

Test de proporcionalidad un recurso indispensable para los operadores judiciales

LUIS FERNANDO CALDERON RAMIREZ

C.C 1.010.208.564

SERGIO CAMILO RAMIREZ DIAZ

C.C 1.010.207.219

Universidad La Gran Colombia

Facultad Derecho

Técnicas de juicio oral

Tutor: Daniel Barragán

Bogotá D.C

2016

## Resumen

El juicio de proporcionalidad ha dicho la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional, se fundamentan en el principio de igualdad y proporción, en materia penal el operador judicial y el titular de la acción suele utilizar un test de proporcionalidad teniendo en cuenta la situación fáctica, comportamiento del procesado y una proyección de una posible conducta del imputado con el objetivo de que a la persona involucrada frente a las decisiones tomadas y que se ve envuelta en la iniciación de un procedimiento en el cual pueda concluir con la restricción de su libertad de locomoción o una eventual detención preventiva, el mismo estado pueda garantizar la protección de sus derechos fundamentales como el de la libertad de locomoción.

En el sistema penal acusatorio Ley 906 de 2004 se tiene como referencia para su estricta aplicabilidad los siguientes principios rectores a favor de las partes en el proceso: concentración, contradicción, defensa, dignidad humana, doble instancia, gratuidad, igualdad, imparcialidad, inmediatez, integración, intimidad, lealtad, legalidad, libertad, oralidad, presunción de inocencia, prevalencia, publicidad, restablecimiento de derechos, proporcionalidad, entre otros, el siguiente artículo tiene como objetivo analizar la manera en la cual el test de proporcionalidad es un recurso indispensable para los operadores judiciales cuando durante en una de las etapas del proceso con su decisión pueden lesionar el derecho fundamental del procesado.

Palabras Claves: Proporcionalidad; ponderación; libertad, balanza; límites; interpretación; derecho fundamental; constitución, medida de aseguramiento; necesidad; idoneidad; subjetividad.

## Abstract

The trial of proportionality has said the jurisprudence of it honorable Court constitutional, is based in the principle of equality and proportion, in matter criminal the operator judicial and the holder of it action usually use a test of proportionality having in has it situation factual, behavior of the processing and a projection of a possible conduct of the accused with the objective of that to the person involved facing them decisions taken and that is sees wrapped in the initiation a procedure in which can conclude with the restriction of his freedom of

locomotion or a possible preventive detention, the same State can guarantee the protection of their fundamental rights as the freedom of locomotion.

In the system criminal accusatory law 906 of 2004 is has as reference for his strict applicability them following principles guiding in favor of them parts in the process: concentration, contradiction, defense, dignity human, double instance, gratuity, equality, impartiality, immediacy, integration, privacy, loyalty, legality, freedom, orality, presumption of innocence, prevalence, advertising, restoration of rights, proportionality, between others, the following article has as objective analyze the way in which the test of proportionality is a resource essential for them operators judicial when during in an of the stages of the process with his decision can injure the right fundamental of the processing.

**Key words:** proportionality; weighting; freedom; balance; limits; interpretation; right key; Constitution; measure of assurance; need; suitability; subjectivity.

## **Introducción**

El test de proporcionalidad se define como “La conformidad de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí, la ponderación es la consideración peso y cuidado entre dos puntos que se contraponen” (Nuñez, 2011) pero la ley colombiana ha implementado el test de ponderación para la solución de conflictos que pueden tener aspectos adversos, opuestos y complejos a los derechos fundamentales de la persona en cual recae la decisión, conforme a esto la ponderación es una forma de resolver la incompatibilidad entre normas, por lo cual el principio de ponderación está incluido en nuestra constitución dentro del principio de concordancia que es utilizada en la interpretación constitucional cuando en un caso concreto se observa una aparente tensión de los preceptos constitucionales.

En efecto, la utilización del test de proporcionalidad presupone un conflicto o una colisión entre derechos fundamentales y hay siempre razones en pugna, intereses en suma, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión, pero siempre hay que tener en cuenta el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; podemos aclarar que si bien es importante para dilucidar que es un medio de solución de conflictos, desembocará en el triunfo de alguno, según sea el caso en concreto.

