

LA DETENCIÓN POR FLAGRANCIA Y LA MODIFICACIÓN DE LA LEY 20.253

Jorge Vitar Cáceres¹
Universidad Diego Portales

1. GENERALIDADES

1.1 La flagrancia y la libertad individual

La detención por flagrancia es una figura de corte eficientista dentro del derecho procesal penal, que constituye una excepción al principio que limita la afectación de la libertad individual de una persona al pronunciamiento de un tribunal competente².

Conceptualmente no es abordada con mucha frecuencia, y se puede definir con una pretensión más bien modesta pero funcional a esta presentación como *aquella detención que se produce en los momentos en que un sujeto lleva a cabo la comisión del delito* (flagrancia, del verbo flagare: arder o quemar como fuego o llama).

Su fundamento radica en el favorecimiento de la persecución e investigación de un delito con proyecciones exitosas, por lo que el ordenamiento permite a las policías y a cualquier particular sustituir a la autoridad jurisdiccional y les habilita en determinados supuestos para privar de la libertad a una persona.

La flagrancia es una institución de importantes implicancias prácticas y de muy escaso desarrollo doctrinario, que persigue fines político-criminales muy claros y que nuestro actual Código Procesal Penal del año 2000 mantuvo desde el punto de vista normativo prácticamente sin alteraciones en relación con el tratamiento que recibía en el Código de Procedimiento Penal de 1906.

1.2. Flagrancia y cuasiflagrancia

El legislador se limita a enumerar las hipótesis en las cuales se entenderá que un sujeto se encuentra en situación de flagrancia y en las que, consecuentemente, puede ser detenido.

A partir del propio tenor del artículo 130 del Código Procesal Penal se puede desprender un primer cuestionamiento constitucional a la regulación legal; alguien contra quien no se ha librado una orden de detención judicial puede ser detenido sin que exista

¹ Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Ha realizado estudios de postgrado en la Universidad Diego Portales obteniendo Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal. Tiene postítulos en derecho procesal, derecho penal y en políticas públicas en seguridad ciudadana. Desde el año 2003 tiene el cargo de fiscal del Ministerio Público, actualmente en la Región Metropolitana. Ha desempeñado docencia como profesor ayudante de derecho procesal penal en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y actualmente es profesor auxiliar de derecho penal en la Universidad Diego Portales.

² Conforme al actual artículo 19 N° 7 letra c) de la Constitución Política: “Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes”.

propriadamente una flagrancia, ya que en la enumeración de supuestos la norma señala que se **“entenderá que se encuentra en situación de flagrancia”**.

Lo anterior queda comprobado si se leen las hipótesis que contempla el artículo 130, puesto que el concepto que hemos enunciado sólo coincide con el caso planteado por la ley en su letra a: *“el que actualmente se encontrare cometiendo un delito”* donde tiene lugar plenamente la metáfora de “arder o quemar”. Luego, las demás situaciones contenidas en las letras b) a la e) del artículo 130 del CPP quedan fuera del concepto doctrinario de flagrancia, y configuran más propiadamente lo que se han denominado ***supuestos legales de flagrancia o flagrancia en sentido amplio***, dejando al enunciado primeramente como un ***concepto doctrinario o de naturaleza estricta***.

Junto a la hipótesis de la letra a), la contenida en la letra b) correspondiente al caso de quien acabare de cometer un delito, configuran lo que podríamos denominar ***flagrancia propiadamente tal***, al lado de lo que se conoce como ***cuasiflagrancia***, que comprende las tres situaciones siguientes, aquella del que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice (letra c), la del que en un tiempo inmediato a la comisión del delito fuere encontrado con rastros, señales, armas o instrumentos utilizados (letra d), y aquella del que en un tiempo inmediato a la comisión del delito, fuere señalado por las víctimas que reclamaren auxilio o por testigos presenciales (letra e).

Lo que marca la diferencia entre flagrancia y cuasiflagrancia, es que en la primera el sujeto a detener es advertido directamente por quien realiza la detención; en la segunda, en cambio, quien detiene no es un observador presencial del delito, sino que se impone de éste por la versión de la víctima o terceros, o bien por sorprender al sujeto con evidencias que hagan sospechar su participación en el delito.

