentro de la tentativa, utilizando la doctrina objetiva. Se encuentran inconvenientes sobre la flagrancia propia en esta etapa; se debe partir del argumento en el cual se reconoce que la detención en flagrancia, contiene también un elemento de prevención del delito, aunque no se desprenda claramente de la redacción de la ley, por cuanto el artículo 162 del Código de Procedimiento Penal establece: “ *Es delito flagrante el que se comete en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su supuesta comisión(...)*”<sup>46</sup> . La redacción del artículo sitúa en el presente y en el futuro del delito, sin embargo nada dice sobre el momento anterior a que se “cometa” el delito. Si se parte del entendimiento literal de la norma, en efecto, se debería establecer que fue el deseo del legislador el excluir la detención flagrante en tentativa, o bien hubo una mala técnica legislativa en la redacción de la norma; aquella utiliza la palabra “comete” y se podría argumentar que en la tentativa, el delito aún no se lo comete, por cuanto se lo está tentando, sin embargo parece que ese no es el

---

<sup>44</sup>Obra citada por POLITOFF, SERGIO. *Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – 1999. pp. 108

<sup>45</sup> Se utilizan las palabras “la realización del tipo” por cuanto concuerdo con el razonamiento de POLITOFF, en cuanto afirma que a la tentativa se la trata como el peligro de realización del tipo y no necesariamente el peligro inmediato de lesión a un bien jurídicamente protegido

<sup>46</sup>Internet. Código de Procedimiento Penal. Disponible en: [www.lexis.com.ec](http://www.lexis.com.ec), Fecha de ingreso: 2010-02-08

argumento adecuado para aplicar a esta norma. Me parece que el argumento adecuado se lo debe analizar en primer lugar definiendo cuándo un delito se lo comete. Se parte del siguiente argumento: la tentativa de un determinado delito, en efecto es un acto penalizado por el Derecho Penal; el que la tentativa sea penada, implica reconocer el peligro objetivo de la misma, luego, la detención busca el precautelar y prevenir un posible daño a un bien jurídicamente protegido, impidiendo la realización del tipo, de tal manera que la tentativa admite la detención en flagrancia, por representar un peligro objetivo, el cual puede ser impedido mediante la detención del autor. Respaldando este argumento, se puede citar a CLARIÁ, quien trata sobre la flagrancia, y la trata de una manera totalmente conexas con el hecho de la detención (no utiliza la palabra aprehensión como otros autores), y precisamente la trae a colación al hablar de los justificativos de la detención, y establece la existencia de la flagrancia propiamente dicha, estableciendo que la misma no va más allá de la sorpresa en el acto mismo de cometerse el delito **o de tentarlo**, y lo inmediatamente posterior ligado en forma directa a su ejecución, mientras los autores no se hayan apartado del lugar<sup>47</sup>.

Se observa cómo el autor, extiende los efectos de la flagrancia a la etapa de la tentativa, lo cual permite inferir que el entendimiento dogmático de la flagrancia, incluye el elemento de prevención y no solo de reparación del daño o procuración de la justicia. De esta manera la flagrancia, actúa en formato de prevención de la realización de un determinado tipo penal que se lo está tentando. MORAS, al tratar sobre la flagrancia, al igual que muchos otros autores, la trata como elemento esencial para la aprehensión, y establece su base ideal o ideológica, estableciendo que hay ciertos momentos, en los que tanto la autoridad como la sociedad deben adoptar medidas en las cuales se debe privar de la libertad a un sujeto, por lo tanto no es posible esperar por la orden de detención en cuanto es de carácter emergente, y busca parar un daño actual o procurar la justicia.<sup>48</sup> Así, el autor habla de medidas en las cuales se debe detener a una persona; y es por lo demás lógico establecer que, la

---

<sup>47</sup> CLARIÁ, JORGE OLMEDO. *Derecho Procesal Penal*. Rubinzal – Culzoni. Buenos Aires. 1998. pp. 368.

<sup>48</sup> MORAS, JORGE. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Abeledo – Perrot, Buenos Aires. 1999. pp. 291

objetiva puesta en peligro de un bien jurídico es causa suficiente para que actúe y se active la posibilidad de realizar una detención por flagrancia.

ODERIGO establece que la aprehensión por delito flagrante se da al que intentare cometer un delito en el momento de empezar a cometerlo<sup>49</sup>. Los argumentos del autor, al igual que otros autores, establece ya un indicio de flagrancia para la figura de la tentativa; las incógnitas penales, como asumir que alguien va a cometer un delito y la ausencia de muchos elementos que justifican la aprehensión, tales como la urgencia o el derecho afectado, se las explica mediante la teoría objetiva de la tentativa tal como se ha visto, es decir, es aquel peligro objetivo, de que se realice el tipo penal, lo que se pena, sin embargo se encuentra ya un problema en la flagrante tentativa, ya que se ha afirmado y argumentado la posibilidad de que exista la flagrante tentativa en virtud de la protección del bien jurídico por cuanto se lo ha puesto objetivamente en peligro.

Ahora bien, para que la detención en la tentativa sea legítima, deberá entonces compartir con todos los elementos que la misma tentativa exige para que sea penada, es decir los elementos objetivamente apreciables que permiten inferir la objetiva puesta en peligro de un bien jurídico, solo entonces la detención podrá llevarse a cabo. De igual manera, si la teoría objetiva de la tentativa impide que se pene a la tentativa inidónea, entonces la detención no sería posible bajo una tentativa inidónea, por cuanto no existe un peligro objetivo, y al no existir este peligro, la detención se transformaría en ilegal. El tema se presenta de esta manera desde un plano objetivo dogmático, sin embargo, la aplicación práctica de cuándo o cómo decidir el llevar a cabo una detención flagrante en tentativa es de gran complejidad, ya que demandaría que el agente de la detención, realice un juicio de valoraciones objetivas en las cuales se analice cada uno de los elementos que conforman al acto tentativo ilícito, para determinar si existe o no la objetiva puesta en peligro del cometimiento del tipo, además de que el mismo no sea un acto inidóneo para un resultado específico, lo cual *prima facie*, exige una dedicación de tiempo más o menos prolongada, lo cual no sería prudente exigir en una situación emergente en la cual la detención oportuna puede significar el precautelar una

---

<sup>49</sup> ODERIGO, MARIO A. *Derecho Procesal Penal*. Depalma. Buenos – Aires. 1973. pp 679.

posible lesión a un bien jurídico protegido. Evidentemente puede llegar a darse el caso de tentativa inidónea que no pueda ser distinguida como tal, como por ejemplo la tentativa de asesinato con un arma de juguete; en este caso el agente de la detención solamente se podrá guiar por lo que objetivamente presenta una apariencia de peligro razonable y realizar la detención. La misma tendrá el carácter de preventivo.

Otro tema de gran importancia es el dilucidar, en qué momento es posible la detención por flagrante tentativa. La respuesta lógica será, cuando en efecto se esté en la etapa de tentativa. Pero esta respuesta aparentemente simple, obliga a determinar, en qué momento se pasa de los actos preparatorios impunes a la tentativa penada, por ende al momento en el cual se puede llevar a cabo la detención por flagrante tentativa. La frontera que separa los actos preparatorios de los actos ejecutivos ha sido determinada con diferentes criterios por la doctrina y se han establecido diferentes teorías: La teoría puramente subjetiva; la teoría objetivo – formal; y la teoría objetivo – material. A continuación se realizará un breve resumen de cada una de las teorías incluyendo el respectivo análisis y comparación de cada teoría con la figura de la flagrancia:

### **2.1.2.1. TEORÍA PURAMENTE SUBJETIVA**

La teoría puramente subjetiva fue definida en el siglo XIX por Von Buri. En su parte fundamental establece que lo decisivo para diferenciar los actos ejecutivos de los actos preparatorios es la opinión del sujeto acerca de su plan criminal. De esta manera establece que los actos que, para el sujeto, ya constituyen la fase decisiva de su plan serán actos ejecutivos; es indispensable tener en cuenta el plan del autor; es necesario saber si el autor se dispone cometer homicidio usando un arma blanca, un arma de fuego o veneno<sup>50</sup>.

De los fundamentos expuestos por la teoría puramente subjetiva, se pueden identificar argumentos a favor y en contra. Entre un argumento a favor, se encuentra que el delito puede tomar varias formas y modalidades, por lo tanto el tener en cuenta el plan del autor y su opinión son puntos favorables para determinar la fase ejecutiva del mismo. Por otro lado, un argumento en

---

<sup>50</sup> PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal Parte General*. Editorial B de F. Buenos Aires, 2007. pp. 348

contra establece que contraviene el principio de legalidad, por cuanto la determinación del momento a partir del cual los actos son punibles no se los puede dejar en manos del autor, ya que esto corresponde a la ley<sup>51</sup>

### **LA FLAGRANTE TENTATIVA BAJO LA TEORÍA PURAMENTE SUBJETIVA**

Se ve que bajo esta primera teoría, el punto clave para determinar el inicio de los actos ejecutivos punibles se lo encuentra en el conocimiento del plan del autor, en cuanto solamente el mismo autor sabrá con exactitud cuándo su acción delictiva dejó de prepararse y comenzó a ejecutarse para dar el resultado deseado<sup>52</sup>. Utilizando los mismos fundamentos de esta teoría, se puede acoplar la aplicación de la flagrancia y su consecuencia directa de la detención en la etapa de la tentativa. De esta manera, la posibilidad de realizar una detención por flagrante tentativa, utilizando la teoría subjetiva, sería posible en el supuesto caso, en el cual, el agente de la detención, conociera de antemano el plan del criminal. Implica un conocimiento tan detallado, que permita al agente de la detención, reconocer y concordar con el autor, en qué momento se está ejecutando el ilícito, de esta manera, podría afirmar que al conocer el momento exacto en el cual se ha cruzado la frontera de los actos preparatorios<sup>53</sup>, el autor se encuentra en tentativa, permitiendo que la flagrancia despliegue sus efectos. La aplicación de la flagrancia bajo esta teoría presenta la necesidad de contar con un agente de la detención calificado, en el sentido en que la flagrancia no puede simplemente surgir espontáneamente por la simple observación de un tercero ajeno al plan criminal, por cuanto exige un conocimiento detallado del mismo.

Un caso de aplicación práctica de esta flagrante tentativa, podría darse en un supuesto en el cual exista coautoría, y uno de los autores se arrepiente de llevar a cabo el ilícito y detiene al otro coautor durante un acto objetivamente impune, que sin embargo bajo el plan criminal, ya constituye ejecución directa del crimen.

#### **2.1.2.2. TEORÍA OBJETIVO-FORMAL**

---

<sup>51</sup> IBIDEM, pp. 348.

<sup>52</sup> IBIDEM, pp 348

<sup>53</sup> IBIDEM, pp 349

Los fundamentos de esta teoría establecen que los actos ejecutivos comienzan con “el juicio de la acción descrita en el tipo en sentido estricto”<sup>54</sup>. De esta manera los actos ejecutivos comienzan cuando comienza la acción descrita por el verbo nuclear del tipo; adicionalmente se propone un ejemplo, el cual explica que la tentativa de homicidio comenzaría cuando comienza la acción de matar.

De la teoría expuesta se desprenden argumentos a favor y en contra. El argumento a favor más contundente es que esta teoría respeta íntegramente al principio de legalidad. Por el contrario, el problema de esta teoría es que recae en la tautología, por cuanto remite el comienzo de la acción típica para resolver cuándo comienza la acción típica. Bajo esta teoría se elimina la posibilidad de la tentativa en los delitos de acción instantánea, tales como el homicidio, puesto que el verbo nuclear de dicho delito no puede realizarse parcialmente.<sup>55</sup>

## **LA FLAGRANTE TENTATIVA BAJO LA TEORÍA OBJETIVO-FORMAL**

Dentro de esta teoría no se puede extender mucho en el término o la aplicación de la flagrancia en la tentativa, ya que la teoría contiene un grave error que la hace recaer en la tautología, impidiendo determinar cuándo se está frente a los actos de ejecución punibles como la tentativa, por lo tanto al no poder establecer el momento de la tentativa, es imposible el establecer el momento en el cual surge la flagrancia de la misma. Si el acto de ejecución, es la misma acción, el verbo nuclear del tipo, no se encuentra tentativa, luego, al no haber tentativa, no hay flagrante tentativa.

### **2.1.2.3. TEORIA OBJETIVO – MATERIAL**

La teoría objetivo – material parte de la necesidad de aportar un criterio objetivo que permita hablar del comienzo de la acción típica en sentido amplio. Utiliza la fórmula de Frank de la concepción natural: “*Son ejecutivos los actos que se hallan de tal forma unidos a la acción típica, que según la concepción natural aparecen como parte suya.*”<sup>56</sup> Dicha fórmula es excesivamente vaga y no concreta cuando se da la referida unión entre los actos y la acción típica. La

---

<sup>54</sup> IBIDEM pp. 348.

<sup>55</sup> IBIDEM. pp. 348

<sup>56</sup> FRANK: StGB, 43, II, 2b. Rodríguez Mourullo, Comentarios I, pp. 117, Cobo / Vives. 1995, citado por, PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal Parte General*. Editorial B de F. Buenos Aires, 2007. pp 349

doctrina alemana se ha ocupado de tal concreción y estas son sus conclusiones: Se plantean las siguientes incognitas, ¿Cuándo comienza el campo previo en el que ya da comienzo la ejecución? Para lo cual se establece que se debe tomar en consideración el plan del autor. El plan del autor debe ser valorado desde un prisma objetivo; unos mismos hechos objetivos pueden conducir a conclusiones distintas. Para aclarar el panorama se propone un ejemplo, utilizando el homicidio: Quien tiende una trampa en el bosque para atrapar en ella a su víctima, puede pretender dejarla morir por inanición, o bien disparando sobre ella una vez atrapada. En efecto, bajo el ejemplo, dependen las opciones del plan del autor. Consecuentemente, la valoración objetiva de cuando empieza la ejecución, será distinta en uno y otro caso. ¿Cómo valorar objetivamente el plan del autor? Se manejan dos criterios: La puesta en peligro inmediata y la inmediatez temporal. **PRIMER CRITERIO.-** Afirma el comienzo de la tentativa, cuando se produce ya una inmediata puesta en peligro del bien jurídico.<sup>57</sup> **SEGUNDO CRITERIO.-** Afirma el comienzo de la tentativa cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a la plena realización de la conducta típica. Se ha establecido que siempre será discutible cuándo empieza a producirse una puesta en peligro inmediata, por lo cual se ataca al primer criterio. Utilizando el segundo criterio se ha establecido que se logra mayor precisión, en cuanto se exige una conexión directa al estilo de Frank.<sup>58</sup>

## **LA FLAGRANTE TENTATIVA BAJO LA TEORIA OBJETIVO-MATERIAL**

La teoría objetivo material es la teoría más aceptada por la doctrina, por cuanto utiliza conceptos y argumentos que intentan acercarse a la objetividad que exige el Derecho Penal y alejarse de la muy peligrosa subjetividad. En efecto, la teoría objetiva material tampoco es perfecta, en razón de la complejidad del tema y de todos los elementos a los cuales impone enfrentarlos. La teoría objetiva material presenta una cierta fusión entre una parte subjetiva, tal como es el conocer el plan criminal, pero disfrazada de un

---

<sup>57</sup> Estos criterios tienen mucha conexidad con la teoría objetiva que fundamenta la pena de la tentativa ya analizadas en las páginas 23, 24, 25 y 26 del presente trabajo.

<sup>58</sup> IBIDEM. pp 349

prisma objetivo de análisis. La fórmula de Frank, enseña que se debe valorar los actos que se ejecutan y de alguna manera entender cuáles de ellos son parte de un acto punible. Cuando se logre esa valoración, se podrá definir claramente si dichos actos acompañan al acto ilícito, o no. Si en efecto "...aparecen como parte suya..."<sup>59</sup>, se estará ante los actos de ejecución por ende en tentativa. Ahora bien, utilizando los criterios que ha proporcionado la doctrina alemana<sup>60</sup>, se puede acoplar a la figura de la flagrancia bajo esta teoría. En un primer momento, se estará ante el análisis de la inmediata puesta en peligro del bien jurídico, situación bajo la cual la flagrancia existe en plenitud. Este tema se vuelve recurrente con la teoría objetiva sobre la punibilidad de la tentativa, ya estudiado páginas atrás.

La apreciación concurre con la lógica, es decir que ante la presencia de un peligro, objetivo, o como se trató anteriormente, la presencia del peligro del cometimiento del tipo, habilita de forma inmediata, además de exigir la existencia de la flagrancia en el mismo, por cuanto existe peligro, luego, existe tentativa y la misma puede ser flagrante. Este tema se presenta con la gran incógnita de definir cuándo existe peligro, para que se pueda realizar una detención flagrante por tentativa. El tema se lo abordará más adelante bajo el análisis de los delitos de peligro, ya que entran en juego elementos claves tales como la posibilidad y la probabilidad del peligro, lo cual dará la guía clara para saber cuando dicho peligro existe, que sea suficiente para que se activen los efectos de la flagrancia. Finalmente, utilizando el segundo criterio, se encuentra la misma situación, solo que esta vez los actos que sitúan a una persona en la etapa de tentativa, deberán ser objetivamente conexos con la conducta típica. Es decir, que los actos guíen objetivamente al cometimiento del tipo, dichos actos serán considerados tentativos del ilícito, por ende, son considerados como propios del delito a cometerse, y bajo esta lógica, la flagrancia existe desde el momento en que existen dichos actos.

---

<sup>59</sup> FRANK: StGB, 43, II, 2b. Rodríguez Mourullo, Comentarios I, pp. 117, Cobo / Vives. 1995, citado por, PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal Parte General*. Editorial B de F. Buenos Aires, 2007. pp 349

<sup>60</sup> PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal Parte General*. Editorial B de F. Buenos Aires, 2007, pp. 349

En este punto cabe recordar las palabras de Manzini<sup>61</sup> quien establece que la flagrancia propiamente dicha, se configura en el caso que el delito se comete actualmente, el agente – autor, es sorprendido en el acto de cometer el delito; lo cual acontece en los casos de delitos continuados y delitos permanentes; mas no hay flagrancia si en el caso de los delitos permanentes no se sorprende al delincuente en el acto de mantener, activa o pasivamente el estado de permanencia. De igual manera se pronuncian la gran mayoría de autores sobre la flagrancia propia. Parecería ser entonces, que la flagrancia propia, no es la figura adecuada para hablar de un momento ex – ante de efectivamente “cometer<sup>62</sup>” el delito, ya que se debería empujar el concepto y entenderlo como si fuera “cometer la tentativa”. Bajo este argumento, parece más adecuado el utilizar otro tipo de flagrancia, que pueda retrotraerse al momento mismo del delito, propio de la flagrancia propia; es en este momento en que se habla de la flagrancia impropia a desarrollarse en el siguiente capítulo.