Después de definir proporcionalidad podemos decir que es un principio general de rango constitucional que tiene como función controlar todo acto de los poderes públicos en los que pueden verse lesionados por decisión jurisdiccional algunos derechos fundamentales, la función constitucional test de proporcionalidad es velar por la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales precisando el contenido y los límites de las disposiciones de la constitución a través de la interpretación jurídica y de la teoría de la argumentación de mostrativa que para el materia penal está en cabeza del titular de la acción y responsabilidad del operador judicial para decretarla. Entonces podemos deducir que si la función recae en la utilización del test de proporcionalidad el cual legitima la acción estatal, entonces se debe determinar el peso y la medida contenida instrumentos o herramientas normativas positivizadas dentro de la ley de procedimiento penal, para disminuir o evitar así que el ciudadano se convierta en un mero objeto o destinatario de la intervención judicial pública.

Sin embargo existen varias finalidades que se convierten en el objetivo de la implementación del test de proporcionalidad, como por ejemplo en la teoría brindar más objetividad en la

solución del caso, protección de los fines constitucionales, creando e insertando herramientas que pueden contribuir con una función garantista delegada por mandato constitucional, planteando un procedimiento más claro donde se rijan por reglas que admitan una aplicación racional, la determinación del peso de un derecho o principio graduando, su afectación por medio de premisas certeras, brindar ayuda para la determinación y decisión de la argumentación apropiada para cada caso.

De acuerdo a esta premisa, podemos inferir que el test de proporcionalidad es un medio por el cual podemos solucionar conflictos entre derechos que tienen naturaleza de fundamentales y constitucionales discordantes entre sí en una situación determinada, como el caso de la violación de un derechos fundamentales al privilegiar otros derechos importantes como el de la seguridad pública, de esta situación en concreto podemos inferir la problemática de ¿Cómo el test de proporcionalidad es un recurso indispensable para los operadores jurídicos, cuando se presenta una posible violación de los derechos fundamentales de los indiciados?.

Considerando las diversas situaciones que se presentan continuamente durante el proceso penal, daremos una explicación en general del test de proporcionalidad describiendo sus pasos, particularidades, características, requisitos normativos, también cuando dentro del proceso penal, más concretamente en la solicitud de medida de aseguramiento, se confronten diversos derechos fundamentales, que pueden prevalecer uno sobre otro como la protección del bien común a la seguridad pública, cuando la decisión sea desfavorable al procesado teniendo en cuenta su nivel de peligrosidad argumentando y soportando las acciones de los órganos de justicia ante el posible daño que este sujeto causo o podría causar a la sociedad o a la misma víctima porque debido estos consideramos que puede haber asidero a un posible debate entre los medios de control de las instituciones públicas y los sujetos sospechosos de conductas lesivas a la sociedad en general.

El objetivo general de este ensayo es identificar los aspectos y fundamentos constitucionales principales del test de proporcionalidad, cuando dentro del proceso penal se presente una posible decisión que lesione el derecho fundamental a la locomoción del procesado, consideramos relevante conocer a cuales son las características y como debe ser su aplicación por medio del cual el juez designado por reparto resuelve una colisión entre valores, objetivos, intereses y/o principios constitucionalmente protegidos.

La utilización del test de proporcionalidad se puede llevar a cabo de distintas maneras, es decir, puede consistir en un método más o menos estructurado, con criterios analíticos más o menos precisos para cada paso del método y, por supuesto, con parámetros analíticos que difieren en cuanto a su contenido y su intensidad (Corte constitucional 2012); Después de inferir en algunos puntos sobre el test de proporcionalidad, como opera, porque opera, que debe tener un caso en concreto para que este, pueda tener validez jurídica en la ponderación, con otro derecho de rango constitucional al cual este puede vulnerar debido a las opciones que puedan tener alguna de las partes dentro del proceso penal como lo es el indiciado, nos permitimos pasar a otros escenarios que trataremos en este ensayo.

En el ensayo explicaremos las características a cerca del test ponderación enfocando en la argumentación de la pregunta problema, analizar una posible vulneración de un derecho fundamental, el cual aparentemente puede ser considerarse una decisión inconstitucional, pero está legitimado por el ordenamiento jurídico en la garantía de la seguridad pública y la justicia aspectos que debemos proteger en un sociedad social de derecho, aclarar concretamente los pasos del test de proporcionalidad recalando el examen de proporcionalidad en sentido estricto considerando previamente a estos sub principios algunos aspectos que son importantes resaltar; Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación, Determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad, determinación de la finalidad del tratamiento diferente objetivo y en fin procederemos a determinar la intervención consiste en una restricción o limitación de derechos subjetivos orientada a la consecución de un fin del poder público.