2. REQUISITOS DE LA FLAGRANCIA

Para que exista una situación de flagrancia se deben cumplir determinadas exigencias, con los énfasis que se exponen a continuación.

2.1. La ostensibilidad

La ostensibilidad o evidencia deriva de la idea misma de flagrancia y pone de relieve el carácter manifiesto del delito. La ostensibilidad tiene relación con la exigencia de inmediatez. En los casos de flagrancia propiadamente tal de las letras a) y b) del artículo 130, por el solo hecho de la coetaneidad o inmediatez muy próxima el delito se hace ostensible o manifiesto y, por ende, se configura la situación de flagrancia.

No obstante, a nuestro juicio es perfectamente posible que la ostensibilidad exista con prescindencia absoluta de la inmediatez. Piénsese, por ejemplo, en la sustracción de una especie cuyas características son tan particulares que la hagan prácticamente única, la cual al cabo de una semana de ocurrida su sustracción, es vista en manos de un transeúnte en la vía pública, quien al ver la presencia policial intenta huir. Dificultosamente se podría sostener que transcurridos tantos días desde la perpetración del hecho estemos frente a un supuesto de inmediatez temporal, no obstante lo cual podríamos asumir sin problemas que nos enfrentamos a un delito de receptación de especies manifiesto y ostensible.

Como corolario de lo anterior queda que se establece una relación entre ambos elementos como variables independientes, ya que si bien a mayor inmediatez mayor será la ostensibilidad; pero una menor inmediatez no necesariamente implica una menor ostensibilidad. La suficiencia o no de una menor ostensibilidad que genera naturalmente el transcurso del tiempo es una circunstancia de hecho que debe ser apreciada por el juez caso a caso.

Donde se debilita en gran medida este requisito de la ostensibilidad es en la hipótesis del artículo 130 letra d), en la cual no existe una sindicación directa por parte de alguien respecto del presunto autor o cómplice, sino que sólo se cuenta con indicios que vinculan al detenido con el hecho delictivo, con lo que el juicio de ostensibilidad se traslada, como el propio legislador lo reconoce, al de “*sospechabilidad*”. Lo anterior se ve confirmado en un pronunciamiento reciente de la Excelentísima Corte Suprema, en el cual a propósito de una detención precisamente encuadrada en virtud de la letra d) del artículo 130 sostiene: “*Que el régimen legal de la flagrancia en nuestro país no es estricto, pues a la flagrancia propiamente tal, esto es, aquella en que el agente se encuentra actualmente cometiendo el delito, se agregan otras hipótesis donde lo ostensible o evidente no es tan claro y, por lo mismo, se acercan más a la sospecha, sin que obviamente se identifiquen con ella*”.³

2.2. La vinculación fáctica y la necesidad de urgencia

Un requisito que debe estar presente en todas las posibilidades de actuación en flagrancia, es el que dice relación con la vinculación fáctica para proceder conforme a derecho –denominada también por algunos inmediatez personal para diferenciarla de la temporal–, entendida como la presencia física del detenido, la que deberá concurrir independiente de si se trata de una flagrancia propiamente dicha, o bien, una cuasiflagrancia.

Respecto de las dos primeras causales del artículo 130, el vínculo fáctico debe existir entre el delito mismo y la persona del autor. En las otras tres, en tanto, la vinculación de hecho debe presentarse ya no entre el hecho mismo y el autor –ya que como vimos quien materializa la detención no ha presenciado la ocurrencia del hecho–, sino que la vinculación inmediata debe tener lugar entre la sindicación o el hallazgo de evidencias, y la persona del detenido. En apoyo de esta exigencia está lo que afirma MANZINI: “*El concepto jurídico de flagrancia está constituido por una idea de relación entre el hecho y el delincuente. No puede haber flagrancia en virtud solamente del elemento objetivo: es necesaria siempre la presencia del delincuente, fuera de los casos expresamente exceptuados por la ley, «un cadáver todavía sangrante; una casa que en ese momento se incendia...» no constituyen flagrancia si el reo no es sorprendido en el acto mismo o no se lo consigue inmediatamente*”.⁴

A nuestro juicio, es precisamente la ausencia de vinculación fáctica, la que fija conceptualmente el límite máximo de la flagrancia, a partir de la cual debe necesariamente recurrirse a la autorización judicial para proceder a la detención del sujeto.

³ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, 18 de octubre de 2010, causa Rol 1000151084-9, Fiscalía Local de Valparaíso, obtenida de la base de datos del Ministerio Público.

⁴ MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Editorial Ejea, Tomo IV, Buenos Aires, 1951, p. 128.

A esta exigencia de vínculo causal o fáctico de carácter inmediato, se agrega el de la ***necesidad de urgencia*** en la detención, con lo que se alude a que el aprehensor se vea compelido a intervenir efectuando la detención, con el doble fin de poner término a la situación existente impidiendo en todo lo posible la propagación del mal que la infracción penal acarrea, y de conseguir la captura del responsable en los hechos, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la autoridad judicial para obtener el mandamiento de detención correspondiente.

La ausencia de urgencia en las detenciones flagrantes es un tema que encuentra una importante aplicación práctica en la relación existente entre control de identidad-detención flagrante, lo que obviamente excede los alcances y fines de esta presentación.

2.3 La inmediatez

Una exigencia que tradicionalmente se impone a una detención para que pueda calificarse de flagrante, y que concentra gran parte de las discusiones prácticas en relación con esta institución, es la que dice relación con la inmediatez temporal, es decir, que la aprehensión se produzca en un tiempo inmediato en relación con la ocurrencia del delito.

Esta característica tiene sentido y parece un elemento esencial del concepto de flagrancia tratándose de los dos casos de flagrancia que llamamos propiamente tal (letras a y b del artículo 130) en los cuales el delito se está cometiendo, o bien, acaba de cometerse y, en consecuencia, la inmediatez se presenta como una evidencia.

No es tan clara esta situación, en cambio, en los casos de cuasiflagrancia, en los cuales el legislador incorpora como un elemento de la flagrancia que ésta tenga lugar en un *tiempo inmediato*.

Abogamos porque el elemento de la inmediatez no sea considerado como una exigencia ineludible para entender que nos encontremos en una situación de flagrancia. Esto se justifica teniendo en vista el fundamento que tiene esta institución de la detención en flagrancia, que es la “delegación” del poder penal en manos de los cuerpos policiales o incluso de los particulares en aquellos casos en los cuales no es posible recurrir a la autoridad jurisdiccional para recabar una orden de detención (necesidad de urgencia). Por lo demás, si consensuamos en que flagrancia se refiere a lo que resplandece o arde, ello puede ocurrir tanto en hipótesis de genuina flagrancia, como las dos primeras del artículo 130, en las que lo que arde es la ocurrencia misma del delito; como en las hipótesis de cuasiflagrancia, en las cuales lo que arde o quema es la sindicación del delincuente o la existencia de vestigios en su persona, que permitan vincular intelectualmente, más que temporalmente, al sujeto con el delito. Luego entonces, lo decisivo para estimar que una detención en flagrancia se realiza conforme a derecho debe ser que se cumpla con el requisito de la ostensibilidad, con el matiz que ya hemos anticipado en el caso de la letra d) del artículo 130.

Al mismo tiempo, y de acuerdo a lo dicho anteriormente, siempre se requerirá una vinculación fáctica ineludible e inmediata del sujeto detenido, de manera tal que ambos elementos –ostensibilidad y vinculación personal inmediata– permiten elaborar un adecuado y consistente estatuto de flagrancia.

A la luz entonces de la justificación por la cual existe la figura de la flagrancia, la decisión de exigir un actuar inmediato, es una decisión político criminal que en nada afecta la estructura conceptual de la flagrancia como institución.

3. MODIFICACIÓN DE LA LEY 20.253

3.1. Ley de Agenda Corta Antidelincuencia de fecha 14/03/2008

Con la modificación incorporada por la ley 20.074 del año 2005, se extienden las hipótesis de flagrancia a las situaciones en que un individuo es señalado por la víctima o un tercero como el perpetrador de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato.⁵

Por su parte, de acuerdo al mensaje del Ejecutivo que acompaña al proyecto de la ley 20.253 conocida como ley de agenda corta antidelincuencia, lo que se busca es “introducir mejoras en el sistema, destinadas a reprimir con mayor energía al delito y disminuir la sensación de temor (al delito)”⁶, lo que revela claramente la vinculación que tiene el proyecto con el tema de la seguridad ciudadana, a tal punto que el proyecto se titula “modificaciones en materia de seguridad ciudadana, y refuerza las atribuciones preventivas de la policía”.

