

Procedimientos transgresores de la libertad en la Ley 906 de 2004: una mirada a las garantías procesales y constitucionales respecto de la captura en flagrancia por delitos en los que no procede la medida de aseguramiento a partir del principio de proporcionalidad

José Alfonso García Salazar

Yony Leandro García Cortes

Andrés León Flórez



Universidad Autónoma Latinoamericana

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito

Medellín

2025

Procedimientos transgresores de la libertad en la Ley 906 de 2004: una mirada a las garantías procesales y constitucionales respecto de la captura en flagrancia por delitos en los que no procede la medida de aseguramiento a partir del principio de proporcionalidad

Presentado por:

José Alfonso García Salazar

Yony Leandro García Cortes

Andrés León Flórez

Monografía presentada para optar al título de
Magister en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito

Asesora:

Mariana Toro Taborda



Universidad Autónoma Latinoamericana

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito

Medellín

2025

Hoja de aceptación

Firma del asesor

Firma de jurado lector

Firma de jurado lector

Medellín, junio de 2025.

Dedicatoria

A nuestras familias.

Agradecimientos

A la doctora Mariana Toro, quien siempre tuvo una palabra de aliento para motivarnos, quien, con su paciencia y conocimiento supo llevarnos por los mares del conocimiento.

Tabla de contenido

	Pág.
Resumen.....	8
Abstract.....	9
Introducción	10
1. La captura.....	13
1.1. Una breve visión histórica.....	13
1.2. La captura en la legislación colombiana	15
1.3. Fundamento de la captura en flagrancia en el ordenamiento jurídico colombiano.....	17
1.4. Tipos de captura	19
2. Principio de proporcionalidad o prohibición de exceso.....	24
2.1. Antecedentes históricos del principio de proporcionalidad	24
2.2. El principio de proporcionalidad como Instrumento metodológico.....	25
2.3. Noción general del principio de proporcionalidad en Colombia	29
2.4. Elementos del principio de proporcionalidad.....	33
3. La captura en flagrancia y su afectación a la proporcionalidad en el marco legal colombiano.....	43
3.1. La captura en flagrancia: supuestos problemáticos.....	43
3.2. La proporcionalidad de la captura en flagrancia en supuestos en que no procede la detención preventiva	48
3.3. Medidas alternativas a la captura en flagrancia en delitos menores	52
Conclusiones.....	57

Bibliografia 59

Resumen

La presente investigación aborda la discusión sobre el principio de proporcionalidad, específicamente en el contexto de la captura en situación de flagrancia frente a delitos con penas mínimas inferiores a cuatro años; para ello, se parte de la definición y descripción histórica, legal y normativa del concepto de captura; de igual manera, se aborda el principio de proporcionalidad y su aplicación adecuada aplicación en las capturas injustificadas; y, por último, se trata el tema de la captura en flagrancia y su afectación a la proporcionalidad en el marco legal colombiano. Se concluye que es necesario realizar un análisis profundo en el tema, de tal forma que se eviten capturas en casos de delitos que no representen gravedad, pues, al existir un enfoque que individualiza, identifica y posteriormente cita a los sospechosos, ello podría ser más efectivo para proteger los derechos de los acusados y garantizar un procedimiento penal más humano.

Palabras Clave: flagrancia, libertad, medida de aseguramiento, privación preventiva de la libertad, principio de proporcionalidad.

Abstract

This research addresses the discussion on the principle of proportionality, specifically in the context of arrest in flagrante delicto (red-handed) for crimes with minimum sentences of less than four years. To this end, it begins with a historical, legal, and regulatory definition and description of the concept of arrest. It also addresses the principle of proportionality and its appropriate application to unjustified arrests. Finally, it addresses the issue of arrest in flagrante delicto and its impact on proportionality within the Colombian legal framework. It concludes that an in-depth analysis of the issue is necessary to avoid arrests in cases of less serious crimes. An approach that individualizes, identifies, and subsequently summons suspects could be more effective in protecting the rights of the accused and guaranteeing a more humane criminal procedure.

Keywords: flagrancy, freedom, security measure, preventive deprivation of liberty, principle of proportionality.

Introducción

En el campo del derecho penal y procesal penal colombiano el procedimiento de captura en flagrancia es un instituto que permite la detención de un individuo en el momento en que es sorprendido cometiendo un delito o inmediatamente después de su perpetración; aunque esta figura juega un papel importante en la preservación del orden público y la garantía de la seguridad social, su aplicación plantea cuestiones constitucionales que merecen un estudio detallado.

En Colombia, se regula la captura en flagrancia a través del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal; esta herramienta se utiliza en diversas situaciones en las que se requiere una respuesta inmediata para prevenir el agravio a la sociedad y garantizar la seguridad ciudadana; no obstante, surge una pregunta fundamental: ¿qué ocurre cuando la privación de la libertad, como resultado de una captura en flagrancia, se torna desproporcionada?

El ordenamiento jurídico colombiano establece limitaciones precisas para la detención preventiva basadas en criterios procedimentales; sin embargo, no aborda la necesidad de modular estos procedimientos cuando se trate de situaciones en las que el tipo penal no represente un agravio mayor a los bienes jurídicamente tutelados, esto desde la óptica del legislador cuando señala algunas conductas delictivas con una sanción menor a los cuatro años de prisión y dispuso que para la procedencia a la limitación del derecho fundamental a la libertad se deben cumplir con el presupuesto objetivo del tipo.

Ahora bien, de cumplirse con el mencionado presupuesto objetivo para optar por una medida de privación de la libertad, esta debe ser idónea, necesaria y proporcional para garantizar una finalidad legítima; no obstante, existen circunstancias en las que, a pesar de que no procede la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, la captura en flagrancia continúa siendo una opción válida, lo que plantea un posible conflicto con el derecho fundamental a la libertad individual y su restricción.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que la libertad de las personas es primordial, desde la óptica constitucional, para tal caso es menester articular los artículos 28 y 29 de la Carta Política, que a la postre es uno de los parámetros que gobierna la actuación penal, donde ordena que la restricción de la libertad tiene tinte excepcional; en tal sentido, el Código de Procedimiento Penal deja claro en el canon 295 la hoja de ruta para que una medida limitadora de la libertad individual se pueda ejecutar.

Aunado a lo precisado, el legislador nada dijo respecto de la captura en flagrancia para aquellos casos donde el delito no permite la imposición de una medida restrictiva de la libertad, aunque no se puede desconocer que dentro de la estructura que rige al Sistema Penal interno se debe velar por la protección de las garantías de quienes se encuentren vinculados; en ese orden de ideas, el Estado, por medio de sus operadores jurídicos, deben vigilar que esas garantías no sean un mero placebo y para ello las actuaciones de los vinculados en la administración de justicia (agentes captores, fiscales, jueces, etc.), desde su rol, deben realizar labores que minimicen o anulen cualquier ápice de violencia contra los derechos de las personas.

Teniendo en cuenta el anterior panorama, en la presente investigación se identifica si existe una vulneración al principio de proporcionalidad en el procedimiento de captura en flagrancia en relación con aquellos delitos en los que no procede la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad; la justificación de ello radica en la necesidad de abordar y debatir situaciones en las que la detención preventiva como resultado de la captura en flagrancia podría considerarse desproporcionada, lo que podría conllevar a una vulneración de los derechos fundamentales de las personas, por lo que se busca establecer los límites de esta figura y las condiciones bajo las cuales una privación de la libertad puede considerarse justa y proporcional.

En suma, se pretende contribuir al debate sobre la captura en flagrancia en Colombia, proponiendo algunas soluciones que permitan garantizar un equilibrio entre la protección de la sociedad y la preservación de los derechos fundamentales de los individuos. La promoción de una legislación más precisa y justa en este contexto puede contribuir a la descongestión del sistema judicial y a fortalecer la protección de los derechos en las etapas iniciales del proceso penal, por lo que se plantea la posibilidad de reconsiderar la utilidad y el impacto de la captura en flagrancia en el marco de los delitos con penas menores a cuatro años, destacando la necesidad de una revisión crítica en busca de una regulación más justa y equitativa.

1. La captura

1.1. Una breve visión histórica

La captura, como término jurídico, señala Fuentes C. (2020), se refiere al acto mediante el cual una autoridad estatal priva a un individuo de su libertad restringiendo su capacidad de movimiento y autonomía; este proceso puede llevarse a cabo con diferentes grados de coerción, desde la simple invitación a acompañar a las autoridades hasta el uso de la fuerza física. La captura ha sido una herramienta importante en el ejercicio del poder estatal y de la administración de la justicia.

Sus orígenes, de acuerdo con Fuentes J. (2020), se remontan a la antigüedad, donde surge como respuesta a la necesidad imperante de las sociedades organizadas, las cuales requerían establecer un mecanismo para mantener el orden y responder a las violaciones de las normas sociales de manera inmediata. Si bien el nacimiento de esta figura se le atribuye a la antigua Roma, desde entonces se ha mantenido presente en la historia del derecho en diferentes culturas y épocas. Bajo esta premisa, según Scheingold (2004), el sistema de captura se basaba en la idea de la “aprehensión” como una herramienta para asegurar la comparecencia de los acusados ante las autoridades judiciales.

Históricamente, este concepto ha generado serias discusiones en la doctrina, donde, en principio, se admite la limitación al derecho fundamental a la libertad, pero, a su vez, dicha

limitación encuentra justificación en ciertos y determinados criterios que deben invocarse a la hora de hacer efectiva la captura. Con el transcurrir del tiempo, la captura cobró una legitimidad admitida en los sistemas procesales europeos, considerándose que esta debía obedecer estrictamente respecto a necesidades del proceso, es decir, acreditar dos finalidades legítimas: impedir la fuga del capturado y garantizar la protección de las pruebas.

Pese a lo anterior, aunque este instituto era concebido como una herramienta netamente procesal, que respondía a estrictas necesidades de esa naturaleza, su propósito inicial fue transformándose en un instrumento de defensa social, incitado por la necesidad de evitar que el capturado cometiera nuevos delitos; este resultado repercutió de forma negativa en las garantías del investigado, por cuanto hizo recaer sobre él “una presunción de culpabilidad” y la peligrosidad basada exclusivamente en el delito cometido. Tal postura, según Ferrajoli (1995), fue admitida por Carrara, lo que conllevó a que fuera cuestionado seriamente por sectores liberales de la doctrina.