## **2.2. La ejecución del delito frente a “una o más personas” y su implicación dentro de la flagrancia propia.**

Cuando el Código de Procedimiento Penal, define al delito flagrante, indica que es aquel delito que se comete en presencia de una o más personas, lo cual indica que en principio, absolutamente todos los delitos pueden cometerse en presencia de una o más personas, dependerá en efecto de la situación fáctica de cada caso. Los problemas surgen cuando se ahonda un poco en el tema y se presentan situaciones en las cuales ciertos principios pueden chocar o contradecirse, entre ellos hay básicamente dos interrogantes claras, sobre las cuales se tratará: Se debe dilucidar si cabe la detención en flagrante por parte de un coautor, un cómplice o un encubridor; para los efectos

---

<sup>61</sup> MANZINI, VINCENZO. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. EL Foro. Buenos Aires – Argentina. 1996, pp 129

<sup>62</sup>Internet, Real Academia Española. Disponible en: [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=cometer](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cometer)> Fecha de ingreso, 2010-02-08.COMETER: *Caer, incurrir en una culpa, yerro, falta, etc.*

se verá cada uno aisladamente y se tratará de descifrar si pueden estos sujetos, como parte activa del delito, ser agentes de la detención, o si su participación en el mismo les impide realizar una detención legal por flagrancia.

**EL COAUTOR Y EL CÓMPLICE:** En este primer punto se trata sobre quien ejecuta directamente la acción u omisión, a quien tiene por sí mismo el dominio del acto<sup>63</sup>. No hay razón alguna para argumentar que un coautor detenga a su compañero del crimen, en efecto se tratará con figuras tales como el desistimiento o el arrepentimiento eficaz, figuras que dependerán de la situación fáctica de cada caso. Ahora bien, muchos autores, al tratar sobre la flagrancia, utilizan el elemento de la sorpresa, el descubrimiento del delito por un tercero ajeno al mismo, como por ejemplo, Clariá establece que la flagrancia no va más allá de la sorpresa en el acto mismo de cometerse el delito o de tentarlo<sup>64</sup>; Manzini establece que el agente – autor, es sorprendido en el acto de cometer el delito<sup>65</sup>; Cordero dice que “ es delito flagrante que N sea sorprendido cuando comete el hecho(...)”<sup>66</sup>. Mediante esta exposición de definiciones, se intenta demostrar que muchos autores han tratado a la flagrancia como una figura que surge con la sorpresa del descubrimiento del delito. En efecto, bajo esta concepción se pueden formar dos posiciones o dos criterios, en los cuales se establezca que la flagrancia no puede ser tal o siquiera existir entre coautores, por cuanto el elemento de la sorpresa, el flagro, la llama, no existe por ser ambos parte activa del delito y conocer de antemano el delito. La falta del elemento sorpresa entre coautores, impediría que uno de ellos realice la detención por flagrancia en contra de su coautor. Otro criterio / punto de vista, el cual particularmente me parece el más adecuado, es que en efecto un coautor, puede detener al otro coautor en flagrante, configurando por sí mismo e incluso a favor de su coautor el desistimiento o el arrepentimiento eficaz, en el caso de que la detención se la realice ex – ante; en este punto es también coherente lo que se indica en la página 28 del presente trabajo, al hablar de la flagrante tentativa bajo la teoría subjetiva, por cuanto un coautor

---

<sup>63</sup> ALBÁN, ERNESTO. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Ediciones legales. Quito, 2002. pp. 245

<sup>64</sup> CLARIÁ, JORGE OLMEDO. *Derecho Procesal Penal*. Rubinzal – Culzoni. Buenos Aires. 1998. pp. 368

<sup>65</sup> MANZINI, VINCENZO. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. EL Foro. Buenos Aires – Argentina. 1996. pp 129

<sup>66</sup> CORDERO, FRANCO. *Procedimiento Penal*. Temis, Santa Fe de Bogotá . 2000 pp 410

podría detener a su compañero en tentativa, al conocer de su plan criminal. La detención de un coautor, podría extenderse a todos los momentos de la flagrancia, es decir antes, durante y después, y durante todos sus momentos; la flagrancia que actúe, será siempre propia o impropia, dependiendo del momento y las circunstancias en las cuales el coautor, testigo y participe del delito, decida detener a su compañero. Esta detención, si bien estrictamente no cumple con un requisito nombrado por la doctrina para la flagrancia, sí cumple con los principios que gobiernan el Estado de Derecho, en especial aquellos dirigidos hacia la seguridad de los ciudadanos, la precautela de los bienes jurídicamente protegidos, la tutela judicial efectiva y el procuramiento de la justicia, por lo cual se justifica plenamente dicha detención. El mismo argumento funciona también para el caso de los cómplices, quienes cooperan de una manera indirecta y secundaria, con actos anteriores o simultáneos<sup>67</sup>, por cuanto los mismos caen dentro de la categoría de aquellos que presencian el ilícito. En efecto, la posibilidad de la detención, entre sujetos activos del delito, es posible y funciona entre todos ellos; de igual manera, la figura adecuada será la de flagrancia propia o impropia dependiendo del momento de la detención; siendo así, la misma será propia si se la realiza durante la ejecución del delito, y será impropia si se la realiza en la etapa de tentativa, o en la etapa inmediata posterior al cometimiento del delito.

**EL ENCUBRIDOR:** La figura jurídico penal del encubrimiento encuentra ciertas dificultades dogmáticas; siguiendo las palabras de Ernesto Albán, el encubridor no puede ser considerado como una parte activa del delito, por cuanto, “la actividad del encubridor se produce una vez consumado el delito”<sup>68</sup>. En efecto, Albán indica que la mayoría de autores consideran al encubrimiento como un delito autónomo, por cuanto encuentra una finalidad totalmente ajena al delito ya consumado, cuya lesión se dirige directamente en contra a los intereses de la justicia, en el propósito de perseguir a los delincuentes<sup>69</sup>. Sin ahondar más en los elementos del encubrimiento, se vislumbra ya una problemática relacionada con nuestro tema. La actuación de la flagrancia por parte del encubridor encuentra una disyuntiva lógica; si el encubridor detiene

---

<sup>67</sup> ALBÁN, ERNESTO. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Ediciones legales. Quito, 2002. pp. 250

<sup>68</sup> IBIDEM. pp. 251

<sup>69</sup> IBIDEM. pp. 251

en flagrante al autor de un delito ya consumado, pierde su calidad de encubridor en el mismo momento en que realiza la detención por cuanto la misma implica que no exista un favorecimiento personal o real, tampoco un aprovechamiento ni alteración de la verdad, todos ellos, elementos del encubrimiento, necesarios para su existencia. Por otro lado, si se acepta el criterio mayoritario sobre la autonomía del delito de encubrimiento, significará que el encubridor puede ser detenido a su vez por un tercero ajeno, en flagrante por el delito de encubrimiento. En este tema, se encuentra un tipo de “muerte cruzada”, por cuanto se puede proponer el caso en el que el encubridor decide detener al encubierto, y a su vez el encubierto decide detener al encubridor, ambos en flagrancia, mientras el encubridor aplicará la flagrancia impropia, el encubierto aplicará la flagrancia propia, por ser un delito que se está actualmente cometiendo.

Se observa claramente, cómo el concepto de la flagrancia, actúa en varias y diferentes situaciones delictivas; la flagrancia propia debe ser tratada como tal y se ha visto que en muchas ocasiones, tales como la tentativa, se debe desarrollar el concepto de la flagrancia impropia, ya que resulta dogmática y jurídicamente adecuada, por cuanto es una clase jurídica de la flagrancia a la cual se le ha aplicado una cierta flexibilidad, la cual no ha sido presente en la flagrancia propia del delito, y la lógica del argumento radica en que si la impropiedad de la flagrancia actúa como una ficción jurídica hacia el futuro, podrá entonces ser adecuada para actuar de igual manera hacia el pasado, tomando como presente y actual el cometimiento del delito. En el siguiente capítulo, se ahondará y analizará a profundidad todas las implicaciones de la flagrancia impropia.

### **2.3. LA DETENCIÓN EN FLAGRANCIA PROPIA Y LAS MEDIDAS CAUTELARES**

Para concluir con el capítulo de la flagrancia propia, se deberá analizar el tema de la detención, en cuanto es el acto cumbre de la flagrancia propia, es decir la misma existe con el motivo de que se pueda realizar una detención legal, detención que como se ha visto sirve varios propósitos, entre ellos el procurar el pleno desenvolvimiento de la justicia penal, ya que se cuenta con el imputado, además de precautelar los bienes jurídicamente protegidos.

Es necesario aclarar, que previo a las reformas del Código de Procedimiento Penal, realizadas el 24 de marzo de 2009, mediante la ley No 0, publicada en el Registro Oficial Suplemento 555, la norma utilizaba la palabra “aprehensión” en lugar de “detención”, que particularmente me parecía más adecuada, ya que la detención mantiene una función específica otorgada por la ley. Siendo así, en el artículo 164 del Código de Procedimiento Penal, se establece: Art. 164.- Detención.- Con el objeto de investigar un delito de acción pública, a pedido del Fiscal, el juez de garantías penales podrá ordenar la detención de una persona contra la cual haya presunciones de responsabilidad.<sup>70</sup> Sin embargo, la definición tanto de aprehensión como de detención no varía sustancialmente como para encontrar un error en la redacción del artículo del delito flagrante. Detención: de acuerdo al Diccionario Jurídico Anbar, es la privación de la libertad de quien se sospecha autor de un delito; tiene carácter preventivo y previo a la presentación del mismo ante un juez. Por su lado aprehender se la define como capturar o detener a alguien.<sup>71</sup> Cabanellas establece que la aprehensión es la detención o captura de acusado o perseguido; la Detención se da cuando exista delito o apariencia justificada del mismo, y habla del caso del delito flagrante.<sup>72</sup>

Ahora bien, la detención es indispensable para la existencia de la flagrancia, y no solamente de la flagrancia propia, sino que en efecto la detención es una actuación necesaria para que exista tanto la flagrancia propia, impropia y la presunción de flagrancia ya que la misma confirma la existencia de todo un proceso delictivo, de un proceso que puede tener varios momentos, pero para cada uno de esos momentos, existe una habilitación de detención por flagrancia. En efecto no es acertado el discutir la existencia de la flagrancia sin la existencia de la consecuente detención, ya que simplemente la detención se habilita por la flagrancia del delito. Una vez que se verifica el delito, o su tentativa, se activa la detención, por existir la flagrancia del mismo, en los casos en que efectivamente exista. El discutir la flagrancia, sin la detención, es discutir una figura jurídica penal sin consecuencia alguna, ya que

---

<sup>70</sup> Internet. Código de Procedimiento Penal. Disponible en: [www.lexis.com.ec](http://www.lexis.com.ec), Fecha de ingreso: 2010-03-01

<sup>71</sup> ANDRADE, FERNANDO; CORDERO, RIGOBERTO; MAXI, DIGNA. *Diccionario Jurídico Anbar con legislación ecuatoriana*. Fondo de cultura ecuatoriana. Cuenca, Ecuador. 1998. pp. 189

<sup>72</sup> CABANELLAS, GUILLERMO. *Diccionario de Derecho Usual Tomo I*. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 1972. pp 697, 204

la consecuencia directa y natural de la flagrancia, es la detención del supuesto autor. Finalmente cabe mencionar que la detención en flagrancia no significa inexorablemente que se deba aplicar la prisión preventiva; se debe tener en cuenta el artículo Art. 159 del Código de Procedimiento Penal: *“A fin de garantizar la inmediación del procesado al proceso y la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido, el juez podrá ordenar una o varias medidas cautelares de carácter personal y/o de carácter real. En todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederán en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva no fueren suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia.*

*Se prohíbe disponer medidas cautelares no previstas en este Código.”*<sup>73</sup> De esta manera queda claro que las medidas cautelares que se ordenen posteriores a la detención en flagrante pueden ser de variada índole y no tiene una relación directa con la detención en flagrancia; sin embargo se puede deducir claramente que, dependiendo del delito, su detención en flagrante puede tener mucho peso para el argumento del fiscal y para la decisión final del juez en la audiencia de calificación de flagrancia, al decidir sobre las medidas cautelares; por ejemplo: si la detención se logra después de una acalorada persecución, es muy probable que se dicte la prisión preventiva por el evidente peligro de que el imputado escape, aunque nuevamente, esta decisión no va directamente unida a la detención en flagrancia.

---

<sup>73</sup> Internet. Código de Procedimiento Penal. Disponible en: [www.lexis.com.ec](http://www.lexis.com.ec), Fecha de ingreso 2010 – 01 – 04

## **Capítulo III**

# **LA FLAGRANCIA IMPROPIA Y CIERTOS ASPECTOS RELEVANTES SOBRE LA LLAMADA PRESUNCIÓN DE FLAGRANCIA**

### **3.1. Definición de flagrancia impropia**

La gran mayoría de los autores, cuando tratan el tema del delito flagrante, aceptan la existencia de la flagrancia impropia, muchos la llaman cuasi – flagrancia, y la reconocen dentro de las diferentes legislaciones. A continuación se observará la definición que la doctrina ha formulado para el tema de la flagrancia impropia, también denominada cuasi – *flagrancia*.

Zavala, al tratar la cuasi – flagrancia, establece que, si el autor del delito, que ha sido descubierto instantes después de haber sido ejecutado, no es aprehendido, no existe cuasi – flagrancia. Si el delito es descubierto instantes después de su comisión y el autor es aprehendido, mas no lleva consigo

instrumentos o huellas que lo vinculen con el delito, no existe cuasi – flagrancia<sup>74</sup>. El autor establece en esta idea, a la aprehensión como un elemento indispensable para que exista la cuasi – flagrancia, lo cual como se ha visto es por lo demás necesario y lógico, no solo para la flagrancia impropia, sino para todos los tipos de flagrancia. El autor establece que la falta de posesión de indicios de participación en el delito, es un elemento que inhabilita la existencia de la cuasi – flagrancia, cuando precisamente es un elemento que tiene mucha más importancia al tratar con la presunción de flagrancia como se verá más adelante.

MANZINI trata sobre la cuasi – flagrancia, y establece que es una ficción jurídica, que continúa exigiendo la sorpresa del delincuente, mas permite que la misma se verifique después de consumado el delito.<sup>75</sup> El autor comienza por reconocer la naturaleza de la flagrancia impropia, la misma que, en efecto, es una ficción jurídica, lo cual abre el campo para la discusión sobre su esencia penal, y más importante sobre el respeto que esta ficción puede o no tener ante los principios del derecho penal, sobre los cuales se está trabajando. Es necesario entonces definir qué es la ficción jurídica.

La ficción se la ha definido como la acción o efecto de fingir; simulación, apariencia; engaño<sup>76</sup>. Al hablar de una ficción jurídica, según Cabanellas: “es la suposición que la ley hace atribuyendo a una persona o cosa calidad o circunstancia que no le son propias o naturales”<sup>77</sup> agrega además una distinción entre ficción y presunción, estableciendo que la ficción da como verdadero un hecho falso; mientras que la presunción se limita a suplir la prueba de un hecho verdadero. Según el autor, a la ficción se le atribuye el papel o función semejante a la desempeñada por la hipótesis en las ciencias exactas, agrega también que las ficciones jurídicas tienen que ser de

---

<sup>74</sup> ZAVALA BAQUERIZO, JORGE. *Tratado de Derecho Procesal Penal Tomo VI*. Edino. Guayaquil. 2004. pp. 28

<sup>75</sup> MANZINI, VINCENZO. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. EL Foro. Buenos Aires – Argentina. 1996. pp. 130

<sup>76</sup> <sup>76</sup> INTERNET, Diccionario de la Real Academia Española, disponible en: [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=ficcion](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=ficcion), fecha de ingreso: 2010 – 05 - 28

<sup>77</sup> CABANELLAS, GUILLERMO. *Diccionario de Derecho Usual Tomo II*. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 1972. pp. 195.

interpretación estricta. Finalmente establece que, irónicamente, alguien ha calificado a las ficciones, de muletas en las argumentaciones cojas.<sup>78</sup>

Otra definición proporcionada por el diccionario jurídico Anbar, indica: “En filosofía, según algunos filósofos medievales, la ficción es un producto de la facultad imaginativa que, en forma de construcción conceptual auxiliar, se utiliza para descubrir realidades”, agrega además que en el Derecho penal, es una ficción la que atribuye la autoría de un delito de homicidio o lesiones en riña a todos los que tomaron parte en la reyerta.<sup>79</sup>

De las definiciones expuestas se puede rescatar varios elementos de gran importancia, siguiendo a Cabanellas, se observa que una circunstancia que a un sujeto no le es propia o natural, es decir una ficción, es en efecto lo que la flagrancia impropia trata, ya que se utilizan elementos que dejan un campo prudencial para la interpretación o análisis, como por ejemplo, los vestigios de un delito, o el comportamiento de una determinada persona. Los elementos propios y naturales atribuibles a cierta persona se los puede identificar junto con el delito en unidad de espacio y tiempo, sin embargo, al tratar con elementos y sujetos anteriores o posteriores al delito, ya se trata con una ficción, por ende la flagrancia impropia trabaja con ficciones; de igual manera, la flagrancia impropia, siguiendo la definición de filósofos medievales expuesta líneas arriba, está acorde con ser una figura que construye un concepto auxiliar para poder llegar a un fin determinado, el cual sería la detención de un supuesto autor, descubriendo de esta manera una realidad. Por lo expuesto se puede concluir que la definición de Manzini es bastante acertada.

CLARÍA trata sobre la cuasi – flagrancia, y establece que se da “cuando los partícipes son sorprendidos enseguida de producirse el hecho, mientras son perseguidos por el ofendido, la policía o el clamor público”<sup>80</sup>. El autor presenta un presupuesto de hecho que, en este caso, es la sorpresa de los autores, y más importante aún, el autor establece que la flagrancia impropia, se configura

---

<sup>78</sup> CABANELLAS, GUILLERMO. Diccionario de Derecho Usual Tomo II. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 1972. pp. 195.