Finalmente, la aprobación del proyecto modificó el Código Procesal Penal agregando un inciso al artículo 130, del siguiente tenor: “Para los efectos de lo establecido en las letras d) y e) se entenderá por tiempo inmediato todo aquel que transcurra entre la comisión del hecho y la captura del imputado, siempre que no hubieren transcurrido más de doce horas”

3.2. Discurso político criminal: Supuestas deficiencias en la aplicación del artículo 130

En lo relativo a la flagrancia, el mensaje sostiene que la indeterminación de lo que debe entenderse por “tiempo inmediato” ha llevado a interpretaciones diversas en cuanto a su extensión, lo que se traduce en ilegalidades de detención si el tribunal estima que éste ha sido excesivo.⁷ Se pone el acento en que la flagrancia puede extenderse a todo el tiempo que transcurra hasta que se produzca la aprehensión material del autor después de una persecución iniciada inmediatamente a continuación de *apreciarse* la comisión del hecho delictivo.

Intentando desde ya interpretar adecuadamente lo que se quiere señalar en el proyecto, el aparente inconveniente que se pretende solucionar se presentaría en las hipótesis de las letras a) y b) del artículo 130, puesto que sólo en esos casos quien detiene a otro aprecia la comisión del hecho. Sin embargo, la modificación legal apunta a la precisión de la expresión tiempo inmediato, que aparece en las letras d) y e) del artículo 130.

3.3. Objetivo: Extender el ámbito de lo flagrante

⁵ La ley 20.074 modificó el artículo 130 letra e) del Código Procesal Penal quedando como sigue: “El que personas asaltadas, heridas o víctimas de un delito, que reclamaren auxilio, o terceros, señalaren como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato”.

⁶ Mensaje de fecha 7 de julio de 2006 con que se inicia el proyecto de ley que modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana, y refuerza atribuciones preventivas de la policía. Véase en <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero> visitado por última vez el 21 de enero de 2011.

⁷ Cit. nota 5

El verdadero objetivo del proyecto de ley es la ampliación de la esfera de la flagrancia en una extensión temporal que se plantea en doce horas, produciéndose en la discusión particular del proyecto, parlamentarios que solicitaban incluso que el plazo fuera de veinticuatro horas, contados desde que la policía tomara conocimiento del hecho y no desde la ejecución del mismo.

Un aspecto que me interesa resaltar y a pesar que en definitiva no se concretó en la modificación legal, es que en la Comisión de la Cámara Baja se propuso que las personas que se encuentren en situación de flagrancia podrán ser investigadas por la policía, sin previa orden de un fiscal, hasta seis horas después de cometido el delito. Volveré sobre este punto cuando analice el impacto que produjo esta reforma en el funcionamiento del sistema en lo relativo a la flagrancia.

3.4. ¿Diagnóstico acertado?

Estudiadas un total de 19 ilegalidades de detención decretadas por jueces de garantía correspondientes a la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Santiago en el año 2007, año calendario anterior a la entrada en vigencia de la ley 20.253, no se aprecia ningún pronunciamiento que aluda al tiempo inmediato como argumento para decretar la ilegalidad de la detención. La muestra se descompone de la siguiente forma:

- Falta de ostensibilidad	5
- Falta de indicio para efectuar un control de identidad	6
- Tardanza en la entrega de detenidos por civiles	6
- Otras vinculadas a la afectación de garantías	2

A pesar de lo reducido de la muestra, tiene la ventaja de reflejar la realidad de una fiscalía que a nivel territorial abarca todas las comunas de la zona oriente de Santiago, sumado al hecho que contiene pronunciamientos de jueces de garantía de distintos tribunales de la Corte de Apelaciones de Santiago.