Cafferata (2012) apoya la tesis sostenida por Beccaria, aseveran que el acto de capturar al individuo, incluso cuando media una orden de captura, sin que este haya sido sentenciado, no puede ser un hecho dejado al arbitrio del juez; en ese sentido situándose en lo que concierne a la captura flagrante, el Estado tiene un nivel primario para el ejercicio de la égida social y, en estos eventos, resulta plausible que, al estar frente a un hecho de naturaleza criminal, el sujeto activo pueda ser privado de la libertad.

Por su parte, Levene (1993) asegura que la detención personal se asienta por su naturaleza precautelativa, con el fin de asegurar la prueba e iniciar la acción judicial en contra del sujeto; no obstante, al ser una acción tan invasiva de los derechos de la persona, esta debe ser blindada legalmente, de tal suerte que brillen las garantías en todo momento.

1.2. La captura en la legislación colombiana

En Colombia, la captura como institución jurídica encuentra sustento en los artículos 28 y 32 de la Constitución Política del 1991; si bien esta institución goza de una especial connotación, afecta de forma directa al derecho fundamental de la libertad, el cual ha sido reconocido por el constituyente como valor, principio y derecho; en ese orden de ideas, bajo la acepción de derecho a la libertad de locomoción, ha sido objeto de amplias interpretaciones por la doctrina y la jurisprudencia constitucional.

En la Sentencia C-276 de 2019, la Corte Constitucional preceptúa que dicha libertad de locomoción se establece como aquella ausencia de retención, aprehensión, captura y demás formas que conlleven a cercenar el legítimo derecho que tiene el individuo de acceder sin limitación alguna respecto de su autonomía; esto por ser un presupuesto al ejercicio de los derechos y libertades de la persona, siendo entonces la detención personal un escollo a dicho derecho.

No obstante a lo anterior, expresan Bedoya & González (2017), este derecho a la libertad no es absoluto y puede verse afectado de manera excepcional cuando se trate de la defensa de

bienes jurídicos e intereses estatales como la seguridad y el orden público; en ese sentido, el Estado tiene el poder de autorizar la restricción de la libertad, adquiriendo la captura un papel relevante como herramienta para las autoridades en la prevención, persecución del delito y el desarrollo de los derechos de las víctimas.

En ese orden de ideas, se erige el concepto de la captura en flagrancia como una modalidad mediante la cual se puede limitar el ejercicio de este derecho y tiene como propósito perseguir varias finalidades: i) interrumpir el curso causal del delito, lo que opera frente a todas las conductas delictivas sin distinción alguna; ii) posibilitar la formulación de imputación; y iii) en los casos en que proceda, posibilitar la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad.

Este procedimiento limitativo de la libertad personal, que consta de una aprehensión, se encuentra dispuesto el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), que establece las condiciones bajo las cuales se puede adelantar el procedimiento de captura en situación de flagrancia y dispone las ritualidades legales que se deben observar para que este opere de manera efectiva, de ahí que la restricción de la libertad personal puede ser ordenada por un juez en situaciones donde existan medios de convicción suficientes que justifiquen la limitación a su derecho fundamental; sin embargo, dicha restricción debe estar acompañada de prerrogativas mínimas que proporcionen las garantías necesarias para el ejercicio de sus derechos.

De lo anterior se observa que el legislador establece que si una persona es sorprendida cometiendo un delito o es perseguida inmediatamente después de haberlo cometido, puede ser

detenida sin requerir una orden judicial previa; sin embargo, incluso en estos casos, es imperativo que se respeten los derechos fundamentales de los individuos y que la detención se lleve a cabo de conformidad con las normas legales; esto con el ánimo de dotar de garantías al ofendido y evitar arbitrariedades en su contra.

1.3. Fundamento de la captura en flagrancia en el ordenamiento jurídico colombiano

En observancia a lo actualmente estatuido por las civilizaciones contemporáneas, se destaca como regla general el derecho a la libertad personal, aunque esta prerrogativa esta llamada a ceder ante ciertas limitaciones, de conformidad con las excepciones legales que disponga la ley. La regla general para que opere esta restricción está supeditada al mandamiento escrito de autoridad competente; desde antaño se sabe que la limitación a la libertad personal en los Estados Constitucionales debe estar sujeta a una decisión judicial que se ajuste a ciertos formalismos legales; sin embargo, la captura en flagrancia emerge como un ejercicio coercitivo del Estado que opera de manera excepcional y puede ser adelantado sin orden judicial frente a situaciones particulares donde se advierta la ejecución de una conducta delictiva actual e inminente que amerite la intervención del poder estatal de manera urgente y necesaria por razones de seguridad.

Ahora bien, situándose en el ordenamiento colombiano, esta figura también tiene un carácter excepcional y su aplicación está fundamentada en el artículo 32 de la Constitución de 1991, que básicamente consagra que aquella persona que sea sorprendida ejecutando una acción

delictiva podrá ser capturada por cualquier persona y presentada ante la autoridad competente. Este tema ha sido abordado en la Sentencia C-730 de 2005, donde la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

La cláusula general de la libertad personal, así como su límite y sus excepciones fueron establecidas en los artículos 6,17 y 28 de la Constitución Colombiana de 1991. Este último artículo preceptúa la libertad inmanente de toda persona (cláusula general), su privación a través de autoridad judicial competente (límite); además el artículo 32 Constitucional permite la privación de la libertad en caso de flagrancia (excepción) (Corte Constitucional, 2005).

Según lo establecido en las Sentencias C-237 de 2005 y C-366 de 2014, esta describe tres condiciones para que la captura sea procedente: primero, que la persona sea sorprendida en el momento actual de la comisión de delito; segundo, que la conducta desplegada por la persona sea un hecho con características propias de un ilícito; y, tercero, que, una vez ejecutada la captura del individuo, este sea presentado ante el juez; por lo tanto, según lo establecido en la Sentencia C-491 de 2023, el acto de aprehensión en flagrancia corresponde a situaciones particulares donde el sujeto agente es capturado en el momento preciso en que cometió un hecho con características delictivas*, pero de igual forma cuando es capturado momentos después de ejecutar la acción penal**.

* Sentencias C-024 de 1994, C-657 de 1996, C-198 de 1997, C-237 de 2005 y C-411 de 2015. Ver también: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 14 de septiembre del 2012 Rad. 36107, p. 60.

** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 15 de marzo de 2017. Rad. 48175, p. 12.

1.4. Tipos de captura

La captura se presenta en diferentes formas y varía según su naturaleza. En Colombia existen dos modalidades por medio de las cuales se puede adelantar un procedimiento de captura: mediante orden emanada por autoridad competente y la que surge cuando se presenta una situación de flagrancia.

La ley 906 de 2004 establece rigurosos requisitos legales y garantías procesales que deben ser respetados en el procedimiento de captura; además, la legislación colombiana establece que toda persona detenida debe ser informada de las razones de su captura y de sus derechos, incluyendo el derecho a contar con la asistencia de un abogado.

En el plano de la detención judicial y sus implicaciones legales, esta se lleva a cabo cuando una autoridad legal y competente emite una orden escrita para detener a un individuo del cual se tiene inferencia razonable que ha cometido un delito. Para emitir la orden de captura la autoridad debe contar con una serie de elementos de convicción que permitan justificar la restricción a la libertad del sujeto agente, ello sin desmedro de los derechos constitucionales que le asisten, principalmente el derecho a que se le presuma inocente.

Esta postura es avalada por autores como Cafferata (2012), quien ha expuesto que, si se predica que la persona goza de un estado jurídico de inocencia, es obligación que así se le dé esa distinción durante todo el proceso, de tal suerte que una medida cautelar que restringe la

locomoción no solo afecta al imputado, sino también a su entorno como lo es la vida en familia y su vida laboral.

Pero para hablar de la captura en flagrancia, es necesario abordar el sentido y alcance que se le ha dado a esta institución. Etimológicamente este concepto tiene su origen en el derecho romano y su forma metafórica “flagrar” era entendida como la acción de arder como el fuego.

La flagrancia es una situación jurídica donde se apresa a quien es sorprendido infringiendo la ley penal. De acuerdo con Horvitz & López (2004), esta debe entenderse como una situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido, visto directamente o percibido de otro modo en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del delito. Londoño (1993), por su parte, se refiere a la captura en situación de flagrancia como una medida coercitiva de la libertad individual autorizada vía constitucional y desarrollada normativamente en el Código de Procedimiento Penal, dirigida a conservar el orden jurídico quebrantado por el delito.

La Constitución Política autoriza la aprehensión de una persona que ha sido sorprendida en flagrancia cometiendo un injusto típico; según esto, la captura en flagrancia hace referencia a la detención de un individuo en el preciso momento en que está cometiendo un delito. Su fundamento constitucional se afianza en la premisa de que la autoridad competente puede intervenir de manera inmediata para poner fin a la actividad delictiva y garantizar que el sospechoso se presente ante la justicia; se trata de una situación excepcional en la que la

autoridad puede actuar sin requerir una orden judicial previa; al respecto, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-303 de 2019, explica lo siguiente:

La flagrancia se convierte pues, en una excepción necesaria, oportuna y eficiente para perseguir e imponer responsabilidad a quien ha cometido un delito, a través de su captura que puede hacer cualquiera, el particular y la autoridad pública, pero que, para proteger la libertad personal y la garantía de reserva de la primera palabra, debe llevar siempre a someter en el menor tiempo posible, al fiscal la valoración de esta aprehensión de la persona y en su caso, al juez de control de garantías (Corte Constitucional, 2019).

Esta figura está consagrada en la Constitución Política de 1991 en el artículo 32; así mismo, encuentra su aplicación en los artículos 229 y 301 del ordenamiento procesal penal colombiano.