<sup>79</sup> ANDRADE, FERNANDO; CORDERO, RIGOBERTO; MAXI, DIGNA. Diccionario Jurídico Anbar con legislación ecuatoriana. Fondo de cultura ecuatoriana. Cuenca, Ecuador. 1998. pp. 450 – 451.

<sup>80</sup> CLARÍA, JORGE OLMEDO. *Derecho Procesal Penal*. Rubinzal – Culzoni. Buenos Aires. 1998, pp. 368

mientras los autores son perseguidos. De esta manera se puede inferir que la persecución del presunto autor es una parte fundamental en la flagrancia impropia, y se debe necesariamente ampliar el concepto, en cuanto no es el hecho de la persecución lo que configura aquí la flagrancia impropia, sino los comportamientos del presunto infractor posteriores al delito lo cual infunde una presunción de autoría en el ilícito, lo cual reafirma la posición que particularmente considero acertada, es decir que la flagrancia impropia exige un análisis que desprenda *prima facie*, comportamientos que indiquen participación en el ilícito; comportamientos cuyo carácter deben ser objetivamente comprobable y verificables.

Como se ha expuesto, las definiciones de la flagrancia impropia no son muy extensas, por cuanto la misma es una extensión de la flagrancia propia, cuya diferencia radica en el momento del descubrimiento del supuesto autor. Este momento, es en efecto, el gran problema de la flagrancia impropia, este momento que no ha podido ser definido con otra palabra más que “inmediatamente”. Más adelante se analizarán las opiniones de ciertos autores sobre la inmediatez, además de aportar un criterio.

En conclusión, las definiciones de la flagrancia impropia, se enfocan en determinar que la misma es el fondo jurídico que habilita la detención del supuesto autor, cuando el mismo está en la fuga o ha sido descubierto momentos, instantes o inmediatamente después de cometer el delito. Evidentemente, no se ha encontrado el punto exacto en donde nace la flagrancia impropia, por cuanto las definiciones proporcionadas no lo analizan desde ese punto de vista, el cual es de gran importancia, ya que de esta manera se proporcionaría una guía, la cual ubique en un momento más preciso el nacimiento de la flagrancia impropia, su límite con la flagrancia propia y con la presunción de flagrancia, para lo cual es indispensable, analizar a la flagrancia impropia, dentro del iter criminis.

### **3.2. El iter criminis y la flagrancia impropia**

En el Capítulo II del presente trabajo, en el punto 2.1, se trató sobre la flagrancia dentro del iter criminis, y se proporcionó los argumentos y las teorías que se manejan dentro del iter criminis, tanto para su punibilidad como para su

existencia. La conclusión base de la exposición realizada, fue la evidente existencia de la flagrante tentativa, y se mencionó que la flagrancia no cabe durante los actos preparatorios, pero existe plenamente dentro de la tentativa.

Adicionalmente se expuso, que si bien existe la flagrante tentativa, la misma no era lo suficientemente objetiva y palpable como para utilizar a la flagrancia propia en ese determinado momento del delito, ya que se recuerda que la flagrancia propia es una figura que exige unidad de tiempo y acción para que se configure perfectamente.<sup>81</sup>

Ahora bien, se ha visto que las definiciones más acertadas sobre la flagrancia impropia, la tratan como una ficción jurídica, que en efecto se activa o nace una vez que el delito ya ha sido cometido; en efecto, la flagrancia impropia, es una extensión de los efectos de la flagrancia propia, hacia un momento después de la ejecución del delito; es evidente que la flagrancia propia no cabe dentro de la tentativa, pero la flagrancia impropia sí es adecuada jurídicamente, para actuar dentro de la tentativa, ya que el legislador le ha dotado a esta figura de cierta flexibilidad, y si la misma puede actuar ex post, puede actuar ex ante. Se verá, bajo este argumento, cómo la flagrancia impropia actúa en la tentativa.

Se estableció ya, que el punto clave para determinar el inicio de los actos ejecutivos punibles se lo encuentra en el conocimiento del plan del autor, en cuanto solamente el mismo autor sabrá con exactitud cuándo su acción delictiva dejó de prepararse y comenzó a ejecutarse para dar el resultado deseado, argumento que proporciona la teoría subjetiva de la tentativa; adicionalmente se expuso la teoría objetiva – material sobre la tentativa, la cual comparte también elementos de la teoría subjetiva, y se mencionó que la teoría objetiva material presenta una cierta fusión entre una parte subjetiva, tal como es el conocer el plan criminal, pero recubierta de un prisma objetivo de análisis. La fórmula de Frank, enseña que se deben valorar los actos que se ejecutan y de alguna manera entender cuáles de ellos son parte de un acto punible. Cuando se logre esa valoración, se podrá definir claramente si dichos actos acompañan al acto ilícito o no. Si en efecto “...aparecen como parte suya...”, se está ante los actos de ejecución por ende en tentativa<sup>82</sup> En efecto

---

<sup>81</sup> PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal Parte General*. Editorial B de F. Buenos Aires, 2007. pp. 338

<sup>82</sup> IBIDEM. pp. 348

el conocimiento subjetivo del delito, es aquel que permite reconocer el momento en el cual el autor ha pasado a actos de ejecución y ha dejado atrás a los actos preparatorios; evidentemente con este poder de conocimiento, se puede inferir con gran certeza que el autor está en tentativa, pero ese criterio subjetivo no es suficiente para el derecho penal, por cuanto la subjetividad es una aplicación muy peligrosa que muchas veces puede ser la herramienta de la arbitrariedad, por lo tanto, la teoría objetiva material, inserta el elemento objetivo de la tentativa, para complementar el conocimiento del plan del autor, y logra establecer que los actos, deben aparecer como parte propia del delito, de una manera objetivamente verificable. En efecto, la detención del autor en tentativa, en este momento, no responde a la sorpresa de aquel acto jurídico que causa un daño a un bien protegido, por lo tanto la flagrancia propia no es tal, pero sí la flagrancia impropia, ya que en este momento del delito, para que se pueda habilitar la detención, se debe realizar una ficción, la cual induzca a atribuir como certero el futuro cometimiento de un delito que actualmente se lo está tentando. De esta manera se puede concluir, que la ficción, propia de la flagrancia impropia, tal como lo menciona Manzini, es jurídicamente adecuada para actuar en la etapa de tentativa.

### **3.3. La inmediatez, la persecución ininterrumpida y la flagrancia impropia; la objetividad necesaria para la detención, en los comportamientos posteriores del supuesto autor.**

El artículo 162 del Código de Procedimiento Penal establece: Art. 162.- Delito flagrante.- Es delito flagrante el que se comete en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su supuesta comisión(...) (...)No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión del delito y la detención.<sup>83</sup> Durante este punto se analizará el tema de la inmediatez en el delito flagrante. La intención durante esta parte del trabajo es, demostrar la

---

<sup>83</sup> Internet. Código de procedimiento penal. Disponible en: [www.lexis.com.ec](http://www.lexis.com.ec). Fecha de ingreso, 2010-03-03

falta de definición que existe sobre el término “inmediatamente”, adicionalmente, mediante la exposición de los criterios de la doctrina, se verá cómo la persecución del presunto infractor, es un elemento indispensable para dar coherencia y razón a la inmediatez. Finalmente, se buscará dentro de las opiniones doctrinarias, los argumentos que avalen mi particular punto de vista, el cual exige que exista una objetividad certera sobre el cometimiento de un ilícito, para que pueda darse la detención por flagrancia impropia.

La norma indica que es también delito flagrante aquel que se lo descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, sin embargo, la inmediatez, este elemento temporal no ha podido ser plenamente aclarado ni explicado por la doctrina e incluso se debe recalcar que no ha sido extensamente tratado. Se cuenta entonces con criterios muy válidos, tales como el que proporciona Manzini, quien instituye la existencia del elemento temporal en la cuasi – flagrancia: En primer lugar establece que la norma permite un margen de discrecionalidad para la autoridad, que no se exige que el delincuente haya pasado a otros actos, pero se exige que no haya transcurrido tanto tiempo, que exceda de lo que comúnmente se entiende por “inmediatamente”<sup>84</sup>.

Para aclarar un poco lo que comúnmente se entiende por “inmediatamente” se encuentra que Según la Real Academia de la Lengua, inmediatamente responde a la siguiente definición: “Ahora, al punto, al instante; sin interposición de otra cosa”<sup>85</sup>. Manzini da varios elementos sobre los cuales se puede formar un criterio, entre ellos se encuentra que el delincuente no haya pasado a actos extraños<sup>86</sup>, este primer punto es bastante interesante, ya que de alguna manera se puede mantener una vía objetiva sobre la flagrancia impropia, es decir que bajo este argumento se está respetando de gran manera a la presunción de inocencia, en efecto, Manzini acierta mucho al exigir que los actos mantengan una continuidad lógica, objetiva.

---

<sup>84</sup>MANZINI, VINCENZO. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. EL Foro. Buenos Aires – Argentina. 1996. pp. 130

<sup>85</sup> Internet, Real Academia Española, “Inmediatamente”, Disponible en: [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=inmediatamente](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=inmediatamente), fecha de ingreso, 2010-03-03

<sup>86</sup> MANZINI, VINCENZO. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. EL Foro. Buenos Aires – Argentina. 1996. pp. 130

Nuevamente es necesario recurrir al tema de la tentativa, y para este punto me parece particularmente acertado, el utilizar la fórmula de Frank: “*Son ejecutivos, los actos que se hallan de tal forma unidos a la acción típica, que según la concepción natural aparecen como parte suya.*”<sup>87</sup> Esta fórmula indica una cierta conexidad de los actos del autor, y al aplicarla a la definición de Manzini, se encuentra una gran coherencia, y se puede ir entendiendo, que Manzini se refiere a que los actos del supuesto autor, posteriores al delito propiamente flagrante, deben *aparecer como parte suya*, lo cual proporciona ya un indicio de objetividad clara sobre los comportamientos del supuesto autor.

En efecto Manzini tiene tanta razón en exigir que aquel que haya robado, demuestre un comportamiento propio de un ladrón, que surge naturalmente e inmediatamente después del acto ilícito, y es factible proponer como ejemplos claros, conductas tales como huir, esconderse, etc. En efecto, estos comportamientos, cumplen con el requisito de Manzini, ya que el autor, no ha pasado a otros actos, que en efecto lo que causan los actos totalmente ajenos o extraños al delito cometido, es una incapacidad total para poder aplicarle al sujeto cuyo comportamiento es ajeno al delito, una ficción jurídica que coarta su libertad. Se observa entonces que las palabras de Manzini, encierran una lógica de gran objetividad, necesaria e indispensable para la actuación de una detención en flagrancia impropia.

Siguiendo la misma línea de Manzini, CORDERO SE refiere al problema del lugar y el tiempo de la flagrancia impropia y cita a Nicola Nicolini , quien establece una definición muy similar a la propuesta por Manzini; se trata básicamente de que el autor, N, para que sea sorprendido en flagrancia, no debe haber pasado a actos extraños, de modo que la sorpresa ocurra, “por lo menos en el punto en que del delito pasó inmediatamente a su ocultación, a la venta o a la destrucción de los *corpora delicti*”.<sup>88</sup> Se desprende de esta definición “flexible” ya no una unidad aritmética de lugar y tiempo, Cordero establece que: “algún autorizado teórico lo estableció en 6 millas y 12 horas” lo cual no tiene asidero objetivo alguno si se pregunta de dónde salieron esos números, por el contrario se pasa a un plano de la objetividad del

---

<sup>87</sup> FRANK: StGB, 43, II, 2b. Rodríguez Mourullo, Comentarios I, pp. 117, Cobo / Vives. 1995., Citado por, PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal Parte General*. Editorial B de F. Buenos Aires, 2007, pp. 349

<sup>88</sup> CORDERO, FRANCO. *Procedimiento Penal*. Temis, Santa Fe de Bogotá . 2000. pp. 411

comportamiento posterior del autor, en la cual se mira a los actos que él mismo realice sobre su persona, o sobre los *corpora delicti*; En este punto es necesario ahondar en el tema de los comportamientos ajenos o extraños a cierto delito.

Se ha visto que es un tema recurrente y más aun es el tema sobre el cual se puede atribuir cierta objetividad al comportamiento posterior al delito. La palabra extraño, según el Diccionario de la Real Academia Española, se lo ha definido de la siguiente manera: “Que no tiene parte en algo; Raro, singular; No estar práctico en ello o ser impropio para él”<sup>89</sup>. Por su parte, la palabra ajeno, ha sido definida de la siguiente manera: Pertenciente a otra persona; De otra clase o condición; Distante, lejano, libre de algo; Impropio, extraño, no correspondiente”<sup>90</sup>. Las definiciones expuestas aclaran mucho el panorama; ahora bien, la ajenidad o lo extraño, dependerá de cada situación y de cada delito que se analice, pero ya se presenta una guía clara del camino por el cual dicho análisis debe ir.

El tema se presenta complejo por cuanto ciertos actos que pueden parecer extraños o ajenos, en realidad son de lo más conexos a un delito, como por ejemplo: X roba a Y, posteriormente X procede a vender el artículo robado de Y en la calle. Este comportamiento, de comerciante, o vendedor ambulante, no se lo puede definir como ajeno o extraño al delito, ya que por el contrario, es totalmente conexo al delito de robo, ya que el autor cumple con el fin por el cual inicialmente robó, que bien puede ser, la necesidad de dinero en efectivo. Ahora bien, utilizando el mismo ejemplo, solo que esta vez, el comportamiento posterior, no es proceder a la venta del artículo robado, ya que el autor esconde el artículo y regresa a su trabajo habitual, o emprende en otro tipo de actividad totalmente ajena, impropia, extraña y no correspondiente al delito efectuado, tal como ir a pagar sus impuestos en el S.R.I. En este caso, se debe aceptar que la persona ya ha pasado a actos extraños y ajenos al delito cometido, cortando la línea objetiva que lo unía con el delito. La ajenidad de los actos posteriores al delito, se presenta también de una forma más o

<sup>89</sup> Internet, Real Academia Española, disponible en: [http://buscon.rae.es/draei/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=extraño](http://buscon.rae.es/draei/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=extraño), fecha de ingreso: 2010-05-31

<sup>90</sup> Internet, Real Academia Española, disponible en: [http://buscon.rae.es/draei/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=ajeno](http://buscon.rae.es/draei/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=ajeno), fecha de ingreso: 2010-05-31

menos natural y predecible, es decir que será por lo demás extraño que una persona que acaba de cometer el delito tipificado de asesinato, proceda inmediatamente a realizar un trámite en una institución financiera, este comportamiento es extraño y ajeno al delito, pero no es un comportamiento extraño o ajeno al asesinato, que el autor procure la desaparición de la o las armas utilizadas, o que tome una actitud de huida, o bien que procure la destrucción de la evidencia; estos actos no son extraños o ajenos al delito de asesinato. Como se puede observar, los ejemplos de lo ajeno y extraño a un delito, se presentan con cada tipo diferente de delito. Se debe reconocer que el concepto no está libre de fallas, por cuanto hay delitos que no dejan rastros evidentes o no resultan en provocar un comportamiento determinado al autor, como por ejemplo, el delito de peculado no necesariamente provoca que el autor salga corriendo, o adopte una actitud de escape. Este tipo de delitos, exigen la actuación de otro tipo de flagrancia, que puede bien ser una flagrancia propia o bien una presunción de flagrancia.

Retomando el tema, se puede encasillar dentro de esta definición a la persecución física, policiva, en cuanto es una actuación objetiva del sujeto que demuestra o por lo menos permite presumir razonablemente y objetivamente la participación del mismo en un ilícito. Cordero, concluye con que solo la práctica establecerá si el delito fue o no un caso de cuasi – flagrancia, y establece que la actividad policiva ininterrumpida sobre las huellas del reo, son suficientes para la cuasi – flagrancia, incluso si no ha existido una persecución *per se* y prescindiendo del factor tiempo, incluso ampliándola a la duración de algunos días.<sup>91</sup> El autor acepta la complejidad del tema y concluye en que la práctica será un elemento esencial para la definición de la cuasi – flagrancia, lo cual parece ser bastante riesgoso, especialmente en lo que se refiere a la aplicación de esta figura que encierra la limitación y la eventual reducción total de un bien jurídico tanpreciado como es la libertad. Sin embargo, se puede rescatar que la práctica, en efecto, será el mismo momento en el cual se decida si hay o no una flagrancia impropia que permita una detención legal; la persecución es en efecto una práctica que revela un comportamiento objetivo de culpa sobre un acto que ha sido cometido.

---

<sup>91</sup> IBIDEM. pp. 412

Por último, el factor tiempo en la flagrancia impropia sigue siendo un total misterio que aparentemente queda a la apreciación personal de los doctrinarios, pero que es un elemento que exige, no solamente una medida de tiempo, la cual ha sido otorgada por la ley, si se entiende que la inmediatez está vinculada con la persecución ininterrumpida de la cual habla la ley, persecución que encuentra su límite en 24 horas, pero se puede observar que Cordero, prácticamente prescinde del factor tiempo, cuando se encuentran elementos objetivos que permiten aplicar la ficción jurídica de la flagrancia impropia, elementos tan claros y objetivamente verificables tales como la persecución.

Córdova establece que, se podrá aprehender al que tiene la actitud de huída, tomándolo como reo flagrante; la captura no significa prueba definitiva de su culpabilidad.<sup>92</sup> Es muy importante este argumento para la flagrancia impropia, en cuanto la misma necesitará más que una simple presunción de participación en un delito que ha sido ya consumado; el autor presenta a la actitud de huída, lo cual es coherente con los argumentos ya expuestos. El tema de los comportamientos posteriores al delito, presenta una manera racional y objetiva por cuanto será ese comportamiento el que desate el poder de presunción por parte de particulares o autoridades.

