

FLAGRANCIA EN EL DERECHO PENAL, AMBIENTAL Y DISCIPLINARIO COMO
MANIFESTACIONES PROPIAS DEL DERECHO SANCIONATORIO.

MAYVI DIANA MORENO BERNAL

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
DIRECCIÓN DE POSGRADOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO SANCIONATORIO
BOGOTÁ
2015

FLAGRANCIA EN EL DERECHO PENAL, AMBIENTAL Y DISCIPLINARIO COMO MANIFESTACIONES PROPIAS DEL DERECHO SANCIONATORIO.

Por: **MAYVI DIANA MORENO BERNAL**

Resumen

Partiendo del concepto y la historia de la flagrancia, y haciendo mención a varios pronunciamientos que ha hecho la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema, se hará un análisis de la situación fáctica y jurídica del desarrollo que ha tenido la flagrancia en tres áreas que son típicas manifestaciones del Derecho Sancionatorio, comenzando por el Derecho Penal como el referente más completo en su significado y aplicación, para luego aterrizar en el Derecho Ambiental el cual implemento la figura a partir del año 2009, finalizando con el Derecho Disciplinario Régimen General Ley 734 de 2002 y el Especial de las Fuerzas Militares Ley 836 de 2003, concluyendo con una comparación de los principales aspectos de la flagrancia en estas ramas del Derecho, que tan cotidianos son los casos de flagrancia en estos ámbitos y que tan útil es para el Derecho Ambiental y para el Derecho Disciplinario que se mantenga esta figura conforme al propósito de cada procedimiento.

Palabras Claves. Flagrancia, Derecho Sancionatorio, Derecho Penal, Derecho Ambiental, Derecho Disciplinario, detención, medidas preventivas, procedimiento verbal.

FLAGRANCY IN CRIMINAL LAW, ENVIRONMENTAL AND DISCIPLINARY AS YOUR REPRESENTATIONS OF PUNITIVE LAW

Abstract

Starting from the concept and flagrancy history, and with the reference to various statements the doctrine and jurisprudence on the subject has made, it will make an analysis of the factual and legal situation of the development that has taken In three areas that are typical manifestation of the punitive law, beginning by criminal law as the most complete reference in its meaning and application, before landing in environmental law which implement the figure form 2009, and finally the disciplinary Law 734 of 2002 and special Military Law 836 of 2003, concluding with a comparasion of key aspects of flagrancy in these areas of Law, how everyday are cases of flagrante delicto in these areas and how useful it is for environmental law and disciplinary law that this figure in maintained according to the purpose of each procedure.

Keywords. Flagrancy, punitive law, criminal law, environmental law, disciplinary law, preventive, measures, oral proceedings

Introducción

La Constitución Política de 1991 estableció en el artículo 32, que la flagrancia es una de las formas de sorprender a un delincuente en la comisión de un delito, otorgándole dicha atribución tanto a las autoridades como a los particulares, siendo una transcripción casi literal del artículo 24 de la Constitución Colombiana de 1886, donde la única diferencia es que allí se hablaba de conductas *in fraganti*. En su entender, el Constituyente de 1991 argumentó que la flagrancia es una garantía de la libertad personal, pues es la única excepción a que se coarte a una persona en su derecho fundamental, sin contar con una orden judicial por parte de autoridad competente, en concordancia con lo establecido en el artículo 301 del actual Código de Procedimiento Penal Colombiano. Sin embargo, no solo la comisión de un delito puede determinar que una conducta sea flagrante, ya que como lo estudiaremos en el presente artículo, en el ordenamiento jurídico colombiano se ha ido utilizando la figura de la flagrancia en otras áreas específicamente en aquellas que conforman el Derecho Sancionatorio, y que hace que surjan inquietudes respecto al concepto y límite que la Constitución de 1991 le otorga a la flagrancia como forma de determinar la ocurrencia de un delito.

En el procedimiento sancionatorio ambiental, a partir del 21 de julio de 2009 se implementa la figura de la flagrancia, como una potestad de la autoridad ambiental para imponer medidas cautelares y preventivas frente a quien sorprendiere causando daños al medio ambiente, a los recursos naturales o violando disposición que favorecen el medio ambiente. Este es el precedente más significativo en materia sancionatoria, pues son los sujetos usuarios del medio ambiente y de los recursos naturales renovables quienes de manera manifiesta a la percepción de cualquier otra persona afectan el normal funcionamiento de los ecosistemas como derecho colectivo, y por lo tanto requiere la inmediata intervención de la autoridad para evitar la continuidad de sus efectos así como una pronta sanción a los infractores.

En materia disciplinaria, la figura de la flagrancia se acogió para definir un trato especial en cuanto al procedimiento aplicable entendiéndose procedimiento Verbal en el Régimen General y procedimiento Abreviado para las Fuerzas Militares. Sin embargo el término en esta materia no

cuenta con una definición propia que sea aplicable a la esencia de las conductas que afecten el deber funcional, como tampoco cuenta con un procedimiento establecido en el caso de estar frente a una conducta flagrante, inquietudes que llevaron a realizar un análisis de cada uno de los procedimientos sancionatorios en cuanto a su aplicación, su utilidad y la necesidad de mantener dicha figura como medio para identificar las conductas atentatorias de la función pública y de derechos colectivos como el medio ambiente.