Considerando los diversos tipos de flagrancia, es crucial analizar cómo el concepto de flagrancia se aplica en situaciones concretas. En primer lugar, se tiene la flagrancia en estricto sentido o en sentido propio, que se refiere a la detección de un delito mientras se comete en el acto con relevancia penal, lo que la convierte en la forma más evidente de flagrancia^{*}. Esta

^{*} Autores como Zaffaroni (2005) argumentan que la intervención estatal en esta situación se justifica por la necesidad de evitar que el delito se consuma por completo. Del mismo modo, autores como Binder. (2001) enfatizan la importancia de este concepto dentro del derecho penal, respaldando así la restricción de la libertad como legítima en casos de flagrancia en sentido propio; con ello, resalta la importancia de la continuidad entre el delito y la acción de las autoridades en estos casos. Argumenta que la flagrancia en sentido impropio se basa en la idea de que el delincuente no ha tenido tiempo suficiente para escapar de la escena del crimen. Al igual que en la flagrancia en sentido propio, en estos casos, es posible efectuar la captura de la persona sin necesidad de una orden escrita de una autoridad competente. Levene (1993) sostiene que si se encuentran rastros que sugieran la participación en un delito, es válido realizar la captura, ya que estos rastros son indicativos de actividad delictiva y su detención puede prevenir consecuencias negativas en la investigación. Esta modalidad, es la que podemos encontrar consagrada en el número 2 del estatuto procesal penal colombiano.

modalidad es adoptada por el ordenamiento procesal penal y encaja claramente en el contenido descrito por el legislador en el numeral 1 del artículo 301 del ordenamiento procedimental colombiano; en términos comprensibles, es explicada como aquella persona que es sorprendida cometiendo un ilícito, acto conocido coloquialmente como “atrapado con las manos en la masa”.

En segundo lugar, se encuentra la flagrancia en sentido impropio o cuasi flagrancia, también conocida como “flagrancia por persecución”, que se produce cuando el delincuente es perseguido inmediatamente después de cometer un delito. Aunque el delito no se estaba cometiendo en el momento de la captura, existe una estrecha relación temporal entre el acto delictivo y la persecución por parte de las autoridades.

Finalmente, está la flagrancia por consecuencia o flagrancia inferida, que se relaciona con la detención del delincuente poco después de haber cometido un delito, pero cuando ya se ha alejado del lugar de los hechos. A pesar de que el delito no se comete en el acto de la captura, ni existe una persecución inmediata, la detención ocurre antes de que las circunstancias cambien significativamente. En este contexto, Carnelutti (1950) ha debatido sobre la interpretación de la flagrancia por consecuencia y su relación con el tiempo transcurrido desde la comisión del delito.

Levene (1993) y Cafferata (2012) afirman que esta figura jurídica se adecúa en el supuesto en el que el sujeto activo es sorprendido en momentos después de haber denigrado con su acción la ley penal y que en su poder tenga objetos o cualquier clase de rastro que lo vincule con el hecho delictual; este presupuesto se encuentra inmerso en el numeral 3 del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal colombiano.

Recuérdese entonces que las modalidades de flagrancia descritas en el artículo 301 del ordenamiento procesal penal colombiano se pueden simplificar de la siguiente manera: i) la persona es sorprendida y aprendida cometiendo el delito; ii) la persona es sorprendida durante la comisión del delito, pero capturada momentos después de su persecución, bien sea porque la víctima u otra persona señala al supuesto infractor; iii) la persona es capturada no cometiendo el delito, sino en posesión de objetos, instrumentos o huellas, de lo que se infiere fundadamente que cometió el delito o es partícipe del mismo; iv) la persona es sorprendida a través de medios tecnológicos de grabación en momento real cometiendo el delito y capturada momentos después; y v) la persona es capturada en un vehículo que fue utilizado para huir del lugar donde se cometió el delito.

En este sentido, se ha reiterado que el derecho fundamental a la libertad es uno de los estandartes de valor superior en un Estado Social y de Derecho como el colombiano; por ello, esta prerrogativa se encuentra en la Constitución de 1991 y el legislador lo toma como base para crear ese muro de contención legal y evitar actos que violenten este derecho.

Como viene de verse, en el ordenamiento nacional colombiano el procedimiento de captura es un mecanismo que restringe algunas libertades de las personas; sin embargo, se justifica como medio para garantizar la efectividad del proceso penal y proteger el tejido social.

2. Principio de proporcionalidad o prohibición de exceso

2.1. Antecedentes históricos del principio de proporcionalidad

De acuerdo con Montealegre et al. (2014), históricamente el principio de proporcionalidad se sitúa en Alemania hacia mediados del siglo XIX, figura cuya aplicación estaba directamente ligada con el derecho administrativo y de policía, según Bernal (2014), cumpliendo un papel protagónico a lo largo del continente europeo, al punto de ser considerado como una tendencia interpretativa fundamental; también se observan dentro de algunos tribunales europeos de Derechos Humanos, más exactamente los tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo, la creación de jurisprudencia que da cuenta de la utilización constante de este principio en sus sentencias.

Este principio, por su notable importancia, se incorporó en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de la siguiente manera:

Sólo se podrá introducir limitaciones a los derechos fundamentales garantizados por la Carta respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás (art. 52.1).

La consolidación del principio de proporcionalidad ha experimentado una considerable difusión a lo largo del mundo. El factor más importante de su expansión, en palabras de Bernal (2014) fue la “preponderancia que durante el siglo XIX adquirió para la reivindicación de los derechos individuales frente al Estado” (p. 59). Este principio ha venido consolidándose en todas las latitudes, como quiera que resulta determinante como medio de control para la implementación de leyes o controles de actos administrativos, principalmente aquellos que emergen como consecuencia de poderes discrecionales.

Aunado a lo anterior, se observa que la legislación y jurisprudencia colombiana no han sido ajenas a la adopción de esta institución jurídica como herramienta de interpretación; por motivo de ello, la Corte Constitucional ha sido quien, mediante decisiones de tutela y de constitucionalidad, ha dado aplicabilidad a este principio, esto a través de las Sentencias T-530 de 1992, T-015 de 1994, C-022 de 1996 y C-309 de 1997, siendo estas algunas de las primeras providencias que se ocuparon de dar vigencia al principio de proporcionalidad para la resolución de casos mediante este instrumento interpretativo.

2.2. El principio de proporcionalidad como Instrumento metodológico

A modo de definición, el principio de proporcionalidad, conforme a la tesis propuesta por Bernal (2014), es un criterio metodológico orientado en determinar si la intervención legal en un derecho fundamental, es o no contraria a la Constitución, de tal forma que actúa como un catalizador para atenuar las tensiones que llegasen a presentarse entre las disposiciones legales y la Constitución, como también entre los mismos derechos fundamentales cuando exista mutua

contraposición; en atención a este planteamiento, se observa la relación inescindible entre el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*.

De acuerdo con Bernal (2014), puede acontecer que una norma iusfundamental y una norma legal entren en conflicto y no puedan ser cumplidas de manera simultánea, debido a que el deber jurídico que establece una de ellas resulta ser incompatible con el deber jurídico que consagra la otra, motivo suficiente para que pueda decaer la norma legal en una declaratoria de inconstitucionalidad, ya que la ley que interviene el derecho fundamental lo trasgrede y debe apelarse a la supremacía de la Constitución y a la jerarquía de las normas jurídicas.

Al situarse sobre la función que cumple el principio de proporcionalidad se observa que su labor consiste en constituir un proceso de interpretación que aporte a la determinación del contenido de los derechos fundamentales, vinculante este proceso para el legislador y la génesis de las decisiones que versan respecto del control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, destaca Bernal (2014), el descrito principio se engrana a un criterio metodológico, mediante el cual se busca instituir aquellos deberes de orden jurídico que el legislador impone por medio de la expedición de las leyes, en las cuales se tocan algunos derechos fundamentales.

* En este estadio, Dueñas (2015), en uno de sus apartes se apoya de la jurisprudencia, para manifestar que un derecho no se eleva a fundamental solo esperando que así lo exprese textualmente la constitución; con ello, deja entender que estos derechos no solo adquieren esta condición desde la luz de la constitución, sino que también puede ser voluntad del legislador. Por su parte, Patiño (2010), asevera que, nuestra Constitución, contiene dentro de ella una serie de derechos de carácter fundamental, y que esa consideración se da por estar engranados a la condición de dignidad humana. Por su cuenta, Quinche (2015), ha sostenido la teoría que los derechos inmersos dentro de la Constitución Nacional, son derechos que dentro de su cuerpo se encuentran reforzados de garantías. En ese aspecto, se entiende entonces que el título de “fundamental” es una característica que enlista al derecho de un fuero superior al resto de derechos, siendo esto sinónimo de esa mencionada “garantía reforzada”. En ese mismo norte, Bernal (2014), lo define de la siguiente manera: “el conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones de derecho fundamental. Este conjunto de significados se expresa mediante proposiciones prescriptivas que establecen que algo está iusfundamentalmente ordenado, prohibido o permitido, o que atribuyen a un sujeto una competencia de derecho fundamental”. (p.p 102-103).

Al adentrarse en el estudio de este, se observa que este principio goza de una característica *sui generis* al ostentar una naturaleza relacional al carecer de vida propia, y su aplicación está íntimamente ligada a un sustrato normativo, de manera que, el plurimencionado principio se erige con ímpetu para ser la brújula que apoya la concreción de las disposiciones legales y sopesar de una manera ecuánime la norma y la afectación que esta pueda generar, puesto que, en oportunidades puede ocurrir que la norma se encuentre en una “zona de penumbra” (Bernal, 2014).

De lo descrito en el acápite antecedente, se observa que su perímetro de aplicación se eslabona en aquella etapa que nace del control de constitucionalidad de las leyes; en ese orden de ideas, agrega Bernal (2014), al emplear esta institución jurídica, es de vital importancia dirigir la mirada al análisis de la intervención legislativa y establecer si lo que este instituto persigue es un fin constitucionalmente legítimo o no; asimismo, el análisis debe versar en el estudio de la relevancia del fin buscado y de no hallarse dicha relevancia, indefectiblemente la norma debe ser declarada inconstitucional. Lo descrito, atendiendo al principio de jerarquía que gobierna el derecho positivo y la supremacía de la Constitución y los mencionados derechos fundamentales.

Adherido a lo anterior, al invocar el principio de proporcionalidad, este opera como frontera de un pronunciamiento legislativo abrupto de derechos y evita que la norma vilipendie innecesariamente derechos fundamentales; de modo que, al calzar estos axiomas al manifiesto principio de proporcionalidad, se agencia que, antes del nacimiento de la ley se debe poner en la balanza una serie de elementos, como: los derechos fundamentales, la limitación o no de los

mismos, la necesidad, entre otros aspectos, para establecer o no la constitucionalidad de las leyes.