En tanto supone una relación finalista, la intervención del legislador aparece como opción legislativa, un medio del que aquél se sirve para la obtención de un fin, además el paradigma constitucional considera relevante el principio de igualdad en cuando se refiere la intervención de los derechos del indiciado, la intervención en el principio de igualdad puede presentar diferentes grados o intensidades. Ello puede conceptualmente representarse en una escala de tres niveles (Intensidad grave, Intensidad media e Intensidad leve) El fin del tratamiento diferenciado comprende dos aspectos que deben ser distinguidos: objetivo y fin.

El objetivo es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado.

La finalidad o fin viene a ser el derecho, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo. La finalidad justifica normativamente la legitimidad del objetivo del tratamiento diferenciado.

Examinar principios de idoneidad, necesidad y de Proporcionalidad en cualquier caso en concreto donde se presente un conflicto normativo entre distintos derechos fundamentales, el tema test de proporcionalidad genera discusiones por ende intentaremos contextualizar aspectos que podemos inferir en el test de ponderación.

El primero en la idoneidad consiste en el análisis y observación del caso en concreto como lo es la solicitud de medida de aseguramiento, es adecuado para ser resuelto, puesto que presenta una aparente tensión o contradicción de derechos fundamentales, es decir la medida restrictiva de un derecho fundamental deba ser adecuada para el fin propuesto constitucionalmente legítimo, entonces la legitimidad constitucional del objeto en que recae la acción para el análisis en la aplicación del test de proporcionalidad, para que una medida no busque privilegiar un derecho sobre otro, la adecuación de la medida examinada debe tener algún tipo de relación fáctica en el objeto que se propone, es decir debe contribuir de alguna manera a la protección de otro derecho de otro bien jurídico relevante.

El segundo aspecto a examinar es la necesidad de revisar que no haya o exista otra forma de resolver el caso concreto, es decir que el test de proporcionalidad sea utilizado como ultima ratio, por eso se tiene que buscar que toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objeto propuesto, debemos resaltar del test de proporcionalidad es la relación de medio a medio comparando ente si, el resultado de la relación del caso concreto sea por la restricción de un derecho y la afectación del otro; entonces de la comparación entre dos intensidades o grados, el de la realización del fin de la medida examinada y de la afectación del derecho fundamental mediante el cual esta consiste en el análisis de observar si el caso en concreto es adecuado para ser resuelto puesto el que presenta una aparente tensión o contradicción de derechos fundamentales, es decir la medida restrictiva de un derecho fundamental deba ser adecuada para el fin propuesto constitucionalmente legítimo.

El test de proporcionalidad examina tres aspectos idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto.

El ensayo nos introduce a desarrollar el test de proporcionalidad en diversas etapas por las cuales trataremos de exponer, la definición de aspectos claves como la ponderación de normas en conflicto, violación de derechos fundamentales nos servirá para identificar la importancia de la aplicación del test de proporcionalidad.

Al parecer el límite se encuentra en cuanto la aplicabilidad del test daña al bien jurídico de mayor valor en cuanto se hizo y aplico erróneamente, el mencionado test nos ayuda a evaluar el grado de afectación de los derechos fundamentales en un caso en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a la afectación que colisiona a un principio, valor, derecho y norma colisionados, pero desde la vista de quien se tuvo que afectar su bien jurídico, análogamente este tipo de pasos son concordantes con el fin de fundamentar el desarrollo del test de proporcionalidad con la violación de un derecho fundamental de un posible indiciado y como el aparato judicial puede intervenir con el fin del test de proporcionalidad, aclarando la ayuda que este presen imposición de una medida de aseguramiento.

Intentaremos argumentar este complejo tema desarrollando los pasos e interpretando los posibles conflictos normativos que se desarrollan en la práctica del test de proporcionalidad, por ende los conflictos normativos son claves en nuestra investigación para construir argumentos propios, que nos aclaren los conceptos que engloben la temática del test de proporcionalidad para alcanzar una interpretación sobre la pregunta problema la cual consiste en saber ¿cómo el test de proporcionalidad es un recurso indispensable para los operadores jurídicos cuando se presenta una posible violación de los derechos fundamentales de los indiciados?