Díaz de Lion, establece que la flagrancia impropia designa el momento en que, el presunto autor, es inmediatamente perseguido después de cometer el ilícito.<sup>93</sup> Los argumentos son bastante similares con los ya expuestos, y se puede observar que la flagrancia impropia no actúa como una simple presunción del cometimiento del delito, sino que deben existir elementos objetivos que justifiquen la detención

Garzón establece que, el estado de flagrancia supone un requisito cronológico como es el de la actualidad (o momentos después) e identificación o por lo menos individualización del agente.<sup>94</sup> Dentro de los argumentos del autor, se encuentra claramente que intenta hacer un acercamiento a aclarar los

---

<sup>92</sup>CÓRDOVA, ANDRÉS F. *Derecho Procesal Penal ecuatoriano Tomo I*. Minerva. Quito, 1953. pp. 100

<sup>93</sup> DÍAZ DE LION, MARCO ANTONIO. *Diccionario de Derecho Procesal Penal Tomo I*. Porrúa. México, 2004. pp. 891

<sup>94</sup> GARZÓN, FABIO ESPITIA. *Instituciones de Derecho Procesal 5ta Edición*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2005. pp. 876

términos referentes a medidas de tiempo, establece que el estado de flagrancia supone un requisito cronológico, lo cual es cierto pero no absoluto, ya que si se adopta la figura de la presunción de flagrancia, el elemento del tiempo pierde un poco su relevancia, sin embargo, de lo consultado, parecería ser que los términos relativos al tiempo, ameritan un análisis exhaustivo caso por caso, y de una interpretación que se apege lo más posible a la legalidad y a la defensa de bienes jurídicos protegidos.

Vargas establece que en lo que concierne a la cuasi – flagrancia, es necesario que se dé la detención después de la realización del delito, sin que haya transcurrido prudencial tiempo.<sup>95</sup> Nuevamente se aprecia cómo a la flagrancia impropia se le asignan elementos indeterminados, en este caso se encuentra el “prudencial tiempo”, adicionalmente el autor habla sobre la detención, pero tal como se argumentó previamente, la detención es un elemento natural consecuente de la flagrancia.

Finalmente, Llore Mosquera establece que hay cuasi flagrancia cuando se percibe un gravísimo indicio que permita formular una, igualmente grave, presunción que denote la comisión de un delito<sup>96</sup>. De la definición se rescata, y finalmente se concluye, que las opiniones doctrinarias sobre la flagrancia impropia, están conscientes de la gravedad que implica el aplicar esta ficción jurídica. Mosquera habla de un gravísimo indicio, que permita formular, una grave presunción. En efecto, el fondo del argumento del autor, revela la necesidad explícita de que existan elementos objetivos que permitan aplicar una ficción de una manera objetiva, de lo contrario, se está ante la aplicación de una norma que ataca directamente a principios de rango constitucional.

Como se ha visto, la doctrina no encuentra términos comunes para poder definir y darle un esqueleto sólido al problema de la inmediatez en la flagrancia impropia, sin embargo, es claro que no existe una fórmula que presente con exactitud matemática y necesaria suficiente para poder hablar de un respeto absoluto al principio de la presunción de inocencia en esta etapa. El argumento para poder aclarar el tema de la inmediatez, se refuerza y se apoya necesariamente, con el tema de la persecución del autor, por cuanto dicha

---

<sup>95</sup> VARGAS, PEDRO P. *La captura y la libertad*. Ed. Doctrina y ley. Bogotá, 1998. pp. 46

<sup>96</sup> LLORE MOSQUERA, VÍCTOR. *Compendio de Derecho Procesal Penal*. Talleres Gráficos de la Universidad de Cuenca. Cuenca, 1964. pp. 197.

actuación desprende elementos que objetivamente proporcionan suficientes bases, como para poder aplicarle a un sujeto, esta ficción llamada flagrancia impropia. Se ha observado que las bases objetivas que se han utilizado en la doctrina para poder explicar el término de la inmediatez, se basan en comportamientos posteriores al cometimiento del delito, entre ellos se encuentran en efecto, a la huída, el escondite, etc.

Adicionalmente, la flagrancia impropia, encuentra su fin, cuando estos comportamientos objetivos dejan de ser tales, razón por la cual, se exige que el autor no haya pasado a actos ajenos o extraños al delito tal como se mencionó líneas arriba<sup>97</sup>. Se debe entender a la flagrancia impropia, como una figura que nace, se desarrolla y muere, en un rango de tiempo, que solamente los elementos objetivos de un caso en concreto podrán definir, razón por la cual sería inadecuado que la ley establezca un límite de 24 horas, ya que los elementos que revelen objetivamente una participación en un ilícito, pueden ser tales, que su seguimiento o investigación, dure mucho más que 24 horas. Incluso es factible la existencia de ejemplos “de película” en los cuales se encuentre una persecución física, que dure más de 24 horas, tales como: X roba un banco a las 09:00am; con la señal de la alarma la policía se acerca al lugar de los hechos para encontrar a un sujeto con mascara ingresando en un vehículo deportivo con fundas grandes negras; al exigir que se detenga el sujeto adopta una actitud de huida, con lo que se emprende con la persecución; la gran velocidad y habilidad del conductor lo llevan a Santo Domingo a las 13:00 y continúa la persecución hasta llegar a Salinas a las 23:00; posteriormente el conductor detiene el carro y aborda una lancha, la policía sigue en su persecución; la lancha lleva al autor por aguas nacionales hasta las 06:00; finalmente el autor aborda un helicóptero el cual desciende por falta de combustible a las 10:00. La persecución ha durado 25 horas; una hora más de lo establecido en la ley.

En conclusión, la inmediatez, es un término que no encuentra una explicación aislada, que no permite establecer en horas y minutos un límite, sino que necesita de elementos objetivos, tales como la persecución, para que adquiera sentido y razón de ser; Siendo así, el presunto autor que ha sido

---

<sup>97</sup> CORDERO, FRANCO. *Procedimiento Penal*. Temis, Santa Fe de Bogotá . 2000, pp. 411

descubierto, posteriormente a la ejecución del delito, demostrará comportamientos objetivos, que permitan presumir, objetivamente, que el mismo ha cometido un ilícito, y estos comportamientos objetivos, justifican el asumir que ha sido descubierto inmediatamente, dando paso a la posibilidad de realizar la detención respectiva, y que la misma no recaiga en ilegal o arbitraria, ya que se ha fundado de una manera totalmente objetiva, y verificable.

### **3.4. La flagrancia impropia en los delitos de peligro.**

Dentro del estudio de la flagrancia, se han observado ya figuras que exigen el conocimiento de elementos ajenos a la flagrancia, para poder entender su alcance y su participación, tales como la tentativa. En efecto, la línea por la cual se ha optado seguir, respeta de manera total, el funcionamiento claro y preciso de la flagrancia propia, razón por la cual el tratamiento que se ha dado a la flagrancia propia ha sido bastante limitado, en el sentido en el cual a la misma no se le atribuyan efectos o ficciones ajenos, al claro y conciso cometimiento del delito. Pero la flagrancia no se agota en ese momento totalmente identificable del delito, sino que la misma estructura compleja de los delitos, exige también que la flagrancia se justifique en otras etapas más complicadas del delito. En esta parte, se va a analizar a la flagrancia dentro de los delitos de peligro. Los delitos de peligro, son claramente un tema bastante amplio y complejo, que darían campo a una investigación totalmente diferente, pero se analizarán los elementos claves y generales de los mismos para sustentar que dentro de los delitos de peligro, no es factible la existencia de una flagrancia propia, por el contrario, la flagrancia cuya naturaleza radica en ser una ficción y en poseer una flexibilidad nata, es la flagrancia impropia, la cual es aplicable y jurídicamente justificable dentro de los delitos de peligro.

Dentro de la clasificación de los delitos de peligro, se debe primero diferenciar entre la posición subjetiva y la posición objetiva de los mismos. Von Buri supo explicar bastante bien la posición subjetiva, y sostuvo que si el resultado dañoso se producía efectivamente, la amenaza o el peligro no habían sido tales, pues la experiencia demostraba a posteriori que la situación atravesada no era un precedente necesario para la lesión; por el contrario,

cuando el daño no ocurría, la conducta debía quedar impune, ya que se demostraba que la misma carecía de capacidad para producir un resultado dañoso.<sup>98</sup> Bien cabe mencionar, que la visión subjetiva de los delitos de peligro ha sido abandonada por el derecho penal, y se ha adoptado la versión objetiva, la cual explica que: “el peligro, traduce una situación de hecho real, valorada conforme a la experiencia común y desprendida de las impresiones particulares del sujeto”<sup>99</sup>. El concepto de los delitos de peligro, desde su óptica objetiva, no se lo puede entender sin antes analizar los elementos que en efecto lo conforman. A continuación se realizará una brevísima referencia a los elementos del concepto de delito de peligro, cada uno cotejado y aplicado con el concepto de la flagrancia impropia.

En primer lugar, la condición imprescindible para el delito de peligro, es la existencia del mismo como *COSA EN SÍ*; Baigún explica, que el peligro como cosa en sí, “es el reflejo de una situación que se da en la realidad, independientemente de la voluntad o intervención de los individuos actuantes”<sup>100</sup> En efecto el autor explica, que el peligro se presenta, y la norma se considera agredida, cuando en el mundo exterior, se desarrolla una conducta, que altera el estatus social, y es idónea para que se produzca una repercusión en la sociedad, lo cual no significa que se deje de lado el ámbito subjetivo de la conducta riesgosa que presenta un peligro, como las sensaciones, el temor, la alarma, etc., todas las cuales son adquiridas por la misma sociedad y sus individuos mediante la experiencia y la educación sobre ciertas conductas. De igual manera, se explica este punto del peligro, estableciendo que el mismo es un juicio lógico, despegado de la realidad, como un indicio de lo que ocurrirá en el futuro<sup>101</sup>

De este primer elemento sobre el peligro, se advierte el rumbo que la flagrancia deberá tomar; en efecto la concepción del peligro se sitúa en el

---

<sup>98</sup> BAIGÚN, DAVID. *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Editorial B de F, Buenos – Aires, 2007. pp. 3

<sup>99</sup> Rocco, Arturo. *Lóggetto del reato e della tutela giuridica penale*, F. Bocca, 1913, p. 302, citado por, BAIGÚN, DAVID. *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Editorial B de F, Buenos – Aires, 2007. pp. 2

<sup>100</sup> IBIDEM. pp. 3.

<sup>101</sup> MANZZINI, VINCENZO. *Tratado de derecho penal*. Ediar, Buenos Aires, 1948, TII, citado por, BAIGÚN, DAVID. *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Editorial B de F, Buenos – Aires, 2007. pp. 3.

campo de lo objetivo, sin desconocer los motivos subjetivos que guían a la total mayoría de los actos humanos, bajo este argumento, la flagrancia del asunto, deberá actuar bajo el mismo pilar fundamental del peligro, es decir que aquella conducta, que se da en la realidad, que mantiene la capacidad para alterar el estatus social y en efecto causar una repercusión en la misma, por su naturaleza peligrosa, pueda ser frustrada y detenida. El gran problema se presenta cuando se acepta que el mismo concepto sobre el peligro como “cosa en sí” no es perfecto, ya que se habla de una conducta idónea y capaz de producir efectos que repercutan en la sociedad, pero nada se menciona sobre el efecto mismo, y naturalmente, no se lo debe mencionar ya que se pasaría al campo de los delitos de lesión y se saldría del ámbito del delito de peligro. Esta primera parte avala y confirma la posición adoptada sobre la imposibilidad total y absoluta de que la flagrancia propia actué dentro de los delitos de peligro, ya que el tratamiento objetivo, verificable y comprobable de la flagrancia propia no le permite extender sus efectos y tampoco retrotraerse a actuar durante el peligro, ya que exige la ejecución, el resultado.

El siguiente elemento del peligro, es que es una *COSA PARA ALGO*. Muy resumidamente, significa que el mismo sea potencialmente apto para provocar el daño. Dicha idoneidad ha sido buscada mediante la posibilidad, la probabilidad y las leyes de la causalidad. A continuación se realizará un somero resumen sobre los puntos clave que explican la posibilidad y la probabilidad.

**POSIBILIDAD.**- Baigún explica que la posibilidad, “expresa un tendencia real, oculta en los objetos y en los fenómenos, que se traduce en las diversas direcciones que asumen los procesos”, de igual manera, “la posibilidad exterioriza solo las tendencias que han de realizarse todavía.”<sup>102</sup> Se desprende de la definición, en primer lugar que la posibilidad es una representación de una posible realidad, y más importante aún, que no todas las posibilidades se convierten en realidades, lo cual es indispensable para el concepto jurídico. Adicionalmente explica Baigún, que las posibilidades reales son las únicas que interesan al Derecho. El calificativo de “reales” se las otorga a aquellas posibilidades que respetan en absoluto a las leyes de la naturaleza para que

---

<sup>102</sup> IBIDEM. pp. 8

produzcan un efecto determinado, además de que cuentan con las condiciones necesarias para dicho efecto. Se las reconoce como posibilidades reales, a diferencia de las posibilidades formales, quienes no cuentan con las condiciones necesarias para producir un efecto determinado.

PROBABILIDAD.- La probabilidad ha sido entendida como la “medida cuantitativa de la posibilidad de la realización de un acontecimiento cualquiera”<sup>103</sup>, además explica Baigún, que es la relación entre la posibilidad y la realidad, adicionalmente establece que esta probabilidad es totalmente objetiva, no depende de un punto de vista subjetivo determinado, sino que existe al margen de nuestra conciencia.

Utilizando los conceptos de la posibilidad y la probabilidad, para entender que el peligro es una “cosa para algo” abre las puertas a utilizar los mismos conceptos en el tema de la flagrancia del delito de peligro. Si el delito de peligro, necesita responder a la idea de que el mismo sea una cosa para algo, y para eso se debe analizar la posibilidad y la probabilidad del mismo, entonces la flagrancia de un delito de peligro debe compartir dichos elementos. Se puede establecer que la flagrancia impropia, dentro de los delitos de peligro, también responde a la teoría de que la misma sea una “cosa para algo”; ya que la flagrancia actúa, como se ha visto en reiteradas ocasiones, como un medio de prevención del delito y como un medio de procuración de la justicia. Sin embargo el análisis de la posibilidad y la probabilidad es un poco más complejo, por cuanto no se debe olvidar que la figura jurídica de la flagrancia, tiene como finalidad el ejecutar una detención legal, por lo tanto el análisis de la flagrancia no debe dejar de lado el elemento de la inmediatez del momento en el cual la misma se desarrolla. Ahora bien, que la flagrancia se desarrolle en un momento más o menos rápido, no significa que el agente no tenga la capacidad o la destreza para reconocer una situación fáctica, posible y probable; es de esta manera por donde nos debemos dirigir al hablar de la detención en flagrancia impropia por un delito de peligro, en establecer la posibilidad y la probabilidad de un suceso X, previó a la detención. Si del análisis, rápido, somero e inteligente, se desprende que dicho suceso, contiene

---

<sup>103</sup> IBIDEM. pp. 10

la posibilidad y la probabilidad de causar un daño a un bien jurídicamente protegido, entonces se podrá proceder con la detención.

Una parte importante de los delitos de peligro, es el reconocer cuál es el bien jurídico penal que los mismos defienden; Corcoy, enseña y trata sobre la existencia y la importancia de los bienes jurídicos penales supraindividuales<sup>104</sup>, y establece que la consumación de este tipo de delitos “no requiere la producción de un resultado material, separados espacio-temporalmente de la conducta”<sup>105</sup>. De igual manera, la autora establece que la consumación del delito de peligro se lo debe probar *ex post*, y la punibilidad será tal, siempre y cuando se realice una comprobación sobre la idoneidad del objeto del delito para afectar al bien jurídico penal supraindividual; esto en un estricto cumplimiento del principio de lesividad. Adicionalmente, se presenta una incógnita en cuanto al tiempo y la duración de este tipo de delitos, pues se ha considerado la posibilidad de tratarlos como delitos permanentes, ya que existe una conducta típica que, “se prolonga en el tiempo, sin que puedan diferenciarse diversos momentos (...)”<sup>106</sup>. Se debe contar con pruebas que demuestren la efectiva puesta en peligro de un bien jurídico protegido durante alguno de esos momentos; razón por la cual se justifica la intención de darles a este tipo de delitos el trato de un delito permanente.

Ahora bien, los elementos expuestos por la autora son de gran importancia para el tema de la flagrancia impropia, por cuanto nos proporcionan más bases y fundamentos sobre los cuales se puede acoplar y aplicar la detención por flagrancia impropia en los delitos de peligro. Se encuentra entonces al bien jurídico supraindividual que en efecto pertenece autónomamente a la protección que ha buscado el legislador mediante la tipificación de ciertos delitos de peligro, lo cual lleva a reconocer nuevamente el ámbito de protección y prevención sobre el cual, la figura procesal penal de la flagrancia, actúa. Si el delito de peligro precautela la lesión a un bien jurídico

---

<sup>104</sup> Internet, Real Academia Española, “Supra”, Disponible en: [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=supra](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=supra), fecha de ingreso, 2010-03-03. *Supra*: arriba o encima de. Entendemos a la supraindividualidad como aquel bien jurídico que durante una ponderación legal obtendría un lugar superior a aquel que obtendrían aquellos viene jurídicos individuales; la supraindividualidad de los bien jurídicos se la puede apreciar en situaciones tales como la defensa del medio ambiente, la salud pública, etc.

<sup>105</sup> CORCOY, MIRENTXU. “Algunas cuestiones sobre el injusto atípico en los delitos de peligro”. *Revista de Derecho Penal. Delitos de peligro I*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007. pp. 85.

<sup>106</sup> IBIDEM. pp. 87.

supraindividual cuya importancia radica y se exhibe en el mismo significado de la palabra, se debe reconocer la amplia jerarquía que el legislador le ha querido atribuir; es por lo demás razonable que este tipo de delitos puedan beneficiarse del actual preventivo, emergente e inmediato, que proporciona la detención del autor por encontrarse en flagrancia impropia; es decir, en ese momento en el cual los elementos del delito de peligro ya expuestos tales como la posibilidad, la probabilidad y toda la objetividad que debe acompañar al actuar real del autor, se presentan de una manera evidente, activando a la flexibilidad y permitiendo un actuar jurídicamente correcto de una ficción jurídica que se extiende para realizar una detención legal.