Ahora bien, conforme a los postulados de Bernal (2014), este principio busca operar en defensa de los derechos fundamentales y con ello, pone límites infranqueables al ejercicio del poder estatal; dejando claro que esta frontera no es subjetiva, sino que ostenta un límite que nace por cuenta de un instrumento metodológico que busca establecer hasta dónde una limitación legal a un derecho se puede tolerar. En consecuencia, es de vital importancia aseverar que, en armonía a la tesis de este doctrinante, cada limitación a un derecho que germina por cuenta del pronunciamiento legislativo, exige un control de constitucionalidad; es por esto “que entre dichas disposiciones y las leyes de intervención en los derechos media una constante tensión dialéctica, un efecto recíproco” (Bernal, 2014, p. 675).

En esta misma órbita, se comprende que el sistema operativo que contiene el principio de proporcionalidad, actúa como freno al poder público, toda vez que, el último posee dentro de sus fauces la obligación de crear normas y que, por causa de ello, algunos de estos pronunciamientos limitan derechos, pues no se puede desconocer que las transformaciones sociales se deben regular por cuenta del legislador y con ello decantar medidas que desarrollen, protejan o restrinjan derechos, de ahí que se afirme que “la Constitución no vale únicamente contra la legislación, sino también y sobre todo mediante la legislación.” (Bernal, 2014, p. 631).

De lo descrito en antecedencia, se establece que el legislador dentro de sus funciones posee la facultad de armonizar normas que vayan de la mano con los postulados constitucionales,

pues de estos se desprenden exigencias a la evolución del tejido social; sin embargo, esas disposiciones legales pueden generar laceraciones a los derechos de los administrados, creando con ello, conflictos entre la carta de derechos y la naciente norma, los cuales se resuelven con la aplicación del ya mencionado principio de proporcionalidad.

En la misma ruta de lo antes señalado, no se debe dejar de lado que el legislativo tiene la función de abrazar contenidos constitucionales que busquen la protección de derechos fundamentales que se han dispuesto en abstracto; finalmente, se encarga de crear procedimientos y garantías condensados en los derechos fundamentales y demás enunciados prescritos en el texto constitucional. Por cuenta de lo descrito, es oportuno precisar que los desarrollos legislativos que versen sobre derechos fundamentales, estarán sujetos al control de constitucionalidad. En síntesis, plantea Bernal (2014) que el ejercicio del control de constitucionalidad implica analizar si la ley de intervención contraría las normas adscritas con las cuales se puedan concretar los derechos fundamentales.

2.3. Noción general del principio de proporcionalidad en Colombia

Antes de abordar este tema, es dable recordar que la Constitución Política de 1991 revivió el principio de supremacía constitucional, mismo que se inculcó mediante el Acto Legislativo 03 de 1910 a raíz de una reforma constitucional. En este sentido, en Colombia, el test de proporcionalidad es una herramienta de sumo valor para la Corte Constitucional, siendo su uso, tal como lo asegura Vivas (2012), una herramienta de formula hermenéutica generalizada

para tribunales y doctrinantes que mejor aporta a la resolución de temas donde hay derechos en tensión, y que apunta al génesis de la jurisprudencia nacional.

De lo descrito en antecedencia, y, con el ánimo de ilustrar mejor el tema, es imperante invocar un fragmento de la Sentencia C-022 de 1996, en el cual la Corte Constitucional indica lo siguiente:

La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente solo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado. (Corte Constitucional, 1996).

De lo descrito, se debe resaltar que, el mencionado órgano de control de constitucionalidad*, de antaño, implementó en Colombia el hoy conocido test de proporcionalidad, el cual se divide en tres subprincipios como son: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; siendo dicho test, para el momento de su adopción, una herramienta novedosa en nuestro territorio. Frente a ello, Roca & Ahumada (2013) manifiestan que, este instrumento se erige con el fin de desatar cualquier conflicto que nazca entre derechos e

* El artículo 241 de la Constitución Política de 1991, es la carta de navegación que ordena las principales funciones de la Corte Constitucional.

intereses, sin imponerle una jerarquía innecesaria a alguno de ellos y evitar generar pronunciamientos subjetivos.

Para Armenta (2018), el test de proporcionalidad que utiliza la Corte Constitucional colombiana, tiene cierto influjo en los distintos postulados norteamericanos, como también de casta europea. Lo dicho, en tanto a los niveles (leve, intermedio y estricto) de intensidad que la herramienta ostenta; de igual forma, por los subprincipios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad) que este ordena ejecutar.

Por su parte, Vivas (2012) asegura que el alto Tribunal Constitucional tuvo un influjo por las distintas rutas existentes de herramientas internacionales, que aportó al nacimiento de una visión diferente que ayudara a resolver las tensiones que recaían al estudiar asuntos donde se hallaban involucrados distintos derechos. Para esto, en algunas decisiones, la Corte Constitucional utilizó el juicio de proporcionalidad europeo, llamándolo test de igualdad o razonabilidad y de forma paralela, aplicó los antes mencionados niveles de intensidad, para resolver temas que tenían que ver con el derecho de igualdad, para finalmente acoger la complementariedad. En este sentido, asegura la autora, dicha complementariedad se aplica por la Corte cuando estudia situaciones que atañen a la igualdad; en ese aspecto, en oportunidades adopta el juicio de proporcionalidad; sin embargo, en otros pronunciamientos jurisprudenciales opta por utilizar el examen de intensidad.

Ahora bien, es importante reconocer lo señalado por Lopera (2006), quien indica que el descrito principio se distingue por contener dentro de su engranaje una estructura argumentativa

que sirve de insumo para quien lo use como herramienta y con ello, basar su análisis de interpretación en aras de los derechos fundamentales. Lo descrito, respecto de pronunciamientos legislativos donde se prohíbe o permite algo en referencia al tema objeto de estudio y que, por cuenta de ello, nace una confrontación entre los llamados principios constitucionales.

Habiendo cernido lo anterior, es de interés recalcar lo señalado por Lopera (2006), que cuando la Corte Constitucional se encuentra frente a un tema de su interés, según sea la magnitud o complejidad que despliega el estudio que debe ejecutarse a la hora de realizar la constitucionalidad de la norma; en oportunidades el alto tribunal puede hallarse con talanqueras tan difíciles como aquellas donde se enfrentan distintos derechos y que la resolución atribuye una deóntica que le entrega a la norma examinada un plus de posibilidades, en estos eventos, la voz constitucional puede menguar o aniquilar derechos, para darle vida a la protección de otros.

Lo descrito en el acápite antecedente, describe la autora, que, al enfrentarse a dichos eventos, se suele utilizar el principio de proporcionalidad. Dicha herramienta es útil para establecer si el pronunciamiento legislativo se encuentra apegado a la Constitución, siempre y cuando el fin perseguido sea legítimo, haya idoneidad del medio escogido, se encuentra en un estándar de necesidad, estableciendo que exista ausencia de otro medio menos dañino para el fin buscado y haya proporcionalidad, que no es más que poner sobre la balanza los beneficios obtenidos y los daños generados. En síntesis, el engranaje del test de proporcionalidad intenta diluir el enfrentamiento que se pueda dar entre derechos fundamentales al resolver un asunto, buscando equilibrar de la mejor forma los descritos intereses para generar un daño ínfimo.

De lo anterior, se puede entonces colegir que, la legislación y jurisprudencia nacional no han sido ajenas a la adopción de esta institución como herramienta de interpretación. Así las cosas, como se aseveró líneas arriba, la Corte Constitucional desde la última década del siglo pasado empezó a ejecutar este principio de proporcionalidad para emanar decisiones* y así, hasta la fecha se ha venido usando para hallar la resolución de casos mediante este instrumento interpretativo.

2.4. Elementos del principio de proporcionalidad

Sea lo primero decir que, el principio de proporcionalidad es un instrumento interpretativo que usa como herramienta el juez constitucional para mitigar el impacto o desarraigo de los derechos fundamentales que pueden verse afectados por la producción de normas en el Estado; en consecuencia, es una barrera que enarbola límites al poder público. Al respecto, Alexy (2007) indica lo siguiente:

A pesar de que el principio de proporcionalidad suele ser llamado de esta manera, no se trata de un principio en el sentido aquí expuesto. La idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no se ponderan frente a algo diferente. No es que unas veces tengan precedencia y otras no. Lo que se pregunta más bien es si se satisfacen las exigencias de estos subprincipios o no, y si su falta de satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad (p. 92).

* Entre las primeras decisiones donde se aplicó este principio se encuentran las Sentencias T-530 de 1992, T-015 de 1994, C-022 de 1996, C-309 de 1997, entre otras.

Hay doctrinantes que sitúan el principio de proporcionalidad desde una óptica de estructura argumentativa; desde ese paladín, el principio de proporcionalidad soluciona aquellos enfrentamientos que genere cualquier pronunciamiento del legislador y los derechos fundamentales. Así entonces, Lopera (2006) señala que el mencionado principio posee una estructura argumentativa que busca dotar de herramientas al tribunal para deshilar entre derechos fundamentales y la intervención legislativa.

De conformidad a la doctrina, el principio de proporcionalidad se compone por tres subprincipios, los cuales son: idoneidad, necesidad y proporcionalidad; en ese norte, se divisa que cada uno de los antes señalados subprincipios se adhiere sobre los pronunciamientos legislativos; esto, por cuanto en aquellos eventos donde el legislativo con su intervención respecto de los derechos fundamentales, no resulte idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto, la norma debe ser declarada inconstitucional.

Frente a lo señalado, Bernal (2014) asegura que los descritos subprincipios de la proporcionalidad, se enarbolan como elementos de magnánima importancia del orden jurídico; de tal suerte que, son usados como brújula del juez constitucional para desenmarañar asuntos *sub judice*. Describe así los subprincipios como la hoja de ruta que deben utilizar tanto el legislador como el Tribunal Constitucional, pues estos, al igual que los principios generales del derecho se encuentran adherido a un sentido ontológico pleno.