A mayor abundamiento, se puede agregar a lo anterior, la circunstancia que un defensor penal público entrevistado en el marco del trabajo en terreno, sostuvo que en la zona sur de Santiago, cuyos tribunales dependen territorialmente de la Corte de Apelaciones de San Miguel, se encuentra hace ya bastante tiempo institucionalizada la detención *por sospecha*, y que al mismo tiempo las ilegalidades de detención casi no se ven.

Con lo anterior, queda de manifiesto la inexistencia de una disparidad de criterios en la interpretación del elemento inmediatez como lo sostiene el proyecto de ley, y sin poder descartar algún caso puntual que se haya ventilado en la discusión parlamentaria, esta problemática no formaba parte de las discusiones generadas en torno a la detención por flagrancia.

4. SITUACIÓN POST-LEY 20.253

4.1. Variación de la tasa de detenciones

De acuerdo a la información que se puede obtener del Ministerio del Interior, entre el año 2008 y el año 2009, se observa un significativo aumento de la tasa de detenciones en

los mayor connotación social de 10,1%, esto es, de 860 detenciones por cada 100 mil habitantes el año 2008 a 946,7 el 2009, no pudiendo establecer si el alza se puede atribuir a mayores afanes policiales o a otras causas, entre las cuales podría considerarse la modificación legal que discutimos, por lo que no se puede descartar que la ley 20.253 haya generado un impacto en la tasa de detenciones en nuestro país.

4.2. Actitud de policías, fiscales y jueces de garantía

La forma en que el sistema penal recepcionó la modificación legal artículo 130 con la incorporación de la norma que extiende la flagrancia a 12 horas, está dada en buena medida porque la policía entendió que había un plazo de 12 horas para detener a una persona, contado desde que el hecho hubiese tenido lugar, más allá de que se cumplieran o no con las exigencias que se imponen a una genuina detención por flagrancia y que ya han sido latamente expuestas.

Lo anterior se comprueba en que la práctica posterior a la modificación legal muchas veces demuestra un verdadero trabajo investigativo en la actuación policial desde que se toma conocimiento de un delito y que se finaliza con la captura del presunto responsable. Se trata fundamentalmente de casos en los cuales la policía junto con enterarse del hecho delictual, muchas veces se informa además, ya sea por la propia víctima o bien por terceros, acerca de la identidad del autor del delito, y lleva a cabo a continuación las diligencias para ubicar al sujeto y consumir así la detención.

Un ejemplo claro de lo anterior, es lo que ocurre muy frecuentemente con las denuncias por delitos de la ley de violencia intrafamiliar, en los que la víctima, en la mayoría de los casos una mujer, una vez que ha sufrido una agresión por parte de su cónyuge o conviviente, abandona el hogar común, trasladándose a la unidad policial a estampar la denuncia correspondiente. En casos como éstos, la policía procede junto con acoger la denuncia, a concurrir hasta el lugar donde de acuerdo a la versión de la víctima se encuentra el agresor y de ser habido se procede a su detención en flagrancia, amparados en el plazo de 12 horas que la ley establece. Ejemplos de lo anterior de pueden constatar a diario en el quehacer policial en éstos y en otros tipos de delitos.

Los fiscales, en tanto, ante casos como los señalados, y al ser consultados por la policía en el marco de un procedimiento como los referidos, muchas veces dan la instrucción de proceder conforme a la norma de las 12 horas, y proceder en consecuencia a practicar la detención en flagrancia. Esta circunstancia es incluso muchas veces consignada así en el parte policial, lo que pasa a formar parte de la investigación. A modo ejemplar, en un parte de detenidos al que se ha tenido acceso, se puede leer: “...*dando cuenta al fiscal de turno (...), quien dispuso la concurrencia de este personal al domicilio del agresor, con la finalidad de lograr su detención*”

Por su parte, en los casos en que la policía actúa de propia iniciativa y hace uso de la facultad que supuestamente le entrega el nuevo inciso final del artículo 130, la fiscalía trata el caso como una flagrancia más y presenta al detenido a la audiencia judicial correspondiente, sin que el proceder policial sea motivo suficiente para actuar conforme de conformidad con el artículo 131, decretando la libertad del detenido por no ajustarse a derecho su aprehensión, lo que en todo caso, podría interpretarse como una decisión estratégica del fiscal en orden a dejar la decisión final en manos del juez que controle la legalidad de la detención del sujeto.