El tema que se trata de la consumación del delito de peligro, presenta graves dificultades propias del delito de peligro, que a su vez se reflejan en un problema directo a la aplicación de la flagrancia, ya que la autora establece que la prueba de que ha existido un actuar peligroso debería lógicamente ser el resultado, lesión; sin embargo, es en este punto en donde estriba la complejidad del delito de peligro, ya que el mismo no puede exigir la producción de un resultado lesivo, y se conforma con la existencia de la efectiva puesta en peligro del bien jurídico, que a su vez presenta esta gran dificultad en probar la existencia de un peligro, sin tener el resultado que ese peligro debería haber causado <sup>107</sup>. La solución que presenta la autora, incluye un análisis de la situación peligrosa “*ex ante* desde una perspectiva *ex post*”<sup>108</sup>; esto presenta una grave duda sobre la aplicación de la flagrancia, ya que se podría argumentar, bajo la hipótesis del autor referido líneas arriba, que el peligro no es tal, hasta que se realice un análisis posterior al mismo, en base a los elementos anteriores del mismo; tomando en consideración la necesidad de este análisis *ex post*, y más aún la no existencia de un resultado, la aplicación de una detención por flagrancia impropia, podría verse truncada por la falta de dicho análisis que solamente puede existir una vez que se haya consumado ya el delito de peligro. Si bien el argumento es válido para no aplicar una detención en los delitos de peligro, se puede justificar la misma si nuevamente reiteramos el aspecto preventivo emergente de la detención en flagrancia;

---

<sup>107</sup> IBIDEM. pp. 97.

<sup>108</sup> IBIDEM. pp. 98

cabe reconocer evidentemente que la detención podrá ser impugnada posteriormente por aquellos afectados por la misma.

El tema no estriba en las consecuencias posteriores de la detención en flagrancia, ya que existen muchas posibilidades y muchas opciones, tanto para la parte acusadora, como para la parte imputada; la realidad del tema, radica en la legalidad de la detención fundamentada objetivamente en elementos comprobables y verificables por un lado; por otro lado, la importancia de la detención en flagrancia impropia en los delitos de peligro, está en la defensa y la prevención a un ataque, posible, probable, objetiva y razonablemente presumible a un bien jurídico supraindividual, de los cuales se podría argumentar la justificación de la falta de análisis ex post, del cual el autor referido trata.

Finalmente, la autora presenta un tema de gran importancia en los delitos de peligro, y es el tema de la tentativa. Cabe empezar mencionando que la tentativa no es admitida bajo la estructura del delito de peligro y se explica mediante el mismo argumento que sustenta la existencia de los bienes jurídicos supraindividuales; a razón de esto la autora entiende que, “el objeto de protección de los bienes jurídicos penales supraindividuales (...) determina que se deba denegar la sancionabilidad de la tentativa”<sup>109</sup>. Al hablar del objeto de protección, la autora está haciendo referencia a un concepto extremadamente amplio y se podría decir, totalmente teórico, sobre la finalidad que ejerce esta protección, y utiliza como ejemplo “la seguridad y confianza de los ciudadanos”<sup>110</sup>; bajo este argumento la autora reconoce que hay una posibilidad de penar a una serie de actuaciones que objetivamente no presentan amenaza alguna, pero revelan indudablemente una clara intención dolosa del autor. Ahora bien, la autora explica y llama a esto “un adelantamiento de las barreras de protección”<sup>111</sup>; y se lo puede entender claramente la posición sobre la cual la autora inadmite este adelantamiento de la protección penal, si nos remitimos incluso a la impunidad de la tentativa absolutamente inidónea. El bien jurídico supraindividual tiene, como ya se mencionó, un objeto bastante amplio, y en efecto el delito de peligro ya

---

<sup>109</sup> IBIDEM. pp. 105

<sup>110</sup> IBIDEM. pp.105

<sup>111</sup> IBIDEM. pp. 105

sanciona una actividad peligrosa cuyo resultado puede llegar a ser lesivo; es decir, que la misma estructura del delito de peligro, ya se asemeja en gran magnitud a la tentativa; esto demuestra que con la existencia del delito de peligro, el Derecho Penal ya ha adelantado la barrera de protección y es inconcebible que se la adelante un paso más, al intentar penar la tentativa en el delito de peligro; se estaría precautelando el peligro del peligro. Este argumento se encuentra respaldado evidentemente, con la aplicación de los principios de necesidad y merecimiento de pena<sup>112</sup>.

Del argumento previamente expuesto, es necesario llegar a ciertas conclusiones sobre nuestro tema de la flagrancia impropia en los delitos de peligro; en primer lugar, se recuerda que durante el capítulo dos del presente trabajo, se trató el tema de la flagrante tentativa, argumentado en base a las teorías existentes sobre la tentativa, que la flagrancia es una figura procesal penal que puede desplegar plenamente sus efectos durante la etapa de la tentativa. Sin embargo, se debe reconocer la validez y la aceptación generalizada del argumento sobre la inexistencia de la tentativa en los delitos de peligro, lo cual evidentemente lleva a concluir que es inadmisibles la flagrante tentativa en los delitos de peligro. Esto no significa que la flagrancia no sea aplicada totalmente en los delitos de peligro, ya que como se ha visto reiteradas veces, los elementos que nacen con la ejecución de un delito de peligro, son suficientes para el actuar de una detención en flagrante. Esto lleva a otra conclusión, y es el reconocer que el efecto de la flagrancia durante el delito de peligro, será aquel de la flagrancia propia; es decir, la flagrancia actúa en el delito de peligro, cuando el mismo se ejecuta en presencia de una o más personas, más su naturaleza responde a la flexibilidad que se le ha otorgado a la ficción jurídica de la flagrancia impropia.

Finalmente, los delitos de peligro abarcan las diferencias entre los delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto; es claro que las posiciones doctrinarias sobre el alcance de estos conceptos son varias. La intención no es agotar dichas opiniones o analizarlas, por el contrario es preciso limitar dichas opiniones y utilizar los conceptos de Baigún, que particularmente me parecen muy bien pensados y adecuados. Baigún expresa su desacuerdo con la

---

<sup>112</sup> IBIDEM. pp. 105

distinción que muchos autores hacen sobre los delitos de peligro abstractos y concretos, ya que establece que se debe concebir al delito de peligro como una integridad, que contiene los elementos de “cosa en sí” y “ cosa para algo”, lo cual crea una realidad. Esta realidad está formada de relaciones y nexos que vinculan a un estado riesgoso, y el eventual daño; toda esta integridad es lo que conforma lo concreto: “(...) lo concreto no es solo una cosa, un fenómeno, sino el conjunto de sus propiedades y determinaciones”<sup>113</sup> . Conjuntamente, establece que la abstracción, significa el aislamiento de una parte de esa integridad, separarla de los nexos y vínculos; su separación permite un entendimiento más lógico del objeto o conjunto del cual ese elemento es parte, y bajo este argumento concluye con que “resulta absurdo, pretender que el Derecho refleje como peligro una partícula o un eslabón aislado de toda la relación riesgo – lesión”<sup>114</sup> .

Son muy interesantes los argumentos expuestos por Baigún, ya que se permite utilizarlos dentro del tema de la flagrancia. El peligro concreto, es aquel que según el autor, debe ser el único sobre el cual el Derecho Penal debe actuar, la flagrancia sobre los delitos de peligro, no puede ser propia, por no contener los elementos que la flagrancia propia exige, pero la flagrancia impropia sí es una figura jurídica que se puede aplicar a los delitos de peligro, pero para que la misma exista, la flagrancia en el delito de peligro, se debe contar e identificar a aquella integridad riesgosa, que representa el peligro concreto; por otro lado, una abstracción de una situación riesgosa, un solo elemento que puede configurar eventualmente la integridad riesgosa, no será suficiente como para que pueda existir o alegarse flagrancia de un hecho peligroso y realizar una detención legal.

A continuación se observarán los conceptos y ciertos problemas que se presentan con el delito de peligro abstracto, para luego analizar la aplicación o no de una flagrancia en delitos de peligro abstracto. Al tratar sobre los delitos de peligro abstracto, se encuentran conceptos que utilizan bastante una perspectiva político criminal muy progresista, en efecto reconocen que las nuevas tendencias sociales y las nuevas tecnologías, sitúan a la persona bajo nuevos peligros y nuevos riesgos, para lo cual el Derecho Penal debe

---

<sup>113</sup> IBIDEM. pp. 19

<sup>114</sup> IBIDEM. pp. 20.

responder creando nuevos tipos penales de peligro y crear nuevos bienes jurídicamente protegidos.

De la Cuesta Aguado, ha atribuido el nombre de bienes jurídicos macro sociales o colectivos a estos nuevos bienes jurídicos. Sin embargo, después de explicar la razón de ser de estos bienes jurídicos, reconoce que las justificaciones, pierden fuerza al reconocer que en este ámbito la prevención que el Derecho Penal puede ejercer es muy limitada, y en efecto estos nuevos tipos penales tendrían un valor solamente simbólico, ya que, "(...) nos vamos a encontrar ante tipos poco aplicables"<sup>115</sup>. Se debe entonces utilizar estos conceptos para continuar con la construcción de la flagrancia en estos delitos; como se ha visto los delitos de peligro presentan varias opiniones, lo abstracto y lo concreto son temas bastante extensos, que además requieren una toma de postura político criminal para poder argumentar correctamente sobre los mismos. Particularmente me inclino a apoyar la idea sobre la cual el delito de peligro debe ser concreto, ya que como se ha expuesto en las ideas proporcionadas por Baigún, lo concreto representa una unidad, la cual puede ser defendida por el Derecho Penal y en efecto puede ser defendida por la acción de la flagrancia; por el contrario, una abstracción, un solo elemento de esa unidad, no puede ser beneficiaria de una protección penal. Sin embargo, es innegable la gran acogida que tienen los delitos de peligro abstracto, pero los autores cada vez más tratan de unir al concepto de lo abstracto, elementos del delito concreto. Siendo así, el tema de los delitos de peligro abstracto, en efecto presenta varias opiniones y varias teorías, ya que de alguna manera se reflejan los criterios políticos de los autores.

El grave alejamiento de la concreción de los delitos de peligro abstracto, ha llevado a que se hable de los delitos de peligro abstracto – concretos; concepto que toma elementos de la parte concreta para incluir en lo abstracto, así el autor Feijoo establece que, los delitos de peligro abstracto – concreto, solamente deben encerrar una "idoneidad o aptitud para lesionar o producir un

---

<sup>115</sup> De la Cuesta Aguado, Paz M. " Tipificación del Riesgo y Delitos de Peligro". ". *Revista de Derecho Penal. Delitos de peligro I*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007. pp. 134.

daño”.<sup>116</sup> Se observa cómo ahora se trata de los delitos abstracto – concretos, y en efecto se puede rescatar exactamente los elementos de los cuales una detención legal se puede nutrir para que sea legal, del mismo concepto que proporciona el autor, ya se encuentra al elemento “idoneidad” y “aptitud”, elementos que la detención en flagrancia impropia deberá utilizar para que se la pueda llevar a cabo. Finalmente, la abstracción del delito de peligro, no es incompatible con la flagrancia, ya que en efecto comparten una ideología común, como se ha visto, los autores defienden al delito de peligro abstracto, utilizando las nuevas tendencias sociales, los nuevos peligros existentes, y en especial, el carácter preventivo del Derecho Penal y la protección de nuevos y más amplios bienes jurídicos. Sería por lo demás incoherente, que se busque toda esta nueva protección, y se niegue la posibilidad de que coexista con la protección por excelencia del Derecho Procesal Penal, es decir la detención del autor en flagrante delito, ya que como se ha mencionado, comparten un mismo fin el cual en, este caso, es aumentar las barreras de protección del Derecho Penal y proporcionar más seguridad al sujeto.

### **3.5. Definición de presunción de flagrancia.**

Para concluir con el tema de la flagrancia, no se puede dejar de mencionar y estudiar a la llamada presunción de flagrancia. En efecto se la ha incluido dentro del capítulo de la flagrancia impropia en razón de que el concepto de la presunción de flagrancia está muy unido al de la flagrancia impropia. Adicionalmente, la presunción de flagrancia es una figura que muy pocos autores la reconocen como tal, y la gran mayoría la incluye dentro de la flagrancia impropia. A continuación se expondrá la definición de la presunción de flagrancia.

CLARIÁ trata sobre la presunción de flagrancia o la flagrancia ficta, establece el autor que, la posesión de objetos o la exhibición de rastros capaces de hacer presumir que se acaba de cometer un delito, son los elementos rectores para que se dé la presunción de flagrancia, adicionalmente establece que existe un elemento de inmediatividad y un elemento objetivo que

---

<sup>116</sup> FEJOO SANCHEZ, BERNARDO J. “Seguridad Colectiva y Peligro Abstrato; Sobre la normalización del peligro”. *Revista de Derecho Penal. Delitos de peligro I*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007. pp. 154

vincula al sujeto con el hecho, de manera tal que permita considerarlo como un partícipe del hecho.<sup>117</sup>

La presunción de flagrancia, según el autor, se configura entonces por la existencia de objetos o rastros que permitan presumir la participación de una persona en un ilícito. En efecto se puede rescatar el concepto de la presunción de flagrancia de la redacción del artículo 162 del Código de Procedimiento Penal, en su parte pertinente establece: “(...)así como que se le haya encontrado con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos al delito recién cometido.”<sup>118</sup> Se observa entonces que la ley sí ampara de alguna manera la existencia de la presunción de flagrancia, pero no lo hace de una manera autónoma, ya que la lectura del artículo revela una unión con la persecución ininterrumpida, ya que el artículo utiliza las palabras “así como...” Sin embargo, es posible argumentar que el artículo permite este hallazgo de los vestigios del delito, en posesión de un sujeto determinado, sin la necesidad de que exista una persecución ininterrumpida, ya que de ser la intención del legislador el que la persecución sea parte de este proceso hubiera utilizado palabras que revelen sin duda alguna la conexión entre la persecución y el hallazgo de los vestigios del delito.

La definición que se ha aportado de Clariá es, en efecto, el respaldo dogmático con el cual se deberá trabajar, ya que es el único autor consultado del que se ha podido encontrar un pronunciamiento expreso sobre la presunción de flagrancia, aunque no se puede negar que los elementos de esta presunción de flagrancia si se encuentran en diferentes definiciones de la flagrancia, específicamente cuando los autores topan el tema de los vestigios del delito cometido. A la presunción de flagrancia, se ha decidido darle un trato enfocado a su utilidad práctica, ya que es innegable la necesidad de su existencia, por cuanto representa la posibilidad de llevar a cabo una detención legal, en base a los vestigios del delito que se ha cometido y en base a las investigaciones que realice criminalística en la escena del crimen. En primer lugar es necesario aclarar el concepto sobre la presunción de flagrancia, Clariá

---

<sup>117</sup> CLARIÁ OLMEDO, JORGE. *Derecho Procesal Penal*. Rubinzal – Culzoni. Buenos Aires. 1998. pp. 368

<sup>118</sup> Internet, Código de Procedimiento Penal, disponible en [www.lexis.com.ec](http://www.lexis.com.ec) , fecha de ingreso: 2010 – 12 - 04

establece básicamente la posesión de ciertos objetos o huellas que vinculen a una persona directamente con el delito que se ha cometido, y básicamente se trabaja bajo la construcción de una presunción; es decir que la evidencia es tan objetivamente relevante, *prima facie*, que es prudente el concluir en que una persona determinada pudo tener algún grado de participación en un delito. Como ejemplo es prudente pensar en huellas evidentes, tales como manos ensangrentadas, o poseer objetos ajenos, que han constituido el *corpora delicti*<sup>119</sup> etc. Estos indicios, de evidente naturaleza vinculante pueden ser suficientes para que se realice una detención en presunción de flagrancia. Clariá no trata sobre la calidad o la naturaleza de estos indicios, pero se debe compaginar a la naturaleza de los mismos con la existencia de principios Constitucionales; en este punto va a ser de gran importancia el utilizar el concepto de la presunción de inocencia, para poder delimitar las características que deben poseer los vestigios del delito, para que puedan excepcionar a la fuerza del principio de inocencia. Se utilizarán los conceptos y las ideas de Maier, expuestas en la parte inicial del presente trabajo, para realizar el correspondiente análisis.

El principio de inocencia ya expuesto, indica que toda persona debe ser tratada como si fuera inocente, su situación jurídica, así lo establece MAIER y afirma que mientras no se declare formalmente la culpabilidad de un sujeto, no le es aplicable ninguna consecuencia penal; por tanto el imputado goza de la misma situación jurídica de un inocente<sup>120</sup>, se ha visto también que ciertas tendencias tales como el Positivismo Criminológico consideran al principio de inocencia como absurdo bajo ciertas circunstancias, y en efecto la flagrancia es una de esas circunstancias, básicamente por el efecto frustrante que tendrá de la detención, el que se active la defensa del principio de inocencia. En efecto, uno podría oponerse a una detención invocando el principio de inocencia muy válidamente, y de no ser escuchado podrían existir repercusiones graves para los agentes de detención. Ahora bien, con estos elementos se puede construir un concepto que respete al principio de inocencia y no ataque a la funcionalidad de la presunción de flagrancia. Los elementos de la inocencia,

---

<sup>119</sup> CLARIÁ OLMEDO, JORGE. *Derecho Procesal Penal*. Rubinzal – Culzoni. Buenos Aires. 1998. pp. 368

<sup>120</sup> MAIER, JULIO B.J. *Derecho Procesal Penal*. I. Fundamentos. Editores del Puerto s.r.l. Buenos – Aires, 2004.

según Maier son: a) Falta de consecuencia penal a falta de declaratoria de culpabilidad y b) Goce de una situación jurídica de inocente. Estos elementos que presenta Maier en su definición de la inocencia, deben entonces armonizarse con los elementos de la presunción de flagrancia de Clariá, que a su vez se identifican como: a) la posesión de objetos o la exhibición de rastros capaces de hacer presumir que se acaba de cometer un delito, b) un elemento temporal y c) un elemento objetivo que vincule al sujeto con el delito<sup>121</sup>. Utilizando estos elementos se debe construir un concepto que los respete, pero previamente se tratará el segundo elemento que propone Clariá en cuanto existen criterios que lo debaten. Recordando lo que dijo CORDERO, al tratar la cuasi – flagrancia o flagrancia impropia y sus problemas, concluye con que solo la práctica establecerá si el delito fue o no un caso de cuasi – flagrancia y establece que la actividad policiva ininterrumpida sobre las huellas del reo, son suficientes para la cuasi – flagrancia, incluso si no ha existido una persecución per se y prescindiendo del factor tiempo, incluso ampliándola a la duración de algunos días.<sup>122</sup> El concepto de Cordero, incluye al concepto de presunción de flagrancia, dentro del concepto de flagrancia impropia; pero más importante es que Cordero reconoce que la persecución de huellas y lo que comprende la acción policiva, pueden tener una duración mucho más amplia que aquella que representa la palabra “inmediatamente”, e incluso concluye con que el factor tiempo se lo debe prescindir cuando se dan este tipo de situaciones, lo cual particularmente me parece muy acertado. Volviendo al tema, se ha decidido entonces prescindir del segundo elemento de Clariá, es decir del elemento temporal, utilizando el concepto de Cordero, lo cual permite construir el concepto armonizante. El tercer elemento de Clariá es de suma importancia, es decir la objetividad que vincula al sujeto con la escena del crimen, lo cual da una pauta clara sobre lo que se debe buscar en los vestigios. Cuando se habla de objetividad, se habla de hechos claros y concisos, de hechos evidentes, no de presunciones o de conclusiones que estén basadas en aspectos subjetivos. De esta manera, se puede establecer que la sola posesión de los vestigios del delito, no es suficiente como para presumir la flagrancia, en el caso de que

---

<sup>121</sup> CLARIÁ, JORGE OLMEDO. *Derecho Procesal Penal*. Rubinzal – Culzoni. Buenos Aires. 1998. pp. 368

<sup>122</sup> CORDERO, FRANCO. *Procedimiento Penal*. Temis, Santa Fé de Bogota . 2000, pp. 412.

evidentemente falte la conexión objetiva del sujeto que posee los objetos y la escena del crimen. La objetividad necesaria de la cual deberá valerse el agente de la detención, se creará y formará en cada caso y en cada situación dependiendo del examen y el análisis de la escena del crimen, por ejemplo, si se determina que la muerte fue causada por golpes contundentes proporcionados por una persona de gran fuerza física a la víctima cuyo peso era de 230 lbs., sería totalmente absurdo y carente de objetividad el detener a una mujer cuyo peso es de 100 lbs., que posea algún vestigio del delito cometido, evidentemente pueden existir otro tipo de delitos, más no el asesinato que se investiga. Si estos elementos no se configuran de una manera evidente y objetiva, entonces la detención no podrá ser tal ya que no se han podido destruir las barreras de la presunción de inocencia, pero en el caso en que las evidencias y la investigación criminológica cumplan con estos elementos, entonces se podrá realizar una detención presumiendo la flagrancia del delito, sin irrespetar al principio de inocencia.