Así las cosas, continúa aduciendo Bernal (2014), que al encontrarnos en un radio del ámbito de aplicación de estos subprincipios para ejercer por parte de la Corte Constitucional el

control de la norma que afecten derechos fundamentales, estos operan con la fuerza necesaria para ejecutar las acciones pertinentes que desenvuelvan el conflicto en los casos de difícil envergadura en sentido amplio.

En armonía con lo expuesto, se pasará a hablar de los elementos que conforman estos subprincipios: a) idoneidad, b) necesidad y c) proporcionalidad en sentido estricto. Así entonces, el subprincipio de idoneidad, también conocido por la doctrina con el nombre de adecuación, es descrito por el profesor Bernal (2014) como el subprincipio que se usa para establecer que cualquier intervención en ruta de los derechos fundamentales debe estar ceñida de forma adecuada y con esto, se aporte a la producción un fin que se enliste dentro del margen constitucionalmente legítimo. Adherido a ello, es pertinente resaltar que, la catarsis que este subprincipio crea se desliza sobre dos premisas para su aplicación, estando la primera de ellas dentro del rango de establecer que el objeto de estudio tenga un fin constitucionalmente legítimo; y el segundo, que sea idóneo para fomentar su obtención.

De lo descrito en el párrafo anterior, es importante dejar claro que, el doctrinante nos ilumina aduciendo que, con relación a la primera intervención del legislativo, se debe auscultar que se materialice la voluntad del constituyente sin trasgresión alguna; puesto que, de forma contraria estaríamos sobre los senderos de un fin ilegítimo por cuenta del legislador. Esto, a su vez, desde el “juicio de razonabilidad”, para poner en una balanza la intervención legislativa y los derechos fundamentales. Aunado a lo anterior, se observa lo siguiente:

El objeto de este juicio de razonabilidad consiste en constatar que la norma legal sub examine no constituye una decisión arbitraria, porque está fundamentada en alguna razón legítima, en ese sentido el fin que fundamenta la intervención legislativa en el derecho fundamental debe ser considerado como un fin legítimo cuando no está prohibido explícita o implícitamente por la Constitución. (Bernal, 2014, p. 877).

En ese orden de ideas, Montealegre et al. (2014), al referirse a la idoneidad como subprincipio del principio de proporcionalidad, señala que la medida adoptada debe ser “idónea en razón de su eficiencia o de su aptitud para alcanzar el fin legítimo perseguido. En este punto el juez examina una determinada apreciación de la realidad y las relaciones causales por parte de quien toma la medida concreta” (p. 17).

Respecto de la idoneidad, Lopera (2006) manifiesta que, en fase de este subprincipio, necesariamente se requiere establecer la aptitud, adecuación o idoneidad de la medida que se encuentra bajo análisis, en ruta de la protección que pretende esbozar la finalidad expresada. En otras palabras, lo que este eslabón del principio de proporcionalidad vislumbra es que, cualquier actuación del legislativo que afecte un derecho constitucional debe cristalizar cuál es el bien o finalidad que persigue. De lo expuesto, continua la doctrinante manifestando que, en ruta de esta actuación legislativa, de no ser adecuada para la ejecución de lo tallado en la norma constitucional, la resolución de forma indefectible sería excluir cualquier ápice de intervención al derecho constitucional por ausencia de legitimidad. Lo anterior no es otra cosa que, verificar por medio del subprincipio, si la intrusión al bien de carácter constitucional carece de finalidad

alguna o de plano se muestra ineficaz para lograrla, esto será suficiente para anatemizar el pronunciamiento legislativo.

De lo descrito, filtra la temática la doctrinante Lopera (2006), aseverando que, en aras de lacerar un principio o derecho constitucional, se debe acreditar que no hay forma menos gravosa de alcanzar la finalidad perseguida; esto significa que, siempre se debe velar porque la satisfacción de cualquier bien constitucional se optimice por medio de medidas que generen el menor daño, esto, desde la esfera del otro derecho o principio que se encuentra en pugna. Lo descrito, resaltando que no es suficiente verificar que la medida que se encuentra en el patíbulo encarna un nivel de sacrificio de algunos derechos en busca de la consecución respecto del fin legítimo perseguido, pues es deber del juzgador hilvanar si el resultado propuesto podría suplirse con una medida menos invasiva.

Dentro del ámbito de la proporcionalidad se encuentra el subprincipio de necesidad, el cual, agrega Bernal (2014), ha recibido otros títulos, de esto la doctrina alemana no ha sido ajena; por cuenta de esto, al mencionado se le puede encontrar como: subprincipio de indispensabilidad, subprincipio del medio más benigno o subprincipio de la intervención más restringida posible; empero, dentro de la doctrina de España, se identifica como principio de necesidad.

Siguiendo la tesis establecida por Bernal (2014), este subprincipio lo gobierna la búsqueda de la forma menos lesiva de afectación con respecto de los derechos fundamentales

intervenidos; para ello se debe sopesar todas las opciones que revisten la misma aptitud para conseguir la materialización del objetivo trazado.

Es entonces válido asegurar que este subprincipio busca hacer la comparación entre la medida que resultó del trabajo legislativo y cualquier otro medio que pueda orbitar para el fin buscado. Según Bernal (2014), en este principio el barómetro se activa para evaluar dos exigencias: la primera de ellas, estudiar si hay una forma alternativa con el mismo nivel de idoneidad que la medida adoptada por el legislador y así alcanzar el objetivo trazado; por otra parte, la segunda, establece si hay una afección al derecho fundamental en un grado nimio. En ese aspecto, de establecerse que hay un medio que opera alternativamente supliendo las descritas exigencias, la medida legislativa no debe nacer al mundo jurídico por ser abiertamente inconstitucional.

Por su parte, Lopera (2006) describe el subprincipio de necesidad como aquella herramienta usada para ponderar la medida encausada con cualquier otro medio alterno, para lo cual se extienden dos líneas, como son: la idoneidad desplegada para que el fin legislativo busca encausar y una lesividad diezmada que tenga relación con los principios y derechos fundamentales que podrán verse sometidos a afectación por cuenta del pronunciamiento del legislador.

De lo anterior, se puede extractar que, el derecho positivo antes de salir a luz debe pasar por un tamiz, esto para determinar si concurren otro tipo de mecanismos menos invasivos de los derechos fundamentales, pero con la fuerza suficiente de resguardar los bienes jurídicos que el

legislador pretendía proteger; de ser así, se debe propender por esta opción y desechar el pronunciamiento legislativo. En consonancia a lo anteriormente expuesto, se recaba lo afirmado por Bernal (2014), quien señala que “el análisis de necesidad es una comparación entre medios, a diferencia del examen de idoneidad, en el que se observa la relación entre el medio legislativo y su finalidad” (p. 935).

Adherido a lo descrito, se sintetiza lo establecido por Lopera (2006), quien reseña lo siguiente:

El juicio de necesidad que efectúa el Tribunal Constitucional deba limitarse a indagar si la expedición de la norma penal enjuiciada estuvo precedida o acompañada de otro tipo de medidas no sancionadoras dirigidas a proteger el bien jurídico cuya tutela sirve de fundamento a la intervención penal (p. 183).

Por consiguiente, destaca Bernal (2014) que, para evitar un galimatías innecesario, este subprincipio puede expresarse de forma diáfana de la siguiente manera: cualquier disposición emanada del legislador se torna en innecesaria si se evidencia que hay uno o varios medios alternos con características aptas para lograr el objetivo legislativo, y que su intervención sea etérea a los derechos fundamentales.

Por su parte, agrega Bernal (2014) que frente al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, también llamado ejercicio de ponderación o test de proporcionalidad, consiste en realizar un análisis u operación intelectual que, implica de un lado, determinar cuáles son los

derechos fundamentales o garantías constitucionales que se podrían ver afectadas con la medida adoptada, y, de otro lado, examinar si el interés que se pretende tiene la importancia suficiente para lograr el sacrificio o restricción de los derechos con relevancia constitucional.

Consecuentemente, advierte Bernal (2014) que las disposiciones sometidas a este patíbulo son aquellas que, por su naturaleza legislativa, guardan estrecha relación con posturas que trastocan o intervienen temas iusfundamentales anejas *prima facie*; sin embargo, para llegar hasta este eslabón, necesariamente se tuvo que haber superado los exámenes de idoneidad y de necesidad.

Es entonces necesario aclarar que, según Bernal (2014), en este estadio, la norma legal no es la que está bajo auscultación que materializaría la esencia normativa de la ponderación, pues acá los objetos de carácter normativos que estarían bajo la lupa de la ponderación son paralelos, de tal suerte que, en una línea se analizan los derechos fundamentales que cercena la disposición legal y, por otra, el principio constitucional o derecho fundamental, sean de primer o segundo grado, que cimienta la intervención legislativa.

En otras palabras, expone Bernal (2014), que dicha ponderación emerge con el ánimo de hacer un paralelo y establecer el nivel de importancia que hay respecto de la afectación de carácter negativo que se causa por cuenta de la intervención que la norma genera al derecho fundamental y el atributo positivo y nivel de importancia que entrega respecto del fin perseguido.

En sintonía a lo ya expresado, el doctrinante antes referido aduce que, “de acuerdo con una nomenclatura ya usual en la doctrina, dicha magnitud se conoce como el “peso” que los objetos normativos revisten en la ponderación” (Bernal, 2014, p. 965).

El peso al que se refiere este tratadista se funda, por un lado, en la fuerza que genera el derecho de carácter fundamental, y, por otro lado, el principio que se erige de la intervención que genera el legislador con su pronunciamiento, dando cuenta de ello, crean un paralelismo que se puede definir con una primera regla así: “cuanto mayor sea la importancia material de un principio constitucional dentro del sistema de la Constitución, mayor será su peso en la ponderación” (Bernal, 2014, p. 965); la otra regla que encarna el doctrinante reza: “cuanto más intensa sea la intervención en el derecho fundamental, mayor será el peso del derecho en la ponderación” (Bernal, 2014, p. 965).

Por su cuenta, Lopera (2006) ilustra sobre el subprincipio de proporcionalidad, asegurando que se trata de una ponderación que solo se dará una vez se haya transcurrido por los senderos de los principios de idoneidad y necesidad; acreditado esto, la ponderación se fijará en dos aspectos, uno de ellas es respecto de los principios iusfundamentales lapidados y por el otro lado, se analizan los principios y protección que la intervención legislativa azuza. Estableciendo con esto si el nivel de afcción generado por los primeros en mención, compensa el grado de satisfacción que los últimos descritos otorgan.