En relación con los criterios seguidos por los jueces de garantía, al ser consultados sobre este punto, en general se manifiestan de acuerdo con un proceder como el descrito anteriormente, es decir, que contando con una individualización del presunto autor de un delito, la policía se empeña en su búsqueda y de lograr resultados positivos proceda a su detención, siempre que el procedimiento se enmarque obviamente dentro del plazo de las 12 horas que la ley señala. A este respecto, un juez de garantía de Santiago entrevistado afirma que la ley de agenda corta introdujo una modificación tan profunda que actualmente se dan situaciones en las cuales en realidad no existe flagrancia, pero que se deben admitir porque ha sido la intención del legislador. Otro juez de garantía consultado sobre el punto, se muestra más exigente a la hora de resolver situaciones como las descritas, sosteniendo que el límite para que se pueda proceder legalmente dentro del plazo de 12 horas que la ley ha autorizado, es la imposibilidad de realizar diligencias investigativas que afecten derechos fundamentales del propio detenido o de terceros, como ocurre cuando la policía para detener al agresor que ha sido denunciado en la unidad policial, debe hacer ingreso forzoso al inmueble donde se encuentra el detenido.

Una buena demostración de la postura que demuestran los jueces de garantía a calificar como flagrante una detención en tales circunstancias, es la que se desprende de un caso por homicidio que tuvo lugar a fines del año 2010 en la zona centro-norte de Santiago, en el cual personal especializado de la policía de Investigaciones inicia las indagaciones para establecer la identidad de los responsables, logrando identificar a los tres autores del delito, y teniendo plena certeza de sus identidades, se da a la tarea de ubicarlos, deteniendo a uno de ellos en el frontis de su domicilio, y a los otros dos en los recintos hospitalarios donde se encontraban, siendo detenido uno de ellos 10 horas después de ocurridos los hechos. Resulta llamativo que los tres detenidos hayan tenido menos de 18 años, no obstante lo cual y desechando las alegaciones de la defensa de los detenidos, el juez de garantía amparó la detención en la autorización para detener en flagrancia dentro del plazo de 12 horas

4.3. Flagrancia extendida

Así las cosas, entonces, se oye frecuentemente a nivel de operadores la expresión acuñada como “flagrancia extendida” para referirse a aquellas situaciones en las cuales se cumple con el límite temporal de 12 horas para llevar a cabo una detención.

Al amparo de este “nuevo concepto de flagrancia”, se podría afirmar que los criterios judiciales operan con una lógica contraria a la tradicional, ya que pareciera no entrar a cuestionarse en demasía las situaciones en las cuales se argumenta una flagrancia, la que tiende a darse por supuesta al realizarse la detención dentro de 12 horas; por el contrario, el punto parece estar en establecer las circunstancias en las cuales no tendría lugar una detención legal, que estarían dadas fundamentalmente por la afectación de derechos fundamentales distintos, como la intimidad o la inviolabilidad del hogar.

5. CONCLUSIONES

5.1. La reforma tuvo lugar a partir de un diagnóstico difícilmente comprobable

Como se ha señalado, no ha sido posible obtener evidencia empírica que concuerde con los argumentos que se exponen en el proyecto de ley y en la discusión parlamentaria,

que culmina con la dictación de la ley 20.253, particularmente en lo relativo a la detención por flagrancia. No es descartable, en tal sentido, que el diagnóstico efectuado tenga mucho que ver con lo que se pretende atacar con la reforma legal, que es el temor subjetivo de la comunidad. Subjetivamente también, tanto el Ejecutivo como los legisladores, estuvieron por ver una problemática asociada a la flagrancia, que a la luz de la realidad del sistema no parece confirmarse.

5.2. La “flagrancia extendida” no es flagrancia

Si por flagrancia extendida se entiende, como parece ser la tendencia actual en la práctica del sistema, aquella detención que se puede llevar adelante dentro de las 12 horas siguientes a la ocurrencia de un delito, sin tomar en consideración las exigencias de ostensibilidad, vinculación fáctica y necesidad de urgencia, es entonces forzoso concluir que tales prácticas se alejan por completo del concepto de flagrancia.