No podremos deducir con certeza la solución de una posible controversia entre un derecho fundamental el cual una acción en la que recae una persona afectando el bien jurídico de otro, en la etapa de solicitud e imposición de la medida de aseguramiento puede ser violatorio de los derechos fundamentales de la persona que esté siendo procesada la cual presuntamente ejerció un daño a la sociedad por los actos antijurídicos, típicos y culpables que realizó por lo cual fue requerido por las instituciones judiciales.



## Discusión

El principio de proporcionalidad en estricto sentido debe someterse a una interpretación constitucional, como primera medida para la aplicación en materia penal tenemos que remitirnos al artículo 1 de la constitución política de Colombia de 1991:

ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

El artículo 4 de este mismo estatuto, consagra a “la carta política como norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.” (Asamblea Nacional Constituyente , 1991)

Y el número 5 el cual señala que el “estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.” (Asamblea Nacional Constituyente , 1991)

Pero la normativa que protege y da creación por vía de interpretación a este derecho también está enmarcada en los artículos 91 el cual aduce que “en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Al igual que el artículo 92 donde el constituyente afirmó que “cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas.” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Es decir determino que es responsabilidad de las autoridades las extralimitaciones de las funciones públicas, y para terminar el artículo 214 dispone el requisito de proporcionalidad de las medidas durante los estados de excepción.

Ahora bien, el Código Penal Ley 599 de 2000 establece en su artículo 3 la proporcionalidad como principio para la imposición de la pena o de la medida de seguridad, soportado también el artículo 12 de la Constitución Nacional el cual dictamina que nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

La corte constitucional a través de su amplia jurisprudencia ha estipulado la proporcionalidad como:

(...) Una directiva no explícitamente positivizada en la Carta Política. Desde un punto de vista abstracto, la proporcionalidad es un concepto relacional cuya aplicación busca colocar dos magnitudes en relación de equilibrio. El concepto de la proporcionalidad remite a la relación de equilibrio entre distintos pares de conceptos, como supuesto de hecho y consecuencia jurídica, afectación y defensa, ataque y reacción. Históricamente la proporcionalidad se ha asociado a conceptos e imágenes como la balanza, la regla o el equilibrio. (Corte Constitucional, 2002, M.P Manuel Jose Cepeda Espinoza).

Esto quiere decir que la definición de proporcionalidad está incluida dentro de las disposiciones constitucionales, convirtiéndolas en un principio para todas las actuaciones judiciales en el territorio colombiano, en estricto sentido, el Principio de Proporcionalidad es una forma de interpretación constitucional la cual busca prohibir el exceso y el defecto en relación con las facultades del poder público cuando se manipulen temas de derechos fundamentales y la protección de las actuaciones de las autoridades para el cumplimiento de los fines del estado.

El juicio de proporcionalidad es una herramienta argumentativa que necesariamente contiene dentro de sí exigencias de racionalidad de medios y de fines, al momento que como consecuencia de una actividad estatal, se vean involucrados los derechos fundamentales de las personas.

En materia penal se da aplicación a este presupuesto constitucional en múltiples situaciones que persisten dentro del desarrollo de un proceso, más aun cuando como resultado del mismo se dé el posible derrocamiento de la presunción de inocencia y esto conlleve a la restricción del derecho fundamental de locomoción de la persona enjuiciada, pero previo a ello, existen diferentes etapas del proceso, sobre todo en su parte preliminar, como en las solicitudes u

órdenes de captura, solicitudes de allanamiento, solicitud de medida de aseguramiento, las cuales se encuentran arraigadas con los derechos fundamentales de los procesados.

Es necesario señalar que en sede judicial, el Juez de la república está en la obligación de aplicar la proporcionalidad como un derecho fundamental o principio rector tanto en las actuaciones procedimentales como en las sustanciales, dado que la imposición de una pena o en su defecto una medida de aseguramiento presupone la afectación directa de los derechos fundamentales del procesado, no pueden eludir la exigencia de tener estos presupuestos constitucionales de interpretación del principio como parámetros normativos en sus decisiones, más aun cuando “La aplicación del principio de proporcionalidad está anclada a una concepción conflictivista de los derechos fundamentales, que los concibe como principios o mandatos de optimación.” (ALEXY, 1993, pág. 81).