La doctrinante Lopera (2006) asegura que bajo la teoría del peso que se le debe asignar a cada uno de los principios se deben enjuiciar bajo tres líneas de disputa. El primer régimen se

enarbola bajo la premisa de establecer el nivel de afectación y el de satisfacción que nace de la medida objeto de controversia; por su parte, otro aspecto tiene su génesis respecto de su peso en abstracto, para ello, se pone en una balanza los bienes jurídicos que se buscan proteger, en contraposición del nivel de importancia que tienen los derechos de carácter fundamental que se afectarían; finalizando con el hecho que se debe establecer el nivel de seguridad arrojado por las premisas argumentativas a favor y su natural contraposición que emanaría de la intervención.

Desde la premisa antes anotada, agrega Lopera (2006) que es indispensable subrayar que, mediante la variable que genera el antes mencionado peso que se le otorga a cada uno de los principios, este abre la puerta para ejecutar la jerarquía y ponderación de cada uno de los mencionados principios que se hallen en el patíbulo; se debe recalcar que, de esto nace la diferencia e importancia para ellos, puesto que ese diagnóstico entrega un valor distinto a cada uno de los emergentes de la práctica constitucional.

3. La captura en flagrancia y su afectación a la proporcionalidad en el marco legal colombiano

3.1. La captura en flagrancia: supuestos problemáticos

La libertad es entendida como un bien jurídico de trascendencia constitucional; por consiguiente, el ordenamiento legal colombiano consagra su protección y establece límites legales para evitar que se transgreda. Este derecho ha sido objeto de amplias interpretaciones por la doctrina y la jurisprudencia constitucional. En la Sentencia C-276 de 2019, la Corte Constitucional (2019) lo entendió así:

Como la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona. En ese sentido, se trata de un presupuesto para el ejercicio de las demás libertades y derechos, pues la detención supone la restricción de las otras prerrogativas de las cuales la persona es titular (Corte Constitucional, 2019).

Sin embargo, este derecho no es absoluto, ya que los artículos 28 y 32 de la Constitución Nacional permiten que se establezcan límites a su ejercicio.

Como viene de verse a lo largo de este trabajo, la captura en flagrancia es una modalidad mediante la cual se puede limitar el ejercicio de este derecho y tiene como propósito perseguir varias finalidades a saber: i) interrumpir el curso causal del delito, esto opera frente a todas las

conductas delictivas, sin distinción alguna; ii) posibilitar la formulación de imputación; y iii) en los casos en que proceda, posibilitar la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad.

Una vez se realiza el acto de captura en flagrancia, el sujeto es presentado ante el fiscal de la Unidad de Reacción Inmediata (URI) para que evalúe si la conducta delictiva por la que es aprehendido comporta detención preventiva. En caso de ser afirmativo, este será presentado ante el juez de control de garantías para que se estudie la legalidad del procedimiento. Tal es el caso, por ejemplo, de delitos tales como el hurto calificado (art. 240 C.P.), el homicidio agravado (art. 104 C.P.), el secuestro extorsivo (art. 169 C.P.), entre otros. Sin embargo, cuando se trate de delitos que no comportan detención preventiva, el fiscal cuenta con la facultad de ordenar la libertad del ciudadano, tal y como prevé el inciso cuarto del artículo 302 del Código de Procedimiento Penal Colombiano que señala:

Si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva, el aprehendido o capturado será liberado por la Fiscalía, imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario. De la misma forma se procederá si la captura fuere ilegal (art. 302).

Con respecto a esta facultad, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-591 de 2005, señala lo siguiente:

El procedimiento en caso de flagrancia, regulado en el artículo 302 de la Ley 906 de 2004, articula lo dispuesto en el artículo 28 Superior con las nuevas disposiciones constitucionales del sistema acusatorio en la medida en que la decisión sobre la legalidad de la aprehensión realizada en flagrancia queda exclusivamente a cargo del juez de control de garantías, en tanto que la Fiscalía adopta tan sólo una determinación sobre la concesión de libertad en casos en que no se cumplan los requisitos objetivos para decretar la detención preventiva o la captura en flagrancia sea ilegal. No se trata, en consecuencia, del decreto de una medida restrictiva del ejercicio de la libertad individual, y, por ende, de competencia exclusiva del juez de control de garantías, sino de un procedimiento, adelantado por una autoridad que conserva ciertas facultades judiciales, encaminado a salvaguardar el goce del mencionado derecho fundamental, frente a capturas que no cumplen con las condiciones constitucionales y legales de la flagrancia. De igual manera, la medida es razonable ya que el fiscal se limita a constatar, con base en criterios objetivos, si el supuesto delito cometido por el aprehendido en flagrancia daría o no lugar a la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva por parte de un juez de control de garantías. Aunado a lo anterior, la decisión del fiscal de dejar en libertad al aprehendido se justifica en cuanto, de todas formas, se le impone al ciudadano el compromiso de comparecer cuando sea necesario (Corte Constitucional, 2005).

Por su parte, en Sentencia del 20 de enero de 2016 (Rad. 46806) emitida por la Corte Suprema de Justicia, también se ha abordado este tema, y sostuvo lo siguiente:

Ahora bien, la Fiscalía General de la Nación, podrá conceder la libertad a quien haya sido restringido en ella, sin acudir ante el juez de control de garantías, únicamente cuando: i) se trate de un delito que no amerite detención preventiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 313 del C. P. P., y ii) cuando no se cumplan las condiciones legales de la flagrancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 301 de la misma obra (Corte Suprema de Justicia, 2016).

Es así entonces que, frente a conductas delictivas como la omisión de socorro (art. 131 C.P.), las lesiones personales (art. 112 C.P.), los actos de discriminación (art. 134 a C.P.), el fraude a resolución judicial o administrativa de policía (art. 454 C.P.), entre otros, la Fiscalía cuenta con la posibilidad de ordenar la libertad del ciudadano y posteriormente citarlo a la audiencia de formulación de imputación, sin la necesidad de llevarlo de forma inmediata ante juez de control de garantías. Esta facultad opera en aquellos eventos en los que el delito no comporte detención preventiva.

Empero lo anterior, no sucede lo mismo para los delitos que comportan detención preventiva, porque frente a estos punibles al fiscal le asiste la obligación de presentar al ciudadano ante juez de control de garantías y solicitar la respectiva imposición de una medida de aseguramiento, una vez superado el acto de formulación de imputación de cargos*.

* Sobre este aspecto, necesario advertir que no basta con que el delito comporte detención preventiva para que se imponga una medida de aseguramiento de manera automática, para ello es imperioso que se cumplan los presupuestos del artículo 308 del código de procedimiento penal; es decir, que exista inferencia razonable de autoría o participación, que la medida se muestre necesaria para evitar que el imputado obstruya la justicia, ponga en peligro a la sociedad o la víctima, o que sea probable que no comparecerá al proceso. Esto frente a delitos que aparejen una pena superior a cuatro años, aquellos investigables de oficio, o que sean de competencia de los jueces penales de circuito especializados, tal y como lo consagra el artículo 313 del estatuto procesal penal. Véase, por ejemplo: el hurto calificado (art. 240 C.P); el homicidio agravado (art. 104 C.P); secuestro extorsivo (art. 169 C.P), entre otros. No obstante, lo anterior, también es dable advertir que, aunque el delito reúna los requisitos para imponer la medida

Ahora bien, el cuestionamiento de fondo gira en torno a aquellas conductas delictivas que no comportan detención preventiva, evento en el cual el fiscal está facultado para ordenar la libertad del ciudadano. Para puntualizar un caso en concreto, en la práctica judicial se observa con frecuencia que la Policía Nacional, en ejercicio de su actividad preventiva, captura a personas que se ven inmersas en el delito de “fraude a resolución judicial o administrativa de policía” (Ley 599 de 2000, art. 454). Esta conducta se presenta, por ejemplo, cuando las personas son sorprendidas conduciendo su vehículo automotor con la licencia inhabilitada o suspendida, por cuenta de una sanción contravencional. Bajo este supuesto, cuando el ciudadano es requerido por la Policía en un procedimiento preventivo y se observa que tiene la licencia suspendida o inhabilitada como consecuencia de una sanción administrativa emitida por autoridad de tránsito, se procede de inmediato a capturarlo y dejarlo a disposición de la Fiscalía General de la Nación, bajo el entendido de que está cometiendo un delito, esto es, que el sujeto se encuentra en situación de flagrancia.

En este evento, si bien el fiscal cuenta con un término de hasta 36 horas para determinar la situación jurídica relacionada con la libertad de la persona, la limitación a la libertad por parte de los agentes captores pareciera excesiva.

En efecto, como dispone la norma, el fiscal debe restablecer la libertad de la persona y citarlo, personalmente o a través de su defensor, para efectuar la imputación de cargos y, de esta manera, vincularlo al proceso penal. Sin embargo, el funcionario cuenta con un término de hasta

de aseguramiento, cuando el fiscal considere que no se hace necesario ni urgente deprecar la medida en contra del ciudadano, este puede desistir de la solicitud y posteriormente citarlo a la audiencia de acusación, o en su defecto, solicitar una medida no privativa en su contra.

36 horas para disponer de la libertad del ciudadano. Por ello, surge la pregunta acerca de la proporcionalidad de la captura llevada a cabo por la autoridad, en aquellos supuestos de delito en los que no procede la detención preventiva, ¿se torna excesiva?

3.2. La proporcionalidad de la captura en flagrancia en supuestos en que no procede la detención preventiva

Lopera (2006) explica que para dar aplicación al principio de proporcionalidad debe existir una colisión entre dos derechos fundamentales en atención a la consecución de un fin. Así, se deben identificar claramente los derechos que se verán confrontados, de tal forma que pueda realizarse un análisis verificando la proporcionalidad de los medios utilizados para la consecución del fin. Para dar solución a la cuestión que nos ocupa, debemos abordar cada uno de los subprincipios que integran el principio de proporcionalidad y aplicarlo al caso en concreto, de tal manera que se pueda desarrollar la idea que propusimos en el presente trabajo.