Flagrancia. Concepto e historia.

La palabra flagrante proviene del latín *Flagrans – antis* que significa ardor. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española (2002, 721) en su vigésima segunda edición, define el vocablo proveniente del verbo flagrar que significa que arde o resplandece como el fuego, que se está ejecutando actualmente, o que en el mismo momento se está cometiendo un delito, sin que el autor haya podido huir. Es decir una conducta toscamente visible, atrayente y que genera rechazo inmediato para los que la observan.

Sobre el tema, se encuentra la publicación del año 2013 en <http://auladerecho.blogspot.com.co/2013/07/la-flagrancia.html>, donde se menciona que “La flagrancia se relaciona con la percepción sensorial directa de un tercero que observa la realización de un ilícito. Al referirse a tercera persona puede ser la víctima de un hecho, un testigo directo, e inclusive el individuo que, participando en el ilícito, lo señala como responsable, dándose la inmediatez temporal (aprehensión cerca al lugar de los hechos) y personal (percepción mediante los sentidos) como requisitos básicos de la flagrancia”.

De dicha concepción surgen varios interrogantes ¿Cómo cumplir con el requisito de inmediatez temporal - aprehensión propia del derecho penal, en el Derecho Disciplinario y Derecho Ambiental? ¿No aplicaría dicho requisito o concepto de flagrancia en estas áreas? o

definitivamente ¿la doctrina debería considerar renovar votos y ampliar el concepto y requisitos de la flagrancia para que sea aplicable en estas dos áreas que forman parte del Derecho Sancionatorio?

Al indagar el significado de la palabra flagrancia, este se remite principalmente al Derecho Penal, concebido como aquel delito que se está ejecutando actualmente o en ese preciso instante (el hecho aún arde o resplandece).

La flagrancia se constituye desde tiempos pretoritos con los inicios de la civilización y de la aparición de los delitos. La Universidad de San Martín de Porres de Lima Perú publicó en el año 2011 trabajo de investigación “La flagrancia en el nuevo proceso penal” Lima - 2011, allí se hace un recuento de los antecedentes históricos, mencionando en su orden primero el código laico de Hammurabi en el siglo XVII A.C, primer código legal de la historia, trató las figuras delictuales y entre ellas las formas de ser sorprendido en la comisión del mismo, refiriéndose principalmente a los “hechos flagrantes” como merecedores de pena (pág. 8).

En China ante un delito cometido en flagrancia se establecían penas inmediatas, considerando la intención y el móvil del delito, las cuales iban desde la amputación de la nariz y orejas, obturación de los orificios del cuerpo, incisiones de los ojos, hasta la pena de muerte (pág. 8).

De la India se conoce el Código de Manu que establecía que las penas se presentaban ante la flagrancia del delito, por lo que eran procesos cortos y con sanción inmediata (pág. 9).

En las instituciones de Gayo escritas en el siglo II en Roma se señala:

El robo flagrante, según algunos, es el robo en el que el ladrón es cogido en el hecho. Otros van más lejos; este sería cuando el ladrón es cogido en el lugar del robo; por ejemplo: si se ha robado olivas en un olivar, uvas en una viña, mientras el ladrón está en el olivar o en la viña; si el robo es cometido en una casa, mientras el ladrón está en la

casa. Otros más lejos aún: lo sería también en el lugar en que el ladrón se llevara lo que tenía intención de llevarse. Otras van aún más lejos: bastaría que el ladrón haya sido visto con la cosa en la mano (Javier Núñez de Prado “Gayo Instituciones Jurídicas” año 1965. página 131 y ss.)

El Derecho Romano es la primera referencia al delito flagrante en la historia, se conocía como *manifestum* siendo castigado con la pena más alta en razón a la evidencia de la culpabilidad y al manifiesto espíritu de venganza (U.S.M.P.-Lima Perú-2011. pág. 9).

La sanción del robo flagrante en virtud de la Ley de las Doce Tablas era una sanción que alcanzaba a la persona como recibir azotes, el hombre libre culpable de robo en flagrancia era adjudicado a su víctima; mientras que la sanción del robo no flagrante estaba fijada por la ley de las Doce Tablas al doble (...) es más exacto no definir el robo sino por su naturaleza; pues la ley no puede más hacer flagrante un robo que no lo es que declarar ladrón a un hombre que no ha cometido ningún robo, que adúltero u homicida a quien no haya cometido ni adulterio ni asesinato. Todo lo que la ley puede hacer es castigar con la pena referente al robo, al adulterio o al homicidio (Núñez de Prado. año 1965. página 131 y ss.)