### **3.6 La persecución de huellas y la presunción de flagrancia**

Durante este último punto, se revisará el aspecto que más interés tiene con la presunción de flagrancia, en efecto se trata con temas de la investigación en la escena del crimen, por cuanto es esta rama del Derecho Penal, aquella que hará uso de la presunción de flagrancia de una manera útil y práctica.

A continuación se estudiarán ciertos conceptos que son claves para la existencia de la presunción de flagrancia; se recuerda que los conceptos de esta presunción y la misma ley, hablan de los vestigios del delito, pero estos vestigios solo pueden ser considerados tales por técnicos y científicos del área; siendo así, Silveyra establece que, “la colecta de vestigios se dio en llamar levantamiento del lugar del hecho o crimen”<sup>123</sup>, de igual manera el autor establece que este es un trabajo estrictamente reservado a personas

---

<sup>123</sup> SILVEYRA, JORGE O, *Investigación científica del delito, la escena del crimen*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2004, pp. 30.

totalmente calificadas. La finalidad del levantamiento del lugar, de acuerdo a Silveyra, es entre otras, identificar al autor o los autores de la infracción, y agrega que existen intereses en la investigación y la identificación del autor califica como un interés inmediato, lo cual evidentemente proporciona una clara guía de que la investigación del criminalista, en un primer momento no está enfocada a analizar elementos que puedan presentar guías a largo plazo, sino que en una primera etapa, el investigador mantiene a esperanza de poder identificar al autor y en efecto poder realizar una persecución que dé como resultado la detención del autor.

Este es un enfoque muy acertado, ya que el investigador, mediante la observación y la experiencia puede intentar realizar una persecución, obviamente dependerá de cada caso particular el decidir si dicha persecución es viable, como por ejemplo el lugar del crimen, el tiempo de cometimiento del delito, etc.<sup>124</sup> El autor reitera esta idea, al presentar una guía de procedimiento del personal que interviene en una escena del crimen, en la cual se establece, como una acción prioritaria, es decir al momento de llegar a la escena, concebir al lugar como una escena del crimen, hasta que se pruebe lo contrario, y más importante todavía, “Permanecer alerta y atento. Asumir que el delito continúa hasta que se evalúe y se determine lo contrario”.<sup>125</sup> Esto es de suma importancia para la presunción de flagrancia, ya que se observa cómo, el investigador / policía / agente, debe asumir que el delito continúa, y esto compagina de gran manera con la presunción de flagrancia. Lo más importante de estos conceptos, es el rescatar que en un primer momento, una escena del crimen desprende una cantidad de elementos claves que se los debe tomar muy en serio ya que pueden dar con el paradero del autor del delito, Silveyra cita a Edmond Locard y establece que, “En la investigación criminal el tiempo que pasa es la verdad que huye”<sup>126</sup>. Bajo estas consideraciones y esta etapa temprana de la investigación criminal, es indispensable que la presunción de flagrancia exista y sea útil para la detención del autor.

---

<sup>124</sup> IBIDEM, pp. 33.

<sup>125</sup> IBIDEM, pp. 38.

<sup>126</sup> LOCARD, EDMOND, *Policías de novela y policías de laboratorio*, tra. Del francés, “Revista de Policía y Criminalística, Policía, Buenos Aires, 1935, Citado por SILVEYRA, JORGE O, *Investigación científica del delito, la escena del crimen*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2004, pp. 24

Ahora bien, se han expuesto y analizado temas de gran importancia para aceptar la existencia de la presunción de flagrancia, que se refuerzan con los principios y las funciones que la investigación en la escena del crimen presenta. Resta por tratar el tema de la duración de esta persecución de huellas, lo cual es un tema que da mucho campo para opiniones.

Es prudente comenzar con una opinión propia al tema de la flagrancia, recordando que Cordero, al tratar la flagrancia impropia incluye a la persecución policial y la persecución de huellas y básicamente prescinde del elemento tiempo durante estas acciones<sup>127</sup>, lo cual es un criterio muy válido ya que se mantiene un elemento imprescindible, y es la “persecución”. En el tema de la investigación de la escena del crimen, se observó que un primer momento de la misma mantiene un estado de alerta y de posible persecución dependiendo de las circunstancias que se presenten. Sin embargo, al adoptar el criterio de Cordero, es posible argumentar que la persecución, no concluye con el levantamiento de la escena del crimen, sino que continúa durante un periodo que puede prolongarse indefinidamente en aspectos como investigación en laboratorios criminalísticos, análisis balístico, análisis de fluidos, etc., los cuales pueden desprender resultados que guíen directamente a individualizar a un autor. El problema es que dichas investigaciones, pueden extenderse por un largo periodo de tiempo, y se expuso líneas arriba, que Clariá, a diferencia de Cordero, si exige una cierta conexión de tiempo corta entre el delito y la detención y utiliza el elemento inmediatez. Si bien se descarta el elemento de la inmediatez, por referirse a un espacio de tiempo demasiado corto para la presunción de flagrancia, se lo debe retomar, no en su forma de “inmediato” sino en la forma en la cual exista una barrera de tiempo prudencial para realizar una detención por presunción de flagrancia. El elemento imprescindible en este tema, es la continuidad de la investigación lo cual incluso puede calificarse como continuidad en la persecución del autor, incluso si esta durare varios días. El problema se presenta cuando ya no se cuenta con esta continuidad de la persecución porque lo que en realidad ocurre, es que se pierde la conexión objetiva entre el supuesto autor y el delito y al aceptar que el transcurso del tiempo prolongado, con una falta de

---

<sup>127</sup> <sup>127</sup> CORDERO, FRANCO. *Procedimiento Penal*. Temis, Santa Fe de Bogotá . 2000, pp. 412

continuidad de la investigación, resulta en una pérdida de conexión objetiva entre el delito y el autor, se pierden los elementos necesarios para que la detención en presunción de flagrancia, pueda destruir la barrera de protección de la presunción de inocencia.<sup>128</sup>

En conclusión, se ha visto que la presunción de flagrancia es una figura procesal penal muy útil, especialmente para el campo de la investigación en la escena del crimen, ya que armoniza perfectamente con la primera etapa de la investigación, que incluye la posibilidad de llevar a cabo una persecución, y gracias a la presunción de flagrancia, de llevar a cabo una detención legal. Adicionalmente se ha visto, que la detención no puede estar basada jamás en aspectos subjetivos o análisis incompletos por parte del agente de la detención, y que se deben cumplir con elementos objetivos cuya función es el sobrepasar las barreras de protección del principio de inocencia del cual todos gozamos.

Finalmente, es prudente mencionar, que bajo el análisis de todos estos elementos, y de la complejidad de la detención por presunción de flagrancia, la misma no puede ser llevada a cabo por un particular, ya que se ha observado que todas las tareas de investigación están estrictamente reservadas a personas calificadas, y será necesario entonces contar con una persona calificada, tanto en investigación criminal, como en conocimiento del principio de inocencia, para que pueda valorar, ponderar y analizar, si la situación presenta y cumple con los elementos de la presunción de flagrancia como para poder realizar una detención legal.

## IV. CONCLUSIONES

---

<sup>128</sup> MAIER, JULIO B.J. *Derecho Procesal Penal*. I. Fundamentos. Editores del Puerto s.r.l. Buenos – Aires, 2004. 84 – 85.

En el proceso de elaboración de la presente tesina, se ha analizado al tema de la flagrancia de los delitos, tomando en consideración la relevancia del tema en la actualidad, y más importante, tomando en cuenta las complicaciones que surgieron después de un proceso de comparación y análisis del articulado que contiene al delito flagrante, además de las opiniones doctrinarias sobre el tema. Las conclusiones que ahora se exponen, recopilan todos los temas que se han tratado, señalando sus puntos más relevantes y su final desenlace después de haber realizado el respectivo análisis.

En primer lugar, se empezó tratando el tema de la flagrancia propia, del cual se expusieron los criterios dogmáticos además de la definición que presenta la ley. La flagrancia propia resulta ser, el tipo de flagrancia que menos problemas ha presentado al momento de definirla y se ha señalado la gran similitud de las definiciones dogmáticas sobre la flagrancia propia, concluyendo de una manera simple y racional, que los elementos a buscarse para poder hablar de la flagrancia propia, son la conexión de la persona y el hecho en un mismo acto y en un mismo momento. Dichos elementos configuran sin lugar a dudas, y sin lugar a interpretación, lo que se conoce como la flagrancia propia. Ilustrar a manera de ejemplos la flagrancia propia es relativamente fácil, ya que podemos proponer el acto de robar a una persona, entendiéndolo como el momento en el cual el autor X, mediante el uso de violencia, arrebató la cartera de la víctima Y. En efecto, al aislar esta situación, podemos introducir los elementos de la flagrancia, es decir, que dicho acto se cometa en presencia de una o más personas, y que se lleve a cabo la detención. El ejemplo expuesto, se comprende a cabalidad dentro del trabajo académico, sin duda que sucede en la realidad, pero se debe considerar los momentos en los cuales se desarrolla el delito, lo cual da paso a la siguiente conclusión: la flagrancia propia actúa de una manera aislada y se limita a ser útil para la detención del autor solamente en el momento en el cual el delito se está ejecutando, excluyendo de manera radical, al momento previo a la ejecución y al momento posterior a la ejecución del delito. Estos momentos *ex ante* y *ex post crimen*, no quedan expuestos, por el contrario, son protegidos pero no por la flagrancia propia, como se verá más adelante.

Dentro de la flagrancia propia, es también importante resaltar, que resulta ser el tipo de flagrancia que más respeta a los principios que se han

considerado para el tema. Se analizó el principio de contradicción, de lo cual se permitió una conclusión positiva para la flagrancia propia. Para dicha conclusión, se utilizó como base la situación que ha sido prevista en la Constitución ecuatoriana, sobre la flagrancia, es decir que se permita la detención por delito flagrante como una excepción al principio de inocencia y en este caso también, al principio de contradicción, propio del Derecho Procesal Penal. La flagrancia propia encarna la combustión de un crimen y en consecuencia encarna el absoluto y total rechazo del delito por parte de la sociedad. El delito en flagrante, en su modalidad de propia, encarna el horror, miedo y pánico, de presenciar un crimen, por lo cual tanto la ley como la Constitución, ponderan derechos y bienes jurídicos, resultando que la atrocidad de presenciar un delito, se ubica como un acto rechazado y aborrecido, permitiendo que se inapliquen principios propios de todas las personas, incluyendo el principio de contradicción y de inocencia. Cabe mencionar que el principio de contradicción contiene ciertos elementos que al situarlos bajo la óptica de la flagrancia propia, vemos que se cumplen a cabalidad, estos son los requisitos de claridad, precisión y circunstancialidad del hecho<sup>129</sup>, la flagrancia propia sitúa al autor temporal y espacialmente en la ejecución de un ilícito, siendo muy clara y precisa, exactamente al no incluir el momento anterior o posterior.

El principio de inocencia contiene elementos importantes y es un principio rector del Estado de Derecho, por lo tanto no se lo puede tomar a la ligera. El principio de inocencia ora que todos sean tratados como inocentes mientras no sean declarados culpables formalmente. Sin embargo, el principio de inocencia contiene también excepciones, y la excepción aplicable al delito flagrante va unida a la necesidad de aplicar la coerción procesal, palabras que muy sabiamente supo explicar Maier, la coerción procesal es la aplicación de la fuerza pública que coarta libertades reconocidas por el orden jurídico, y agrega, que en el Derecho Procesal Penal, excluyendo los fines preventivos inmediatos, el fundamento para que actué la coerción procesal, sólo puede residir en el peligro de fuga del imputado o en el peligro de que se obstaculice

---

<sup>129</sup> MAIER, JULIO B.J. *Derecho Procesal Penal*. I. Fundamentos. Editores del Puerto s.r.l. Buenos – Aires, 2004. Pp 84 – 85

la averiguación de la verdad<sup>130</sup>. No es necesario un análisis profundo como para concluir que el autor flagrante, califica como una persona que puede darse a la fuga, obstaculizando el proceso penal. En conclusión, la aplicación de la detención en flagrancia no vulnera al principio de inocencia.

Finalmente, se trató sobre el principio prohibición de exceso. Este principio permite la injerencia del Estado, en contra de la libertad de los ciudadanos, solamente en aquellos casos de necesidad, los cuales se configuran cuando está en juego la tutela de las propias libertades de los demás ciudadanos y esto, en la medida de lo necesario. Se puede apreciar que este principio tiene muchos elementos en común con el principio de la inocencia, ya que precautela la injerencia del poder punitivo del Estado sobre los ciudadanos, y trata de una manera estrictamente necesaria y celosa a la privación de la libertad. Al igual que con el principio de inocencia, ésta prohibición de exceso, no será tal en el caso de la flagrancia propia, ya que no existe exceso alguno al precautelar la justicia y el proceso penal con la presencia del autor del delito. Por lo tanto, es sano el concluir que la flagrancia propia, no vulnera el principio de prohibición de exceso.

Se trató sobre el tema del *iter criminis* y la flagrancia, de lo cual se desprendieron varias situaciones y varias aplicaciones de los distintos tipos de flagrancia. Las conclusiones que ha generado este tema son las siguientes.

Tratándose de la fase interna, se concluye que el principio rector en esta primera fase es "*Cogitationis poenam nemo patitur*"<sup>131</sup>, es decir que el pensamiento no delinque. Al ser este un principio aceptado sin discusión doctrinaria, se concluye que hablar de algún tipo de flagrancia en esta fase es incorrecto, por faltar el elemento esencial de la flagrancia, es decir el mismo delito.

Se trató sobre la fase externa del *iter criminis*, abarcando los actos preparatorios y la fase de ejecución.

Al tratar los actos preparatorios se desprenden tres teorías, la teoría subjetiva, la teoría objetiva y la teoría mixta. La teoría objetiva utiliza como argumento jurídico, la puesta en peligro del bien jurídicamente protegido

---

<sup>130</sup> IBIDEM. pp. 451

<sup>131</sup> Principio consagrado en el Digesto, establece que el solo pensamiento no es punible. Citado por POLITOFF, Sergio. *Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – 1999. pp. 30

mientras que la teoría subjetiva utiliza como argumento para la pena, la voluntad contraria a Derecho manifestada, es decir que al no existir una lesión al bien jurídico, lo que se castiga es la voluntad del sujeto, dirigida a causar dicha lesión, por cuanto la misma se ha manifestado externamente. Finalmente la teoría mixta, concuerda con la voluntad delictiva como el fundamento para el castigo, sin embargo delimita al castigo a exigencias objetivas; es decir que necesita de la existencia de un daño o peligro objetivo para tasar la pena. La conclusión de la existencia de la flagrancia en los actos preparatorios se guía por la teoría objetiva, la cual se presenta como la más aceptada doctrinariamente, además de ser la que se ha utilizado en nuestro código, y claramente reconoce que los actos preparatorios, se encuentran objetivamente muy lejos de causar un daño o poner en peligro a un bien jurídico. De lo que se debe concluir que la flagrancia no puede ser tal durante los actos preparatorios del delito, por no presentar un peligro objetivo para un bien jurídico protegido.

Siguiendo con el tema, se trató sobre la existencia de la flagrante tentativa, y se reconoce que en este tema se parte en contra de lo que literalmente explica la norma, partiendo del uso de la palabra “comete” que presenta la ley, sin embargo el argumento utilizado radica en que la tentativa de un determinado delito, en efecto es un acto penalizado por el Derecho Penal; el que la tentativa sea penada, implica reconocer el peligro objetivo de la misma, luego, la detención busca el precautelar y prevenir un posible daño a un bien jurídicamente protegido, impidiendo la realización del tipo, de tal manera que la tentativa admite la detención en flagrancia, por representar un peligro objetivo, el cual puede ser impedido mediante la detención del autor. Adicionalmente se sustentó dicho argumento, citando a varios autores, que dentro de la definición de la flagrancia, topan el tema de la tentativa. La teoría objetiva sobre la tentativa ha sido el pilar del argumento propuesto, tomando siempre en consideración la objetiva puesta en peligro de un bien jurídico protegido. En conclusión, se reconoce que la flagrante tentativa existe siempre y cuando comparta todos los elementos que la misma tentativa exige para que sea penada, es decir los elementos apreciables que permiten inferir la objetiva puesta en peligro de un bien jurídico, solo entonces la detención podrá llevarse a cabo. De igual manera, si la teoría objetiva de la tentativa impide que se pene a la tentativa inidónea, entonces la detención no sería posible bajo una

tentativa inidónea, por cuanto no existe un peligro objetivo y al no existir este peligro, la detención se transformaría en ilegal.