Como se advirtió anteriormente, este análisis estará limitado a los procedimientos de captura en situación de flagrancia, frente a los delitos en que no procede la detención preventiva. Como primer subprincipio a desarrollar, y siguiendo la estructura lógica que gobierna el principio de proporcionalidad, pasaremos a analizar entonces la idoneidad.

Según lo expuesto por Bernal (2014), son dos los requisitos que deben existir para superar el análisis que exige la idoneidad. En primer lugar, deberá evaluarse la persecución del fin constitucionalmente legítimo como primer presupuesto para el análisis del subprincipio.

Frente a ello se reitera que la captura como acto de aprehensión, desde el punto de vista constitucional, es un ejercicio legal del Estado que goza de la legitimidad y su finalidad tiene como propósito: i) interrumpir la continuidad del curso causal del delito, esto opera frente a todas las conductas delictivas, sin distinción alguna, ii) posibilita la formulación de imputación y iii) en los casos en que proceda, posibilita la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad. Sin embargo, cuando se trata de analizar los eventos frente a los delitos en que no procede la detención preventiva, bastará con indicar que la finalidad únicamente estará limitada a los primeros dos propósitos antes expuestos. Lo anterior, como quiera que el acto jurídico de aprehensión representa una contribución eficiente en la medida en que evita que se siga ejecutando el delito por parte del sujeto y permite que la persona esté en la disposición de ser citada al acto de formulación de imputación.

De otro lado, al constatar el segundo requisito de este subprincipio, es decir, la idoneidad que tiene el medio elegido para concretarse en su finalidad; se estima que existe una clara relación causal entre la captura en flagrancia como medida escogida para lograr las finalidades, es decir, interrumpir el curso causal del delito y la posibilidad de que, con su captura, el sujeto comparezca al acto de formulación de imputación, Pues con ello, aunque los delitos por los cuales se realiza el procedimiento de captura en flagrancia no comporten necesariamente detención preventiva, la medida se muestra como idónea en razón de su aptitud y con ella se alcanzan las finalidades legítimas perseguidas.

En este sentido, es preciso desarrollar el segundo subprincipio que integra el principio de proporcionalidad. Al respecto, Montealegre et al. (2014), afirman que para que se cumpla con la necesidad, debe seleccionarse siempre el medio que “menos afecte o ponga en peligro los derechos fundamentales”. Es decir, se debe propender por verificar otras alternativas que tengan la misma eficiencia para obtener el propósito perseguido.

Como consecuencia de lo anterior y partiendo del citado análisis, deberá determinarse si la medida seleccionada es la única alternativa para lograr el propósito que se persigue. Es aquí donde se debe considerar que, si bien la captura en flagrancia, tratándose de delitos que no comporten detención preventiva, es una medida que en principio pareciera necesaria, lo cierto es que hay medios que resultan óptimos y menos lesivos para garantizar el propósito que se quiere.

Obsérvese que, dentro de las diferentes alternativas que existen, cabe la posibilidad de que la policía adelante un procedimiento diferente al de la captura en situación de flagrancia frente a todos los delitos que no comportan detención preventiva. Tal es así que, incluso el legislador frente a estas conductas delictivas no consideró necesario que se adelantara el análisis atinente a la detención preventiva para sujetos que desplieguen estas conductas delictivas.

Ubiquémonos, por ejemplo, en el evento antes señalado y analicemos el procedimiento que puede realizar el uniformado de la Policía Nacional cuando sorprende a un ciudadano conduciendo con la licencia de conducción suspendida o inhabilitada, esto es, que incurre en la conducta de “fraude a resolución judicial o administrativa de policía” (Ley 599 de 2000, art. 454). El ciudadano que conduce un vehículo es sorprendido por el agente de policía en medio de

una actividad preventiva, como puede ser en un puesto de control. Acto seguido, el uniformado después de solicitarle la documentación se percató de que la licencia de conducción está suspendida por cuenta de una orden emanada por la autoridad administrativa. En este contexto, el uniformado de la Policía Nacional está facultado para adelantar el procedimiento de captura en flagrancia, pues se encuentra frente a ese mínimo de tipicidad que se le exige para que adelante el procedimiento.

Con ello interrumpe el curso causal del delito y posibilita que la autoridad lo cite a la audiencia de formulación de imputación. Así, en principio podría pensarse que es necesaria.

No obstante, lo anterior, pueden existir alternativas diferentes que impiden que se continúe con el curso causal del delito, sin hacer necesario que el ciudadano sea capturado. En este caso en particular, la Policía Nacional puede solicitar apoyo de las autoridades de tránsito para que realicen la inmovilización del vehículo y así impedir que se siga adelantando la actividad de conducción que se le prohíbe. El uniformado de la Policía cuenta con la facultad de incautar la licencia de tránsito y dejarla a disposición de la Fiscalía para que adelante la correspondiente investigación penal en contra del ciudadano; y, finalmente, puede tomar los datos generales de ley para que eventualmente el ciudadano sea citado al acto de formulación de imputación de cargos.

Es así como se puede observar cómo otra medida alternativa puede contribuir de manera eficaz con el propósito que se persigue, sin la necesidad de lesionar su derecho fundamental a la

libertad, sin resultar excesiva como alternativa legítima y sin la necesidad de que el sujeto sea sometido a estar privado de la libertad por un término de treinta y seis horas.

Finalmente, y al realizar el test de proporcionalidad, se concluye que la medida no supera el subprincipio de necesidad, no se hace necesario abordar la proporcionalidad en estricto sentido, toda vez que, el examen aludido es un ejercicio hermenéutico que supone evaluar de manera sucesiva cada uno de los subprincipios que lo articulan. Por consiguiente, deviene de inane el examen frente al último subprincipio.

3.3. Medidas alternativas a la captura en flagrancia en delitos menores

El derecho a la libertad personal y las garantías que la rodean, según lo dispuesto en los artículos 28 y 29 de la Constitución Política de 1991, no es absoluto, por el contrario, tiene límites derivados precisamente del desconocimiento y afectación de derechos y bienes jurídicos tutelados de otras personas, lo que permite la aprehensión o captura en flagrancia sin que exista una orden judicial; sin embargo, algunas conductas tipificadas en el Código Penal colombiano, por su naturaleza de baja gravedad, no necesariamente deberían coincidir en la captura en flagrancia como el medio idóneo para repeler los comportamientos ilícitos.

A nivel doctrinal, poco se ha escatimado en abordar el impacto de los denominados delitos menores, que son infracciones que, por su baja gravedad, tienen sanciones más leves como multas o servicios comunitarios, por lo que una captura en flagrancia generaría una afectación mayor que la misma infracción penal; destáquese, por ejemplo, el delito de fraude a

resolución judicial contenido en el artículo 454 de la Ley 599 de 2000, que si bien genera una pena de prisión de 1 a 4 años y multa de 5 a 50 salarios mínimos, en términos prácticos bastaría que ante una situación de flagrancia no sería necesaria la captura con fines judiciales, por lo que es pertinente explorar si existen alternativas a la captura en flagrancia frente a la comisión de este tipo de delitos de baja gravedad.

En teoría, no parecen existir medidas alternativas a la captura en estricta flagrancia que resulten menos restrictivas de la libertad; sin embargo, desde un punto de vista práctico, el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana contenido en el Ley 1801 de 2016, contempla la figura la figura de la aprehensión con fin judicial, que implica que el personal de la Policía Nacional tiene la potestad de aprehender a una persona cuando sea señalada de haber cometido infracción penal o sorprendida en flagrante delito.

Desde la norma de 2016 es posible explorar la pertinencia que tienen las medidas correctivas para disuadir ciertas conductas tipificadas en el Código Penal colombiano. Al respecto, Castillo & Ayala (2019) señalan que estas medidas tienen propósitos claros, sobre todo en materia preventiva, pero también en términos disuasorios, ya que las conductas que se marcan como contrarias a la convivencia en la Ley 1801 claramente no se enmarcan en el ámbito de lo penal, por lo que dichas medidas correctivas bien pueden emplearse para intentar reducir las afectaciones sobre la libertad personal que genera una captura en flagrancia.

Dichas medidas correctivas, de acuerdo con Rincón (2021), también permiten el acceso a la justicia, pero restringen menos la libertad personal y demás prerrogativas que rodean este

derecho, ello porque conllevan hacia la eficacia simbólica del derecho, en el sentido en que adquieren una serie de implicaciones sociales e individuales, pues están dotadas de unos contenidos jurídicos que, al igual que la captura en flagrancia, también transmiten relaciones de poder, es decir, que como instrumentos coactivos son eficaces, pero sin tantas limitaciones como la detención preventiva. En este sentido, es importante tener en cuenta los alcances de la figura de la aprehensión con fin judicial contenido en la Ley 1801 de 2016.

El personal uniformado de la Policía Nacional, podrá aprehender a una persona en sitio público o abierto al público, o privado, cuando sea señalada de haber cometido infracción penal o sorprendida en flagrante delito o cuando un particular haya pedido auxilio o la haya aprehendido, siempre que el solicitante concorra conjuntamente al despacho del funcionario que deba recibir formalmente la denuncia.

El personal uniformado de la Policía Nacional la conducirá de inmediato a la autoridad judicial competente, a quien le informará las causas de la aprehensión, levantando un acta de dicha diligencia (art. 168).

En el análisis que realiza la Corte Constitucional de este artículo a través de la Sentencia C-303 de 2019, se evidencia que la aprehensión con fin judicial es un mecanismo efectivo para la conservación del orden público o para su restablecimiento y así garantizar la convivencia en la sociedad; su naturaleza es prevenir atentados contra el orden público que no correspondan propiamente a delitos, pero también persigue que aquellas personas que efectivamente sí cometieron un delito puedan ser judicializadas; por lo tanto, es importante tener en cuenta el significado de la aprehensión, que claramente conlleva a una afectación de la libertad individual

y demás garantías que la rodean, máxime si se tiene en cuenta que en el contexto de la Constitución de 1991 se reconoce una triple naturaleza de la libertad, al ser entendida como valor, como propio y como derecho.

Agrega la Corte en la precitada sentencia que las limitaciones de la libertad personal solo pueden materializarse conforme a la estricta legalidad que semejante limitación implica, es decir, que puede ser afectada únicamente por una orden de prisión, arresto o detención, siempre que sea dictada por un juez; pero, de igual manera, el artículo 32 Superior permite que en casos de flagrancia el delincuente pueda ser aprehendido no solo por autoridad de policía, sino también por cualquier persona, quien deberá llevarla inmediatamente ante autoridad judicial.