Quiere decir esto que estos derechos, pueden entrar en colisión con otras normas del sistema jurídico, por lo que es necesario realizar una ponderación que permita solucionar este conflicto normativo.

El consejo de estado ha manifestado como concepto de la proporcionalidad en derecho penal lo siguiente:

En el derecho penal, la proporcionalidad regula las relaciones entre diversas instituciones, como entre la gravedad de la conducta punible y la sanción penal a imponer por su comisión, entre las causales de justificación y la posible eximente de punibilidad, entre las causales de agravación o atenuación y la graduación de la pena, o entre la magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente a fijar por el juez (...) (Consejo de Estado, 2011)

Estamos de acuerdo con este concepto, en el derecho penal la proporcionalidad es una lucha de instituciones que debaten sobre los derechos fundamentales de los involucrados directa o indirectamente al proceso, durante todo el recorrido hasta su finalización el derecho penal debe utilizar de una forma idónea el test de proporcionalidad en más de una ocasión, de una forma objetiva para ponderar o visualizar una balanza que no se encuentre desequilibrada.

Es indispensable un manejo adecuado del principio de la proporcionalidad, como máxima interpretación que evita el desequilibrio, la desmesura o el exceso en el ejercicio del poder público y más en materia penal.

Es preciso señalar que existe una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación, la primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o por el contrario se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto

Para hablar un poco sobre su ámbito de aplicación, no solo existe un solo método de ponderación, se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia que se trate por ejemplo, cuando se analiza si una medida policiva es desproporcionada, la comparación se efectúa generalmente, entre la gravedad de las circunstancias, de un lado, la magnitud con la cual la medida afecta los intereses constitucionalmente protegidos.

En el juicio de razonabilidad, cuando este incluye un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, la comparación se realiza usualmente entre los fines y las medidas estatales, de un lado y la afectación de los intereses protegidos por derechos constitucionales.

Para darle aplicabilidad al test de proporcionalidad dentro de nuestro proceso penal colombiano, es necesario situarnos dentro de una eventual solicitud de medida de aseguramiento, la cual recae en cabeza del titular de la acción penal que para todos los casos será la Fiscalía General de La Nación, el funcionario judicial en un inicio debe tener en cuenta al momento de solicitar la detención preventiva, la situación actual del indiciado, una vez este funcionario llega al punto del proceso donde tiene que tomar esta decisión, dentro de su ejercicio profesional estudiará el motivo por el cual se realiza el requerimiento ante el juez de control de garantías, no sin antes pasar por un camino de índole valorativo y probatorio, con el fin de determinar si esta cumple con una finalidad constitucional necesaria, adecuada y proporcional en estricto sentido.

Las medidas de aseguramiento y en especial la detención preventiva, deben ser asumidas por los funcionarios judiciales como figuras que proceden en circunstancias particulares y extraordinarias. Es decir, en nuestro ordenamiento jurídico la regla general debe ser mantener

en total libertad a los procesados por la comisión de una conducta punible, mientras esperan el desarrollo y los resultados de un juicio.

De la misma manera, para asegurar el carácter necesario de la detención preventiva y de otras medidas privativas del derecho fundamental a la libertad, la ley 1760 de 2015, modificada por la ley 1786 de 2016 establece:

Parágrafo 2. Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita pruebe, ante el Juez de Control de Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento. (Congreso de la Republica de Colombia, 2015).

Dentro del abanico de posibilidades el fiscal deberá tener en cuenta las contempladas por el legislador en el artículo 307 del Código de Procedimiento Penal Ley 600 del 2000, teniendo en cuenta el principio de *homine et libertatis* y escoger la menos lesiva para el derecho fundamental a la libertad del indiciado.

Pero ¿Es necesario que la proporcionalidad como derecho fundamental se tenga en cuenta como un factor de protección de las garantías individuales como las del procesado antes que la protección de un bien común como lo es por ejemplo la seguridad pública?