Tratando sobre el mismo tema, se analizó el momento en el cual la detención sería posible, ya que surge inmediatamente el problema de diferenciar el momento en que comienza la tentativa punible y acaban los actos preparatorios no punibles, para lo cual se utilizaron tres diferentes teorías. En primer lugar, la teoría puramente subjetiva indicó que el conocimiento del plan criminal es indispensable para que opere la tentativa. La conclusión sobre la teoría subjetiva, es que implica en primer lugar un agente de detención calificado, en el sentido en el que el mismo debe conocer a cabalidad el plan criminal del autor. Este conocimiento debe ser detallado y acorde al autor, para que el agente de la detención pueda conocer y reconocer exactamente el momento en el cual el autor está en tentativa y por ende se puede llevar a cabo una detención legal.

En segundo lugar, se trató sobre la teoría objetivo – formal, de lo cual se concluye que dicha teoría contiene un error que la hace recaer en la tautología, al establecer que el verbo nuclear del tipo, la acción de ejecutar, es lo que define el paso de actos preparatorios a tentativa, lo cual no nos da ningún tipo de guía para diferenciar a la tentativa del acto preparatorio o bien de la ejecución del delito, sin siquiera permitirnos hablar de la tentativa, y al no tratar la tentativa no podemos tratar su respectiva flagrancia.

Finalmente se trató sobre la teoría objetivo material, de lo cual se concluye que la misma presenta una fusión entre la teoría subjetiva y objetiva, agregando una fórmula muy interesante, conocida como la fórmula de Frank, la cual enseña que se debe valorar los actos que se ejecutan y de alguna manera entender cuáles de ellos son parte de un acto punible. Cuando se logre esa valoración, se podrá definir claramente si dichos actos acompañan al acto ilícito, o no. Si en efecto “...aparecen como parte suya...”, se está ante los actos de ejecución por ende en tentativa. Esta teoría reconoce el elemento de la teoría subjetiva “ el plan del autor”. Sin embargo, no exige que se lo conozca, sino que se lo valore. Esta valoración se la da desde un prisma objetivo, y dicha valoración expresa dos criterios: El primero trabaja sobre la inmediata puesta en peligro del bien jurídico, y el segundo, trabaja sobre la idea de un acto inmediatamente anterior a que se realice el tipo establecido en la norma.

Ambos criterios tiene sus críticas, al primer criterio se lo ataca estableciendo la dificultad de reconocer el peligro, y el segundo criterio se refuerza utilizando la fórmula de Frank. En conclusión, apoyo particularmente al primer criterio, sobre la inmediata puesta en peligro del bien jurídico, ya que se puede utilizar los conceptos de los delitos de peligro para complementar el tema y definir exactamente cuando se presenta la situación peligrosa.

Es necesario en este momento, fusionar el tema de la flagrante tentativa con el tema de los delitos de peligro, ya que es indispensable conocer cuando hay peligro para poder aplicar la flagrancia en la tentativa.

El peligro, traduce una situación de hecho real, valorada conforme a la experiencia común y desprendida de las impresiones particulares del sujeto “es el reflejo de una situación que se da en la realidad, independientemente de la voluntad o intervención de los individuos actuantes”<sup>132</sup>. Es de radical importancia el mencionar los elementos del peligro, entre ellos se mencionó: 1.- Que sea “Cosa en sí” y 2.- Que sea “Cosa para algo”. De estos elementos se desprenden los muy importantes elementos de la Probabilidad y la Posibilidad. Se estableció que las posibilidades reales son las únicas que interesan al Derecho. El calificativo de “reales” se las otorga a aquellas posibilidades que respetan en absoluto a las leyes de la naturaleza para que produzcan un efecto determinado, además de que cuentan con las condiciones necesarias para dicho efecto. Se las reconoce como posibilidades reales, a diferencia de las posibilidades formales, quienes no cuentan con las condiciones necesarias para producir un efecto determinado. Mientras que la probabilidad ha sido entendida como la “medida cuantitativa de la posibilidad de la realización de un acontecimiento cualquiera”<sup>133</sup>.

Hasta este momento se cuenta ya con los elementos del peligro, lo cual permite utilizarlos y responder a la crítica que se realiza sobre el criterio de la inmediata puesta en peligro del bien jurídico, del tema de la tentativa. Se concluye entonces, que reconocer el peligro implica el conocer sus elementos, y muy señaladamente, implica el análisis inmediato e inteligente de los conceptos de posibilidad y probabilidad por parte del agente de la detención.

---

<sup>132</sup> BAIGÚN, DAVID. *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Editorial B de F, Buenos – Aires, 2007. pp. 3

<sup>133</sup> IBIDEM. pp. 10

De esta manera se forma un criterio sobre el momento en el cual se pasa de los actos preparatorios a la tentativa, momento en el cual se habilita la detención en flagrancia, que se resume de la siguiente manera. La valoración del plan del autor, mediante un prisma objetivo, implica el reconocer el momento en el cual el autor, pone en peligro a un bien jurídico protegido; ese peligro debe ser valorado previo la detención y establecer si se está frente a un daño posible y probable. De concluirse la posibilidad y la probabilidad del daño, por la situación peligrosa, procede entonces la detención en flagrancia. Una situación que se presenta como imposible o improbable, no podrá ser considerada peligrosa, por ende no se distingue si la misma es ya una tentativa o sigue siendo un acto preparatorio, frustrando todo tipo de acción preventiva, tal como la detención en flagrancia. Me parece adecuado proponer un ejemplo que utilice estos conceptos: X, conoce de una vendetta personal de Y contra Z, por una situación sentimental, además conoce de una intención dolosa de Y contra Z, la cual la insinuó al calor de los tragos en una fiesta. Posteriormente, Y se dirige a Z y resulta que X se encuentra en el perímetro; Y discute con Z acaloradamente, cuando alcanza su bolsillo y desenfunda un arma de fuego, la discusión persiste y Y empieza a cargar el arma de fuego con sus respectivos proyectiles, en este momento específico, X detiene a Y, en flagrante tentativa. Se desprenden entonces todos los elementos necesarios, es decir X ha realizado una valoración del plan del autor, la cual se manifiesta en que Y al desenfundar su arma y cargarla frente a Z, está poniendo en peligro el bien jurídico vida de Z y el peligro es posible y probable, sin llegar a consumar el acto, se encuentra en tentativa, y ha sido detenido en flagrante tentativa.

Finalmente para concluir con el tema del iter criminis y la flagrancia, se debe realizar la respectiva conexión con el Capítulo III, el cual trata de la flagrancia impropia y este tema. En efecto se reitera el criterio que se ha mantenido a lo largo de la tesina y eso es tratar a la flagrancia propia de una manera totalmente limitada y concreta a un momento muy específico del delito que es la ejecución, esto en virtud de las definiciones dogmáticas y de la definición legal de la flagrancia propia; por el contrario, al tratar con el tema del iter criminis y específicamente con el tema de la tentativa, se debe concluir que es la flagrancia impropia la llamada a actuar en estas situaciones, ya que a la misma se le ha atribuido el calificativo de “ficción jurídica”, dándole entonces

una flexibilidad nata para el tema de los momentos anteriores y posteriores a la ejecución, dentro de lo cual nos encontramos con la tentativa. Se adiciona y se complementa la conclusión al mencionar que bajo la evidencia teórica – dogmática y sin existir un impedimento legal expreso, la flagrancia actúa en la etapa de la tentativa, en su modalidad de impropia.

Pasando a otro de los temas analizados, nos encontramos con la situación del cometimiento del ilícito frente a una o más personas. Surge la necesidad de analizar el texto de la ley, en el momento en el que surge la duda sobre su ejecución, ya que de la interpretación que se acepte para el tema, depende la calificación o no de un agente de la detención y también la misma acción de la víctima del delito como posible agente de la detención.

En primer lugar, se propuso a estudio el tema del coautor y del cómplice. En el tema del coautor se partió de tomar en cuenta el elemento de la sorpresa, elemento que se ha visto recurrente y presente en varias definiciones de la flagrancia, por autores como Clariá, Manzini, Cordero, etc. Ahora bien, sin atribuir al presente trabajo la absoluta razón de la palabra, como ejercicio académico se propuso dos ideas muy básicas alrededor del tema de la sorpresa en la flagrancia; 1) La sorpresa del autor por un tercero es elemento esencial de la flagrancia y, 2) La sorpresa no es un elemento esencial de la flagrancia. En conclusión, me parece particularmente acertado el apoyar el segundo criterio, en cuanto pueden presentarse y actuar a plena fuerza figuras jurídicas penales tales como el desistimiento o el arrepentimiento eficaz, adicionalmente, la detención actuando como una figura preventiva, correctiva o precautelatoria, está acorde con principios de gran valor tales como la tutela judicial efectiva, el procuramiento de la justicia, entre otros. El argumento aplica tanto para los coautores, como para los cómplices. Finalmente cabe mencionar, que la flagrancia puede actuar en cualquiera de sus formas en estos casos, siendo propia o impropia, todo dependerá del momento de la detención y el transcurso del delito. En el tema del encubridor se prestó especial atención, ya que el pronunciamiento dogmático sobre el encubridor, ya no lo toma como una parte activa del delito. Me permito repetir las palabras del Doctor Albán, quien enseña que el encubridor no puede ser considerado como una parte activa del delito, por cuanto, “la actividad del encubridor se produce una vez

consumado el delito”<sup>134</sup> . Esta autonomía que posee el encubrimiento, se presenta con una situación sui generis, ajena en su género, ya que se puede argumentar una especie de muerte cruzada al momento en que un encubridor detiene a un encubierto, ya que ambos se encuentran bajo la lupa de un ilícito. Si bien es un caso extraño, el encontrar que dos personas se lleven conjuntamente ante las autoridades detenidas, es teóricamente posible, ya que no hay argumento legal o dogmático que nos permita sostener la idea de que el agente de detención debe ser calificado o que no puede ser el sujeto activo de un delito de otra índole. En conclusión y resumiendo, la detención en flagrante si es posible, en sus diversas formas por parte de coautores, cómplices, y encubridores.

Concluyendo el Capítulo II, se mencionó la importancia de la detención en la flagrancia, de lo cual se concluye que sin la detención, la flagrancia no es tal y no puede existir en ningún plano, por cuanto la detención es un acto que en primer lugar, demuestra la flagrancia de un acto determinado, en segundo lugar, demuestra la existencia de un proceso delictivo y en tercer lugar demuestra el accionar conjunto del agente de la detención que presencié o investigó inmediatamente un acto delictivo. Por lo tanto, hablar de la flagrancia, sin la detención, prácticamente es inútil e inservible para los fines legales que busca la flagrancia.

Continuando con las conclusiones, se expuso el tema de la flagrancia impropia en el Capítulo III, tema que presenta de igual manera varias incógnitas y varios temas que se han considerado relevantes. Se muestra entonces el tema de la inmediatez en la flagrancia impropia, tema que no puede dejar de ser tratado por su total indefinición legal y por existir criterios contradictorios en la doctrina penal.

Al tratar el tema de la inmediatez en la flagrancia, se trata sobre un tema que ha generado confusión y no ha encontrado en la actualidad un criterio unánime. Durante la exposición de criterios dogmáticos y su respectivo análisis se intentó comprobar una relación directa entre la inmediatez y la persecución ininterrumpida, elemento que se adiciono al Código de Procedimiento Penal

---

<sup>134</sup> ALBÁN, ERNESTO. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Ediciones legales. Quito, 2002. pp. 251

durante su última reforma<sup>135</sup>. Utilizando la inmediatez y la persecución ininterrumpida se intenta construir un concepto que se acerque lo más posible a una plena objetividad y que descarte en cierto grado la posibilidad de que se cometan detenciones ilegales, al igual que se intente burlar a la justicia. A continuación las conclusiones sobre el tema de la inmediatez, propio de la flagrancia impropia.

Es absolutamente claro que el tema de la inmediatez es un tema que se lo debe considerar en estudio, ya que no hay unanimidad dogmática, pero si hay criterios similares. Durante el análisis y la comparación de los criterios dogmáticos de la inmediatez, se han presentado en esencia dos temas recurrentes que es prudente exponerlos para poder llegar a una conclusión válida.

Por un lado se presenta la teoría de los actos ajenos, la cual explica, sin lujo de detalle, que el autor no debe haber pasado a actos extraños o ajenos al delito que ha cometido, de lo cual se desprende que los delitos tienen comportamientos posteriores propios en muchos casos, sin olvidar las interesantes y siempre existentes excepciones. Por ejemplo, en el robo, se puede considerar propio de dicho acto la posterior venta u ocultamiento de las cosas robadas; se puede proponer que la actitud posterior a un homicidio será en muchos casos, el ocultamiento del arma o la destrucción del arma, la actitud de huida o el procurar eliminar los rastros y huellas del delito o bien deshacerse del cadáver, entre otras actitudes lógicas que se puede presentar. El tema de los actos extraños se lo explicó mediante la definición de la palabra “ajeno” y “extraño”, concluyendo que esencialmente, dependerá del caso en concreto el identificar cuales son o no actos ajenos al delito cometido, sin embargo la guía a seguir explica que serán aquellos actos que no tengan conexión alguna con el delito cometido, que naturalmente sean totalmente ajenos a un comportamiento normal y de alguna manera predecible; es decir que en situaciones normales, no se esperaría que una persona que acaba de cometer homicidio, proceda inmediatamente a una institución bancaria a realizar tramites personales. El tema de los actos ajenos o extraños, proporciona más guías explicando que actos si son conexos al delito, más que los que no lo son;

---

<sup>135</sup> El Código de Procedimiento Penal ecuatoriano fue reformado mediante la Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de Marzo del 2009.

de esta manera, proceder a la venta del artículo robado, no es un acto ajeno; la actitud de huida del asesino, no es un acto ajeno al asesinato, o bien procurar la desaparición de las evidencias.

Se puede catalogar al criterio de los autores consultados, que de una u otra manera mencionan o apoyan a la teoría de los actos ajenos, entre ellos encontramos a Nicola Nicolini, Manzini, Cordero, Córdova y Llore Mosquera. Por otro lado nos encontramos con lo que se denominará para efectos de esta tesina, el criterio cronológico. Bajo este criterio, la opinión se enfoca en la absoluta necesidad de la existencia de una medida de tiempo, sin embargo cabe aclarar que ningún autor parece atreverse a proponer una medida de tiempo, por el contrario se limitan a utilizar calificativos igual de indeterminados que “inmediatamente”, tales como “prudencial tiempo”, “momentos después”, entre otros similares. Se debe mencionar, que la ley ha participado de esta postura siendo muy específica, al fijar 24 horas, como tiempo límite de la persecución ininterrumpida del supuesto autor. Entre los autores consultados que sostienen el criterio cronológico, se encuentran Díaz de Lion, Garzón, Vargas y Horvitz.

Bajo esta óptica, se encuentra la teoría de los actos ajenos y el criterio cronológico, ambos muy válidos y con varios puntos de razón. Ahora bien, es importante la toma de postura bajo este tema y es prudente recordar que la intención y mi personal criterio se enfocan a encontrar la mejor opción en el sentido de la objetividad del asunto, es decir la opción que sea menos atractiva para burlar la ley o para cometer injusticias. Me inclino por la teoría de los actos ajenos por las siguientes razones: el comportamiento posterior a un delito, puede ser objeto de una observación y de un análisis muy concreto y muy rápido, que permite inferir y presumir de una manera sana e inteligente un comportamiento posterior, esto se traduce en una parcial objetividad, ya que puede ser sujeto de comprobación y análisis posterior. Se puede proponer un ejemplo que aclare el criterio: La policía llega a una escena del crimen en un parque, al momento que llegan, hay ya la infaltable multitud de curiosos rodeando al cadáver; la policía cerca el perímetro y uno de los oficiales nota un pequeño rastro de sangre que se dirige en dirección a un baño público; al seguirlo sigilosamente, nota que una persona sale del baño, con la mirada alerta y realizando movimientos bruscos; dicha persona al percatarse de la

presencia policial, toma una actitud de huida y comienza a correr. La detención se la logra gracias al impecable estado físico del policía. En este caso se realizó una observación objetiva del comportamiento de una persona determinada y se procedió a detenerla y es claro que dicha persona, no ha pasado a actos ajenos al delito, ya que pudo estar procurando la destrucción del arma o de ciertas huellas y no se ha tomado en cuenta el tiempo. La actitud de huida, ante la presencia policial, denota claramente algún tipo de responsabilidad en un ilícito, y estos comportamientos pueden ser valorados y comprobados posteriormente, lo cual proporciona un nivel de objetividad mayor al que proporciona un tiempo límite, por las siguientes razones. En primer lugar, el limitar la detención por flagrancia impropia a una hora determinada presenta el inconveniente de que puede darse el caso en que una persecución, efectivamente, dure más que la hora establecida, lo cual presentaría una grave complicación, adicionalmente el límite de hora no presenta una objetividad comprobable, especialmente cuando se ha sobrepasado el límite de hora, lo cual significaría que incluso ante un evidente comportamiento delictivo posterior, la detención sería imposible por haberse sobrepasado el límite de hora. La posición que se ha adoptado tiene una conexión total con el criterio que he expuesto sobre la presunción de flagrancia, que se tratará más adelante, pero se puede adelantar, que al limitar la persecución a cierto tiempo, se limita totalmente la labor investigativa policial y la persecución de huellas, lo cual me parece totalmente errado.

En conclusión y en resumen; la inmediatez no se la puede definir con horas, minutos y segundos; se la debe entender junto con el concepto de la persecución posterior al delito que puede o no existir; para valorar dicha persecución, se concluye que la mejor opción no es establecer un límite de tiempo para la misma, sino utilizar la teoría de los actos ajenos que llevan directamente a valorar los actos del supuesto autor, de una manera objetivamente comprobable y verificable posterior a la detención para asegurar derechos sin comprometer la justicia, de esta manera la ajenidad o lo extraño de un acto posterior, es la guía objetiva que debe existir de la cual se debe valer el agente de la detención; adicionalmente, optar este criterio abre las puertas para un funcionamiento mucho más efectivo de la labor criminalística y de la detención por presunción de flagrancia.