En consecuencia, la propia Constitución estaría autorizando la persecución de todo tipo de delitos, incluidos aquellos que tienen una naturaleza o connotación de baja gravedad, lo cual, en términos prácticos, y sobre todo garantistas de la libertad personal, implicarían una limitación desbordada de este derecho, de ahí la importancia de explorar medidas alternativas a esa captura en flagrancia sobre conductas de bajo impacto o leve gravedad, donde la flagrancia de estas conductas se convertiría en una excepción innecesaria, inoportuna e ineficiente para perseguir e imponer responsabilidad a quienes, si bien han cometido un delito, les sería mucho más dañosa la privación de la libertad que el propio delito cometido.

Lo problemático del asunto es que en el contenido del artículo 168 de la Ley 1801 de 2016 se señala que la aprehensión procede cuando la persona sea señalada de haber cometido infracción penal o sorprendida en flagrante delito, de tal forma que, al recurrir a la literalidad de

la norma, implica que la aprehensión por flagrancia se deberá dar por cualquier conducta típica, indistintamente de su nivel de gravedad, lo que supone que se trata de una norma de contenido abierto que puede generar dudas en cuanto a las constitucionalidad de sus componentes y de sus posibles interpretaciones concretas.

En suma, resulta perentorio explorar alternativas a la aprehensión con fin judicial, sobre todo cuando se derive de la flagrancia de ciertos delitos, es decir, deben existir excepciones a la flagrancia en sentido estricto, de manera que, cuando por ejemplo las autoridades de policía realicen la captura de un individuo por la comisión de ciertas conductas tipificadas en la ley penal, deberían observarse determinadas reglas que exceptúen la aprehensión, por la naturaleza misma del delito.

Conclusiones

La libertad individual del ser humano en los sistemas democráticos es entendida como una prerrogativa de alcance fundamental, por ello ostenta la garantía de derecho inviolable y su respeto merece la máxima protección por parte del Estado. En Colombia, la Constitución Nacional, el derecho positivo y la jurisprudencia son garantes de la protección de los derechos de los ciudadanos, incluyendo el descrito. De esta forma, las autoridades deben velar para que toda persona dentro del territorio nacional goce materialmente del plurimencionado derecho. No obstante, el mismo puede ser intervenido de forma excepcional.

La privación de la libertad por medio de la figura de captura en sus distintas modalidades se encuentra legalmente consagrada. De este modo, como norma general, quien tenga autoridad legal e interés legítimo para restringirle a una persona el derecho individual de locomoción debe acudir ante una autoridad judicial que se encuentre revestida constitucionalmente de poder para ordenar la captura. Sin embargo, el peticionario debe probar y justificar la necesidad de retención del individuo.

A su vez, la restricción a la libertad del individuo, al estar en el marco de la flagrancia delictual, es visto como una herramienta necesaria para garantizar el orden público. No obstante, el uso indiscriminado de la captura para cualquier tipo de fractura a la ley penal pareciera desproporcionado. Así, respecto a las capturas en flagrancia frente a delitos que, por su

naturaleza, no comportan la imposición de una medida restrictiva de la libertad, la restricción de la libertad se muestra excesiva.

Sin embargo, la práctica de capturar en flagrancia por los delitos con las características antes expuestas en la actualidad es un procedimiento legal. En nuestro sentir, la captura en estas circunstancias constituye un procedimiento transgresor de la libertad, que desgasta al aparato judicial y que, ante todo, hace pasar al sindicado por un suplicio innecesario, pese a que necesariamente será liberado sin siquiera ser presentado ante el juez. Máxime, cuando estas se dan en circunstancias para las que el mismo legislador estableció que no procedían medidas de aseguramiento privativas de la libertad.

Bibliografía

- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Angulo A., P. (2002). *Derecho penal: parte general*. Grijley.
- Aponte M., M. (2022). *Consulta previa y test de proporcionalidad*.
<https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/maria-camila-aponte-martinez-402321/consulta-previa-y-test-de-proporcionalidad-3301410>
- Armenta A. (2018). El test de proporcionalidad: su uso y aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Revista Verba Iuris*, 14(41), 121-133.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 20 de julio). *Constitución Política de la República de Colombia*. GC: 116.
- Bedoya, J., & González, M. (2017). La restricción de la libertad individual en Colombia: una herramienta para la prevención, persecución de delitos y el desarrollo de los derechos de las víctimas. *Revista de Derecho*, 50(2), 1-15.

- Bernal P., C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*.
Universidad Externado de Colombia.
- Binder, A. (2001). *Introducción al derecho procesal penal*. Ad-Hoc.
- Cafferata N. (2012). *Manual de derecho procesal penal*. Advocatus.
- Carnelutti, F. (1950). *Sistema del derecho procesal civil*. Editorial Jurídica de Chile.
- Castillo, J., & Ayala, S. (2019). *El Código de Policía y su impacto en la convivencia*. Fundación Ideas para la Paz.
- Congreso de la República. (2000, 24 de julio). *Por la cual se expide el Código Penal [Ley 599 de 2000]*. DO: 44.097.
- Congreso de la República. (2004, 1 de septiembre). *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal [Ley 906 de 2004]*. DO: 45.658.
- Congreso de la República. (2016, 29 de julio). *Por la cual se expide el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana [Ley 1801 de 2016]*. DO: 49.949.
- Corte Constitucional, (1994, 27 de enero). *Sentencia C-024 [MS. Alejandro Martínez Caballero]*.

Corte Constitucional, (1996, 28 de noviembre). *Sentencia C-657* [MP. Fabio Morón Díaz].

Corte Constitucional, (1997, 17 de abril). *Sentencia C-198* [MS. Fabio Morón Díaz].

Corte Constitucional, (2005, 15 de marzo). *Sentencia C-237* [MP. Jaime Araújo Rentería].

Corte Constitucional, (2008, 12 de julio). *Sentencia C-730* [MP. Álvaro Tafur Galvis].

Corte Constitucional, (2014, 11 de junio). *Sentencia C-366* [MP. Nilson Pinilla Pinilla].

Corte Constitucional, (2015, 7 de julio). *Sentencia C-411* [MP. María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional, (2019, 19 de junio). *Sentencia C-276* [MP. Gloria Stella Ortiz Delgado].

Corte Constitucional, (2023, 16 de noviembre). *Sentencia C-491* [MP. Natalia Ángel Cabo].

Corte Constitucional. (1992, 23 de septiembre). *Sentencia T-530* [MP. Eduardo Cifuentes
Muñoz].

Corte Constitucional. (1994, 25 de enero). *Sentencia T-015* [MP. Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional. (1996, 23 de enero). *Sentencia C-022* [MP. Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional. (1997, 25 de junio). *Sentencia C-309* [MP. Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional. (2005, 9 de junio). *Sentencia C-591* [MP. Clara Inés Vargas Hernández].

Corte Constitucional. (2019, 10 de julio). *Sentencia C-303* [MP. Alejandro Linares Cantillo].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2012, 14 de septiembre). *Radicado 36107*
[MP. José Leonidas Bustos Martínez].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2016, 20 de enero). *Radicado 46806* [MP.
Gustavo Enrique Malo Fernández].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2017, 15 de marzo). *Radicado 48175* [MP.
Patricia Salazar Cuéllar].

Donayre M., C. (2021). *Test de proporcionalidad*. <https://content.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/09/pbenY6qh-NCPCA-4.pdf>

Dueñas R., O. (2015). *Acción y procedimiento en la tutela*. Librería Ediciones del Profesional.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho penal: parte general*. Civitas.

Filangieri, G. (2018). *Ciencia de la legislación*. Boletín Oficial del Estado.

Fuentes, C. (2020). La captura de imputados. *Criminología y Justicia*, 3(1), 92-112.

Fuentes, J. (2020). El origen del derecho y la figura del juez. *Revista de Derecho*, 33(2), 1-15.

Horvitz L., E., & López M., J. (2004). *Derecho procesal penal: parte general*. Editorial Jurídica de Chile.

Kluth, M. (1998). *The Political Economy of a Social Europe: Understanding Labour Market Integration in the European Union*. Palgrave Macmillan.

Levene, R. (1993). *Manual de derecho procesal*. Depalma.

Londoño, H. (1993). *De la captura a la excarcelación*. Temis.

Lopera M., G. (2006). *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Martínez J., Y. (2023). *Naturaleza jurídica y control de las medidas correctivas de competencia de los inspectores de policía en el marco de la Ley 1801 de 2016*. Universidad Externado de Colombia.

Montealegre L., E., Bautista, N., & Vargas, L. (2014). *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán.*

Universidad Externado de Colombia.

Muñoz C., F. (2010). *Derecho penal: parte general.* Tirant lo Blanch.

Parlamento Europeo, Consejo de Europa & Comisión Europea. (2000). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.*

https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

Patiño C, Acciones de tutela Cumplimiento Populares y de Grupo, 2 edición, Editorial Leyer, 2010.

Quinche R., M. (2015). *La acción de tutela. El amparo en Colombia.* Temis.

Rincón W., N. (2021). *Medidas correctivas, acceso a la justicia y afectación al desarrollo social en las relaciones entre personas y autoridades de policía en la localidad de Fontibón.*

CINDE – Universidad Pedagógica Nacional.

Roca T., E., & Ahumada R., M. (2013). *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española. XV Conferencia Trilateral.*

<https://www.tribunalconstitucional.es/ActividadesDocumentos/2013-10-24-00-00/2013-PonenciaEspa%C3%B1a.pdf>

Roxin, C. (1997). *Derecho penal: parte general*. Civitas.

Sánchez, J. (2012). La detención preventiva y los principios procesales. *Revista de Derecho*, 28(2), 1-15.

Scheingold, S. (2004). *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change*. University of Michigan Press.

Tórtora A., H. (2010). Las limitaciones a los derechos fundamentales. *Estudios Constitucionales*, 8(2), 167-200.

Vivas B., T. (2012). *Control al juicio de proporcionalidad de la corte constitucional colombiana*. <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/663/681>

Zaffaroni, E. (2005). *Derecho penal: parte general*. Ediar.