Es necesario comprender que todos los habitantes del territorio nacional estamos sometidos a un estado social de derecho y a pesar de que el deber de satisfacer las necesidades populares este en cabeza del estado, este organismo debe velar y garantizar que dentro del desarrollo de sus políticas no contraríen las disposiciones constitucionales.

Este examen de proporcionalidad al momento de solicitar la medida de aseguramiento, como ya bien se señaló, debe estar direccionado a cumplir las disposiciones contenidas en el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, entre estas como funciones y obligaciones propias de este ente judicial, asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y por supuesto la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.

Para la utilización de este recurso, el fiscal deberá tener en cuenta ciertos aspectos:

1. Su idoneidad, la cual deberá ser el determinador para concluir si esta es apta para lograr las finalidades constitucionales previstas.
2. Su necesidad, la cual va ligada a la eficacia siempre y cuando no exista otro medio menos lesivo para los derechos del procesado.
3. Su proporcionalidad, que dentro de las disposiciones o clases de medida de aseguramiento la que va ser de selección por parte del fiscal, esta sea la menos lesiva para el sujeto procesado. Es decir que cumpla con los fines constitucionales pero que no supere en proporción de lo justo en relación al derecho de la libertad del procesado.

Es necesario resaltar que estos aspectos se evalúan sin tener en cuenta la gravedad de los hechos o situaciones fácticas presuntamente constitutivas de delito, ni tampoco por la tipicidad o particularidad de la conducta punible, de considerarse, se debe dar una interpretación sistemática de la norma.

La aplicabilidad del test de proporcionalidad tiene como finalidad reducir o eliminar las detenciones arbitrarias, las cuales afectan los derechos fundamentales contemplados en los tratados internacionales ratificados por Colombia mediante el bloque de constitucionalidad como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, además de las disposiciones ya incluidas dentro de nuestra carta política.

Antes de descubrir cuáles son los pasos que hacen parte de este test de proporcionalidad al momento de la solicitud de medida de aseguramiento, es necesario resaltar que es deber del Juez de Control de Garantías velar por que se cumplan estas finalidades constitucionales he impartir su aprobación para la aplicabilidad de la medida al procesado, con esto se quiere decir que la aplicación de este test está en manos tanto de la Fiscalía General de la Nación como del director del proceso penal.

El test de proporcionalidad que debe hacer el titular de la acción penal al momento de solicitar la medida de aseguramiento es el siguiente:

- 1) Desde la siguiente premisa: La medida de aseguramiento persigue una finalidad constitucional las cuales pueden llegar a ser: la comparecencia del imputado al proceso penal, conservar la prueba y evitar la obstrucción de la justicia y/o garantizar la protección de la comunidad o de las víctimas.
- 2) Luego de determinar este primer aspecto, el funcionario judicial u operador judicial ponderando la situación actual del procesado (Incluso sus antecedentes judiciales) determinará si la medida es idónea para alcanzar esa finalidad constitucional, para lo cual deberá resolver la siguiente pregunta ¿La medida es útil y adecuada para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima que persigue?
- 3) Pero no podemos dejar atrás los derechos fundamentales del indiciado, para esto se debe plantear dentro de este ejercicio más que reflexivo profesional, si la medida es necesaria para alcanzar esta finalidad específica y tener en cuenta cual es la menos lesiva para el indiciado y no suficiente con lo anterior se debe plantear lo siguiente ¿La medida puede ser remplazada por un medio alternativo menos lesivo para el indiciado?
- 4) Al ser evaluadas todas las medidas de aseguramiento que se encuentran contempladas dentro del artículo 307 de la ley 906 de 2004, proceder con la más idónea y menos lesiva para el caso en concreto el titular de la acción penal podrá solicitar argumental y probatoriamente la posibilidad de aplicar esta figura jurídica al procesado.

Desde nuestro punto de vista este método tiende a ser un poco subjetivista en el sentido que necesariamente se deja permear de las sensaciones y emociones que puedan llegar a tener los funcionarios públicos al momento de aplicar este test de proporcionalidad, es claro que la forma de llegar a una conclusión en este sentido se encuentra sistematizada y tiende a tener un tinte objetivo que prevalecen y mimetizan la percepción subjetiva del asunto y si nos vamos al literal de la norma ampliamente las medidas de seguridad que no son privativas de la libertad superan a las que necesariamente restringen la libertad de locomoción del indiciado, el sistema judicial es imperfecto y la ponderación de la imposición de esta medida pese a que en su definición es abstracta debe tenerse en cuenta la situación del indiciado.