Continuando con los temas expuestos, se trataron los delitos de peligro; se recuerda que gran parte del tema de los delitos de peligro debía ser fusionado con el tema de la flagrante tentativa, por lo tanto actualmente se concluirá sobre el tema de una manera general y mencionando elementos que se omitieron durante el tema de la flagrante tentativa. Recapitulando, se mencionó que los delitos de peligro encuentran su fundamento en posiciones subjetivas y objetivas, siendo la visión objetiva la que ha logrado prevalecer y ser la que más se acepta doctrinariamente. Se mencionaron y se analizó los elementos del peligro, es decir que sea una “Cosa en sí” y una “Cosa para algo”; finalmente se mencionó la importancia de los elementos de la posibilidad y la probabilidad.

Ahora bien; utilizando los elementos del peligro y teniendo por lo menos una noción clara de lo que es el peligro, se puede concluir sobre la inserción de la flagrancia en el delito de peligro. Se concluye entonces, que la flagrancia en los delitos de peligro puede y debe actuar bajo los siguientes parámetros. Para que pueda haber una detención legal, la flagrancia deberá compartir los elementos del peligro, especialmente el tema de la posibilidad y la probabilidad. La flagrancia dentro del delito de peligro, también responde a ser una “cosa para algo”, siendo así un medio de prevención del delito. Se refuerza el tema de permitir la flagrancia dentro del delito de peligro al tratar el bien jurídico que dichos delitos protegen, los cuales han sido llamados bienes jurídicos supraindividuales; de lo cual se concluye que es la intención del legislador atribuir a estos bienes, una alta jerarquía e importancia y es por lo demás conexo y lógico que este tipo de delitos puedan beneficiarse del actuar preventivo / correctivo, de la detención en flagrancia. Adicionalmente se mencionó la no aceptación de la tentativa en los delitos de peligro, y se explicó esta exclusión mediante el criterio del “adelantamiento de las barreras de protección”. En virtud de dicho criterio, se reconoce que el delito de peligro sanciona una actividad peligrosa cuyo resultado puede llegar a ser lesivo, lo cual se asemeja de gran manera a la tentativa y se reconoce que el Derecho Penal ya ha adelantado la barrera de protección y adelantarla más es inaceptable ya que estaría precautelando el peligro del peligro y posiblemente entrando a penalizar cierto tipos de actos que pueden ser considerados preparatorios. Se mencionó el tema de la tentativa por una razón muy

importante, en primer lugar, se concluye cabalmente la inexistencia de la flagrante tentativa en delitos de peligro, por no existir dicha tentativa. Y en segundo lugar, el tema explica que la detención en flagrancia por delito de peligro no se la realiza ex ante o ex post de la ejecución del delito mismo; es decir que la detención será solamente viable durante la ejecución del ilícito, para lo cual se debe entender el funcionamiento del concepto. Resulta que en el delito de peligro, la flagrancia que debe actuar es aquella en su forma impropia, por ser la adecuada de acuerdo a su flexibilidad nata de ser una ficción jurídica; sin embargo, la misma actúa tal como lo haría la flagrancia propia, ya que la detención no se la realiza antes o después del delito, sino durante su ejecución. De esta manera, se respetan los principios alrededor del delito de peligro, y se habilita la detención en flagrancia, ya que una detención anterior a la ejecución del delito de peligro implicaría una tentativa del delito de peligro y una detención posterior al delito de peligro implicaría el tratar ya con una lesión a un bien jurídico, aplicando en ese caso la flagrancia propia.

Finalmente y para terminar el tema de los delitos de peligro, se trató sobre el peligro concreto y abstracto. En conclusión sobre el tema, la postura adoptada para el análisis de la flagrancia, ha sido respaldando al delito de peligro concreto y fundamentado en los conceptos establecidos por David Baigún. Independientemente de la postura adoptada, no se pudo dejar de mencionar al peligro abstracto, dada su gran acogida en el campo doctrinario, para lo cual también se propuso una forma de actuar de la flagrancia, utilizando una ideología común de protección y prevención del delito y la ampliación de los bienes jurídicos supraindividuales, concluyendo que no es incompatible el proveer a esta nueva rama de protección penal, los beneficios de protección que presenta la flagrancia. Se mencionó y se adecuó el tema de la flagrancia al peligro abstracto por respetar a un gran sector de la doctrina, sin embargo se reitera y se concluye que bajo la óptica que se ha trabajado, la flagrancia solo debe ser tal y actuar en plena fuerza bajo los delitos de peligro concreto.

Pasando al último tema que se ha analizado en la presente tesina, a continuación se concluirá sobre la llamada presunción de flagrancia. Es claro que la presunción de flagrancia es un tema que ha sido muy poco tratado y mencionado por la doctrina, en efecto, de la lista bibliográfica consultada, solamente se encontró de manera expresa el pronunciamiento de Jorge

Olmedo Clariá. La razón de la inclusión de este tema, radica en dar una cabida y una respuesta efectiva a los momentos posteriores del delito que salen de la esfera de la flagrancia impropia, es decir que se trata aquí con temas cuya línea de tiempo es necesariamente extendida. Adicionalmente el tomar en cuenta a la presunción de flagrancia, significa el dar importancia plena a la labor de criminalística, más allá de su labor clave para el tema probatorio, es reconocer la capacidad de realizar una persecución de huellas efectiva y eficaz que puede resultar en la detención del autor, y dicha detención no califica como tal bajo los elementos de la flagrancia propia o impropia, para lo cual es necesaria la presunción de flagrancia. Finalmente, se ha tomado en cuenta a la presunción de flagrancia, en virtud de que el artículo 162 del Código de Procedimiento Penal, menciona algunos de sus elementos, sin ser explícito o claro sobre si se acepta o no dicha presunción.

Los elementos sobre los cuales se trabaja en la presunción de flagrancia, son los vestigios del delito, incluidos objetos, rastros, etc. El Código los menciona como armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos al delito cometido. No queda claro si el código a unido a la persecución ininterrumpida con los vestigios del delito o los ha separado. La posición adoptada en la presente tesina intenta demostrar la autonomía de la presunción de flagrancia. Se trató en primer lugar la misma definición de la presunción y se estableció que debe existir un vínculo, objetivo, entre la evidencia relevante y el supuesto autor. Esta presunción no se la puede tratar aisladamente, ya que su más fuerte detractor será la misma presunción de inocencia, lo cual lleva directamente a concluir que el vínculo entre la evidencia y el supuesto autor debe tener la capacidad de obviar la protección de la inocencia, para poder realizar una detención. Para explicar esta batalla entre la presunción de flagrancia y la presunción de inocencia se tomó en cuenta los elementos de ambas. Los elementos de la inocencia, según Maier son: a) Falta de consecuencia penal a falta de declaratoria de culpabilidad y, b) Goce de una situación jurídica de inocente. Estos elementos que nos presenta Maier en su definición de la inocencia, deben entonces armonizarse con los elementos de la presunción de flagrancia de Clariá, que a su vez identificamos como: a) la posesión de objetos o la exhibición de rastros capaces de hacer presumir que se acaba de cometer un delito, b) un elemento temporal y (c) un elemento

objetivo que vincule al sujeto con el delito<sup>136</sup>. Se desprende de estos elementos una disyuntiva respecto al segundo elemento de la presunción de flagrancia, es decir el tiempo y utilizando los conceptos de Cordero se concluye que no es acertado limitar a la presunción de flagrancia al tiempo, lo cual no significa que no exista un límite para la misma como se verá más adelante. La construcción del concepto empieza por reconocer la objetividad de la cual debe estar empapada el vínculo entre el vestigio y el supuesto autor, concluyendo que la sola posesión de un vestigio, no necesariamente es suficiente para la detención, si esta huella, instrumento o rasgo no demuestra *prima facie*, un vínculo objetivamente comprobable y verificable con el delito cometido; se propuso el ejemplo de la mujer de 100 lbs y el occiso de 230 lbs cuya causa de muerte aparente es por medio de golpes. Si los vestigios del delito no presentan este vínculo objetivo fuerte, pues no son suficientes para destruir la barrera de protección de la presunción de inocencia. Recapitulando y en conclusión, la presunción de inocencia implica dar el trato de inocente a quien no ha sido demostrado culpable y la detención en flagrancia exige un vínculo objetivamente comprobable y verificable entre el vestigio del delito y el supuesto autor; bajo esta óptica, una detención en presunción de flagrancia implica que el agente de la detención pueda demostrar, verificar y comprobar que el vestigio del delito, la huella, el rastro, el instrumento, encontrado en el supuesto autor, tiene la objetividad necesaria como para haber prescindido de la presunción de inocencia.

La presunción de flagrancia encuentra su más interesante opción en la denominada persecución de huellas, para lo cual es necesario el recabar conceptos de la ciencia de la criminalística. En primer lugar debe quedar claro, que bajo el tema de la presunción de flagrancia, el agente de la detención necesaria e inamoviblemente debe ser calificado, ya que se necesita del vínculo objetivo que solamente puede ser identificado por una persona calificada y entrenada en el tema de criminalística. Se han utilizado los conceptos de Silveyra, con lo que se avala la persecución de huellas, ya que se reconoce que la investigación en la escena del crimen, tiene en primer lugar un interés inmediato relacionado con la escena del crimen y la persecución del

---

<sup>136</sup> CLARIÁ, JORGE OLMEDO. *Derecho Procesal Penal*. Rubinzal – Culzoni. Buenos Aires. 1998. pp. 368

supuesto autor. Incluso se establece que en una escena del crimen se debe asumir que el delito continúa hasta que se evalúe y determine lo contrario.

De los elementos expuestos, se rescata y se concluye: La presunción de flagrancia es útil para la detención del supuesto autor, cuando se comprueba y se verifica un vínculo objetivo entre los vestigios del delito y una determinada persona, teniendo siempre en cuenta la fuerte e importante barrera de protección de la presunción de inocencia; esta comprobación se la lleva a cabo mediante la investigación en la escena del crimen y su eventual persecución de huellas; esta persecución es en efecto la primera prioridad que da la ciencia criminalística a la escena del crimen, y lo considera como si el delito continuara hasta que se demuestre lo contrario; la persecución resultaría inútil, de no existir el concepto de detención por presunción de flagrancia, lo que comprueba y avala la necesidad y la importancia de que exista este tipo de detención.

Finalmente, el tema de la presunción de flagrancia lleva a la incógnita de dilucidar la duración de la persecución de huellas. El tema ha presentado varias incógnitas, por un lado, ciertos autores prescinden del elemento del tiempo, mientras otros sí lo consideran necesario; líneas arriba se ha adoptado la posición en la cual se prescinde del elemento tiempo, pero se mencionó que eso no significa que la persecución de huellas no tenga límite. El límite de la persecución, está dado por la misma persecución y su conexión objetiva entre el delito y el autor. Una persecución de huellas, puede extenderse por más de 24 horas. La persecución de huellas, no concluye con la etapa de interés inmediato de la criminalística, sino que continúa en laboratorios, análisis, pruebas, etc. La diferencia es el objetivo final de dichos análisis, ya que es prudente concluir que la labor criminalística, además de ser una herramienta indispensable para la captura del autor de un crimen, es indispensable para reconocer y utilizar legalmente las pruebas que pueden condenar a una persona. Lo que se busca, en la persecución de huellas, para la fase inmediata, la cual está bajo el manto de la presunción de flagrancia, es la continuidad. Esta continuidad se termina y se corta cuando la labor policial o la labor del detective, pierde un elemento que le permita continuar con la persecución de manera activa. La investigación de laboratorio, ya no califica entonces, como una persecución activa y continua a partir de la escena del crimen. La

continuidad que se ha propuesto en la persecución, encuentra su respaldo legal en los mismos conceptos y elementos de la presunción de flagrancia, ya que mediante esta persecución, continua y activa, lo que se mantiene es el vínculo, objetivo necesario entre la escena del crimen y el autor, vínculo necesario para prescindir de la protección del principio de inocencia. Cuando se pierde la continuidad de la persecución, se pierde la conexión necesaria entre el autor y el delito, ya que los vestigios del delito tendrán demasiado tiempo para alterarse, corromperse, cederse, enajenarse, desaparecer o modificarse y se recuerda que un vestigio, que no produce una certeza objetiva total, jamás será suficiente para burlar al principio de inocencia respaldado constitucionalmente.

Se han expuesto varios temas durante el desarrollo de la tesina, los cuales han sido cubiertos uno por uno en la presente y final parte del trabajo; resulta claro que la figura procesal penal de la flagrancia es una figura que se encuentra rodeada de problemas e incertidumbre. Como se mencionó en la parte introductoria, la detención en flagrancia representa la reducción total de un bien jurídicamente protegido y muypreciado, el cual es la libertad personal. La mala aplicación de la flagrancia puede causar detenciones ilegales, o bien la falta de una detención legal cuando la misma es necesaria. La flagrancia implica también, como se ha visto a lo largo del trabajo, una garantía para los ciudadanos, cuando se presenta como una figura que previene una futura agresión a un bien jurídico protegido. La investigación realizada sobre la figura de la flagrancia, demuestra que es un tema que se lo debe continuar desarrollando; la intención del presente trabajo fue contribuir y aportar con nuevos enfoques y descifrar nuevos, posibles y probables problemas que rodean al tema de la flagrancia. El desarrollo del derecho penal, mediante el trato y el análisis de nuevos problemas y de nuevas opciones, permite un desarrollo sano de la sociedad, por cuanto el respeto a los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, en el campo penal, refleja directamente la calidad y los valores que en nuestra sociedad se están cultivando y desarrollando; una aplicación vaga y confusa de figuras tales como la flagrancia, puede producir una decadencia en la aplicación de la justicia y en el trato que recibe la sociedad por sus autoridades o entes de control y viceversa. El aporte al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal que contribuye el

presente trabajo, es tan solo una porción del verdadero trabajo que se debe realizar, el cual radica en la aplicación y la práctica de la abogacía. La defensa de la libertad, o la defensa de la aplicación de justicia, mediante la justificación o no, de una detención, ante los tribunales y los jueces penales del Ecuador, es el camino que resta a todos los profesionales del Derecho y a la sociedad en general por recorrer.

## V. BIBLIOGRAFÍA

1. ALBÁN GÓMEZ, ERNESTO. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*. Ediciones legales. Quito, Ecuador.
2. ANDRADE, FERNANDO; CORDERO, RIGOBERTO; MAXI, DIGNA. *Diccionario Jurídico Anbar con legislación ecuatoriana*. Fondo de cultura ecuatoriana. Cuenca, Ecuador. 1998.
3. BAIGÚN, DAVID. *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Editorial B de F, Buenos – Aires, 2007.
4. CABANELLAS GUILLERMO, *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo II, Heliasta, Buenos – Aires, 1972.
5. CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS. *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales*, 3era Edición. Tirant lo blanch. Valencia, 1999.
6. CLARIÁ, JORGE OLMEDO, *Derecho Procesal Penal*, Rubinzal – Culzoni. Buenos Aires, 1998.
7. CORDERO FRANCO, *Procedimiento Penal*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000.
8. CÓRDOVA, ANDRÉS F. *Derecho Procesal Penal ecuatoriano Tomo I*, Minerva. Quito, 1953,
9. CORCOY, MIRENTXU. “Algunas cuestiones sobre el injusto atípico en los delitos de peligro”. *Revista de Derecho Penal. Delitos de peligro I*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007.

10. De la Cuesta Aguado, Paz M. "Tipificación del Riesgo y Delitos de Peligro". . *Revista de Derecho Penal. Delitos de peligro I*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007.
11. DÍAZ DE LION, MARCO ANTONIO, *Diccionario de Derecho Procesal Penal Tomo I*, Porrúa, México, 2004.
12. FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO J. "Seguridad Colectiva y Peligro Abstracto; Sobre la normatización del peligro". *Revista de Derecho Penal. Delitos de peligro I*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007.
13. FRANK: StGB, 43, II, 2b. Rodríguez Mourullo, Comentarios I, pp. 117, Cobo / Vives. 1995, citado por, PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal Parte General*. Editorial B de F. Buenos Aires, 2007.
14. FEUERBACH, ANSELM V, *Tratado de Derecho Penal*. Hammurabi. Buenos Aires. 1989
15. GARZÓN, FABIO ESPITIA. *Instituciones de Derecho Procesal 5ta Edición*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2005.
16. Internet, Código de Procedimiento Penal, disponible en: [www.lexis.com.ec](http://www.lexis.com.ec).
17. Internet, Declaración Universal de los Derechos del hombre y del ciudadano, Disponible en: [http://www.aidh.org/uni/Formation/01Home2\\_e.htm](http://www.aidh.org/uni/Formation/01Home2_e.htm).
18. Internet, Constitución del Ecuador 2008, Disponible en: [www.lexis.com.ec](http://www.lexis.com.ec).
19. Internet. Código Penal. Disponible en: [www.lexis.com.ec](http://www.lexis.com.ec).
20. Internet, Real Academia Española. Disponible en: <http://buscon.rae.es/>
21. LOCARD, EDMOND, Policias de novela y policías de laboratorio, tra. Del francés, "Revista de Policía y Criminalística, Policía, Buenos Aires, 1935, Citado por SILVEYRA, JORGE O, *Investigación científica del delito, la escena del crimen*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2004,
22. LLORE MOSQUERA, VÍCTOR. *Compendio de Derecho Procesal Penal*. Talleres Gráficos de la Universidad de Cuenca. Cuenca, 1964.
23. MAIER, JULIO B.J, *Derecho Procesal Penal*. I, Editores del Puerto s.r.l, Buenos – Aires, 2004.

24. MANZINI, VINCENZO, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, EL Foro. Buenos Aires – Argentina. 1996.
25. MORAS, JORGE. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Abeledo – Perrot, Buenos Aires. 1999.
26. ODERIGO, MARIO A. *Derecho Procesal Penal*. Depalma. Buenos – Aires. 1973.
27. POLITOFF, SERGIO. Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1999,
28. PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal Parte General*. Editorial B de F. Buenos Aires, 2007.
29. ROCCO, ARTURO. Lóggetto del reato e della tutela giuridica penale, F. Bocca, 1913, p. 302, citado por, BAIGÚN, DAVID. *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Editorial B de F, Buenos – Aires, 2007.
30. SILVEYRA, JORGE O, *Investigación científica del delito, la escena del crimen*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2004,
31. VARGAS, PEDRO P. *La captura y la libertad*. Ed. Doctrina y ley. Bogotá, 1998.
32. ZAVALA BAQUERIZO, JORGE. *Tratado de Derecho Procesal Penal Tomo VI*, Edino. Guayaquil, 2004.