Nótese que lo dicho sirve, de paso, para defender nuestra propuesta conceptual que no considera como un elemento esencial del análisis de la flagrancia el factor inmediatez temporal. Si se miran con atención los casos planteados anteriormente en relación con las prácticas que tienen lugar con posterioridad a la reforma al artículo 130, se advertirá que al no existir ostensibilidad ni vinculación fáctica, es innecesario recurrir al examen de la inmediatez para concluir que en esos casos no hay flagrancia. De hecho, si se observa con atención a la jurisprudencia en esta materia, se podrá apreciar que en aquellos casos en los que se descarta flagrancia por falta de inmediatez, en realidad a lo que se está haciendo referencia es a la ausencia del elemento ostensibilidad, o incluso asimilando ambos conceptos. Así ocurre, por ejemplo, en una causa por delito de la ley de tránsito, en la que se resuelve “...*más allá o más acá de la circunstancia de que se cuente o no con licencia de conducir, lo que hay que analizar en la especie es si se dan las hipótesis de flagrancia que habilitaban la detención del imputado, esto es, si había inmediatez, ostensibilidad en el delito (...) que desde este punto de vista, el delito no era flagrante, no era ostensible, por lo cual considero que la detención es ilegal...*”⁸

5.3. La paradoja de las 12 horas

Sostenemos aquí que el legislador modifica el artículo 130 del CPP delimitando la expresión tiempo inmediato en la convicción, errada a nuestro juicio, que de ese modo solucionaría un aparente conflicto acerca del punto en cuestión.

La paradoja se advierte en que no obstante que la modificación apunta a un aspecto estructural de la flagrancia que no parecía estar controvertido, genera un efecto a otro nivel, cual es interpretar que dentro del plazo de doce horas que la ley establece se pueden llevar adelante detenciones que no cumplen con las exigencias impuestas por la flagrancia.

Como quien hace algo mal y no obstante le resulta bien. Alterando un factor de la estructura de análisis, se recibe un efecto a otro nivel.

Se introdujo una reforma que perfectamente podría no haber encontrado correlato alguno en la aplicación e interpretación de la flagrancia y, por el contrario, haber sido recepcionada por los operadores como lo que en realidad parece ser, un cambio que apunta

⁸ Resolución que declara ilegal la detención en causa RIT 1282-2007, del 4to Juzgado de Garantía de Santiago.

en la dirección equivocada; sin embargo y contrariamente a lo anterior, cual movidos por un efecto mariposa, los actores del sistema decodificaron el mensaje legislativo recurriendo a un cambio de lógica y de criterios de actuación en la materia.

5.4. Efectos no deseado: paradoja 2

La modificación legal, por su parte, deja de manifiesto situaciones que con plena seguridad no se tenían en vista al momento de legislar, que bien podrían considerarse como efectos no deseados por el legislador.

El que más resalta, dice relación con la imposibilidad de afirmar la existencia de una flagrancia más allá del plazo que la ley estableció como límite máximo de doce horas. Valga para esto el siguiente ejemplo. Un trabajador sufre el robo de su exclusiva chaqueta cuando iba camino a su trabajo un poco antes de las 7 de la mañana, y no obstante ver claramente al autor del robo y poder reconocerlo no puede reaccionar producto de lo sorpresivo y rápido de su accionar. Como sus obligaciones le impedían llegar tarde a sus labores diarias en el trabajo, decide hacer la denuncia una vez que sale de su trabajo a eso de las 19 horas. Cuando se dirige a la Comisaría junto a un amigo, y en el mismo lugar en que sufrió el delito, observa cómo el sujeto, a quien identifica perfectamente, se encuentra en posesión de su inconfundible chaqueta.

En un caso como el anterior, la propia ley, que tuvo la pretensión de ampliar el ámbito de la flagrancia, de manera paradójica, es la misma que impide a la víctima detener legalmente al autor, y cierra la posibilidad a un juez a quien se someta un caso como éste considerar como un actuar en flagrancia, no obstante que el predicamento que justifica la sustitución de la autoridad judicial en determinadas situaciones, en este caso se cumple plenamente.