Para los jueces de control de garantías y de más designados en los casos de jurisdicción especial, es necesario que de la misma manera apliquen el test de proporcionalidad para el

decreto o no de la medida de aseguramiento, en sentencia 695 de 2013 la corte constitucional ha manifestado que el concepto a través de la jurisprudencia se ha mantenido como:

“Instrumento hermenéutico que permite establecer si determinada medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso concreto que se analiza.” (Corte Constitucional, 2013, M.P Nilson Pinilla Pinilla)

El primer aspecto que el juez debe tener en cuenta es la finalidad de la medida, él debe verificar si en efecto persigue un objetivo legítimo a la luz de la constitución nacional, en el siguiente entendido:

Se acepta entonces que:

El objetivo de esta prevención es contribuir no sólo al cumplimiento de la sentencia condenatoria, como materialización del ejercicio del ius puniendi estatal, sino también a garantizar la justicia, como derecho que le es propio tanto a las víctimas de las conductas objeto de sanción penal, como a la sociedad en general, interesada en conservar el orden y la convivencia, mediante la materialización de los fines perseguidos por la pena. (Corte Constitucional, 2013, M.P Nilson Pinilla Pinilla).

El siguiente paso es indagar por la idoneidad de la medida para alcanzar el objetivo propuesto, y es curioso como este es uno de los pocos casos en que, por excepción, le es permitido al juez adelantarse en estudio de los efectos previsibles de la aplicación de la norma acusada, al respecto la corte constitucional en sentencia la corte señaló:

Debe resaltarse que la norma constitucional del artículo 28 y las legales que desarrollan el instituto de las medidas de aseguramiento no implican posibilidad de abuso de la autoridad judicial competente, pues ésta, al tenor de la Carta, debe estar fundada en motivos previamente definidos en la ley. Tales motivos, según las normas acusadas, son los indicios graves de responsabilidad que existan en contra del sindicado. (Corte Constitucional, 1994)

El juez debe tener en cuenta que la finalidad del legislador con la creación de la imposición de la medida de aseguramiento es la garantía del cumplimiento efectivo de la sentencia, y debe decretarse “ (...) cuando se pueda inferir razonablemente que el imputado, además de ser autor



o participe de la conducta investigada pueda entre otro supuesto, tratar de eludir su cumplimiento (...)” (Congreso de la Republica, 2004)

Lo complicado de la aplicabilidad del test de proporcionalidad tanto para el operador judicial como el titular de la acción penal radica en la distinción de lo genérico y lo específico, puesto que conduce al problema de los métodos para su aplicación, es decir, un uso general, no técnico, del concepto de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, prescinde de un método para su aplicación.

La relación de equilibrio entre dos magnitudes, instituciones, conductas, etc. Se establece en forma intuitiva, conectada muchas veces a un juicio de grado, los dos funcionarios públicos señalados anteriormente concluyen que por ejemplo la imposición de la medida de aseguramiento, es un acto proporcionado, desproporcionado, leve, entre otras lo que conlleva para nuestro caso la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juricidad de las actuaciones en que ha incurrido el procesado constitutivas de delito.

### **Conclusiones**

Con base en el presente artículo se puede entender que las decisiones que afecten los derechos fundamentales de los indiciados no pueden ser automáticas, deben respetarse las garantías constitucionales y legales realizando un test de proporcionalidad el cual es indispensable para los operadores judiciales y los titulares de la acción penal.

Las decisiones judiciales en las etapas preliminares del proceso penal definidas por la ley 906 de 2004 tienen que defender los fines constitucionales, sin que este exceda de una manera amplia y arbitraria los derechos de los procesados.

Desde su inicio, al tratar de descubrir esos aspectos básicos y conceptuales de lo que jurídicamente podemos llamar como test de proporcionalidad, pudimos inferir que para enmarcar la proporción dentro de un derecho fundamental como quiera que en un estado social de derecho las instituciones gubernamentales garantizan las necesidades de cada uno de los ciudadanos, debe realizarse una interpretación a los artículos 4, 5, 91, 92 y 214 de la carta política para llegar a tal fin, una vez identificada esta garantía constitucional, la propia guardiana de estos derechos macros, menciona que el test de proporcionalidad es una figura

abstracta, la cual no se encuentra positivizada pero que aun así, se debe tener en cuenta en la ejecución de cada una de las medidas coercitivas del estado en cada una de sus ramas jurisdiccionales.

En materia penal existen dos instancias dentro del proceso que la utilización del test de proporcionalidad es de estricto cumplimiento la primera es al momento de la imposición de la medida de aseguramiento facultativa en su solicitud por el titular de la acción penal, que mientras no se determine lo contrario será la para todos los casos la Fiscalía General de la Nación y al momento de condenar al sujeto procesado, para lo primero le compete el juez de control de garantías y para el segundo el juez de conocimiento, para el caso que nos atañe en esta investigación nos quisimos centrar en la medida de aseguramiento que busca la detención preventiva del sujeto procesado, con la finalidad del cumplimiento de los fines constitucionales del estado y logramos dar una respuesta uno de los objetivos propuestos, que fue demostrar la importancia de la aplicación de este test de proporcionalidad por parte del operador judicial cuando la ley le da esta oportunidad.

Podemos concluir que es primordial que se dé la aplicación del test de proporcionalidad tanto por parte del titular de la acción penal como del operador judicial, puesto que el sujeto que está siendo procesado no deja de ser persona o ciudadano por el simple hecho de estar siendo investigado, en la balanza judicial tanto el cómo la sociedad deben tener las mismas garantías con el fin de que no se altere este equilibrio que por momento se ve inclinada más hacia el poder económico e institucional del mismo estado, el derecho a la libertad es un derecho constitucional que se encuentra enmarcado en el artículo 28 de la carta política y debe ser respetado como tal, es de señalar que la imposición de la medida de aseguramiento busca la restricción total o parcial del derecho a la libertad de locomoción del procesado y surge una responsabilidad de cuidado por parte de los dos sujetos que hacen parte del componente judicial para determinar su solicitud y posterior aprobación, el sistema de procedimiento penal no es un sistema perfecto, es un sistema que dadas las circunstancias o de los hechos, puede dejarse permeable de sensaciones o emociones que puedan tergiversar la objetividad del mismo, es por eso que consideramos que dejar estas disposiciones a interpretaciones abstractas, pues así lo dice la misma corte constitucional, y no estar positivizadas dentro de todo el ordenamiento, puede tornarse altamente lesivo para el procesado, puesto que es una de las pocas excepciones dentro del proceso penal donde el juez debe analizar más allá e implementar juicios de valor en una eventual responsabilidad penal, dejándose influenciar por pruebas que aunque no tienen

un peso mayor a las practicadas en el juicio oral, lo encaminan a hacerse una idea de un perfil en la conducta del procesado.

### Bibliografía

- ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Asamblea Nacional Constituyente . (1991). *CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA*.  
Obtenido de Artículo 4:  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
- Asamblea Nacional Constituyente . (1991). *Contitucion Politica*. Obtenido de Artículo 5:  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitucion Politica de Colombia*. Obtenido de Artículo 1: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Contitucion Politica*. Obtenido de Artículo 92:  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Corte Constitucional*. Obtenido de Artículo 92:  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
- Colombia.Congreso de la Republica. (2004). *Ley 906 -Codigo de Procedimiento Penal*.  
Bogota D.C,.
- Colombia,Congreso de la Republica. (2015). *"Por medio de la cual se modifica parcialmente la ley 906 de 2004 en relacion con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad"*. Bogota D.C: Gaceta Oficial .
- Colombia.Consejo de Estado. (2011). *Sentencia del 25 de Julio, 1997- 07200..*
- Colombia.Corte Constitucional. (1994). *Sentencia C-106.*, M.P Jose Gregorio Hernandez Galindo.

Colombia.Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C-916.*, M.P Manuel Jose Cepeda Espinoza.

Colombia.Corte Constitucional. (2013). *Sentencia C-695.* Bogota D.C, M.P Nilson Pinilla Pinilla.

Núñez, G. (2011). *Gesetnes*. Obtenido de <https://gesetnes.wordpress.com/2011/10/09/analisis-al-test-de-proporcionalidad/>