En el año 1215 con la expedición de la Carta Magna, se reguló la detención, limitando el poder del monarca y prevaleciendo la concepción de que no se podía detener a nadie si no se contaba con orden de autoridad competente, estableciendo normas mínimas sobre la libertad personal. Ya en la edad contemporánea el referente para el concepto de flagrancia es el Derecho Europeo, cuando se afirma que las leyes de enjuiciamiento criminal autorizaban a cualquier persona particular a proceder al arresto del delincuente sorprendido *in fraganti* o en forma cuasi flagrante, con la obligación inmediata de poner al reo en manos de la autoridad competente. (U.S.M.P. 2011. págs. 14 y 16).

Se concluye de la Historia como lo menciona Osvaldo Garrido Muñoz en su obra publicada en <http://www.monografias.com/trabajos81/flagrancia-comision-delito/flagrancia-comision-delito2.shtml> que “la naturaleza jurídica de la detención por flagrancia es una medida cautelar personal consistente en la conculcación del derecho de la libertad individual por parte de un

tercero en razón a haber sido sorprendido en la comisión de delito que habilite su detención sin orden de funcionario competente y ser presentado ante autoridad jurisdiccional”.

La doctrina también se ha referido al concepto, María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle en su libro “Derecho Procesal Chileno Tomo I, de la Editorial Jurídica de Chile-2002, señalan que “la flagrancia es una forma de detención que por regla general se practicará en lugares y recintos de libre acceso al público o en recintos cerrados por conducto de la policía”.

Rubén Romero Muza en su libro “Control de identidad y detención” Editorial Librotecnia, expresa que “los criterios que definen la flagrancia son evidencia e inmediatez o conceptos similares los de ostensibilidad y coetaneidad o inmediatez. Así el sujeto es detenido in fraganti cuando está cometiendo ahora mismo el delito o cuando solo ha transcurrido un instante desde que lo cometió...”

Oswaldo Javier Garrido Muñoz al presentar su trabajo de “flagrancia en la comisión de un delito” año 2010. hace mención a que la detención en flagrancia debe tener como soporte la Seguridad Jurídica, el Derecho y la Tutela Jurisdiccional; hace referencia a la Seguridad Jurídica como la búsqueda de las condiciones para la mayor y mejor satisfacción de las necesidades con pleno respeto de los derechos de las demás personas; El Derecho como conjunto de normas y principios que regular la actuación de los individuos y que establece los procedimientos de las actuaciones, y la Tutela Jurisdiccional órgano que propende por la validación del respeto de las garantías constitucionales y legales resolviendo de una manera definitiva e inalterable las infracciones que se susciten en el orden temporal y que tengan relevancia jurídica.

De los pocos escritores que hacen referencia a la flagrancia como un concepto más amplio, aplicable a otras áreas distinta a la Penal aunque sea en una mínima intención, es Montserrat de Hoyos Sancho, docente de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid quien publicó un

trabajo de “análisis comparado de la situación de flagrancia” Derecho (Valdivia) dic 2001, en este artículo hace referencia al concepto procesal, como “situación fáctica que permite la limitación de derechos y libertades fundamentales en cuestiones diversas, a situaciones que incluso conforman el presupuesto de diferentes actuaciones”. Llama la atención su concepto de que “evidencia del delito” no es lo mismo que “flagrancia”, sus significados no coinciden, la flagrancia es una de las modalidades de la evidencia. Al hacer mención del Derecho Italiano, manifiesta que lo decisivo es la percepción de la comisión del “delito” por un tercero, por lo que concluye que para constatar una comisión flagrante no es que una persona “actualmente se encontrare cometiendo el delito o que acabare de cometerlo, sino que un tercero pudiera percibir tal perpetración a través de los sentidos bien de la totalidad o de una parte del proceso delictual”.

En Colombia, ha sido una figura de desarrollo Constitucional (artículo 32 CP.), legal y jurisprudencial, todas orientadas a un concepto penal. La Corte Constitucional en sentencia C-024 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero ha dicho al respecto que:

En términos generales, el concepto de flagrancia se refiere a aquellas situaciones en donde una persona es sorprendida y capturada en el momento de cometer un hecho punible o cuando es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible (...) dos son entonces los requisitos fundamentales que concurren a la formación conceptual de la flagrancia, en primer término la actualidad, esto es la presencia de las personas en el momento de la realización del hecho o momentos después, percatándose de él y en segundo término la identificación o por lo menos individualización del autor del hecho. Para la Corte Constitucional “tampoco puede ser considerada flagrancia cuando la persona es reconocida al momento de cometer el delito pero es capturada mucho tiempo después. En efecto, lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial de la libertad en los casos de flagrancia es la inmediatez de los hechos delictivos y la premura que debe tener la respuesta que hace imposible la obtención previa de la orden judicial (...)”

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha variado sus apreciaciones conforme ha ido cambiando la normatividad penal, en principio la Sala de Casación Penal- Auto 01 de diciembre de 1987 considero que “la flagrancia debe entenderse como una evidencia procesal, derivada de la oportunidad que han tenido una o varias personas de presenciar la realización del hecho o al delincuente con objetos, instrumentos o huellas que indiquen fundadamente su participación en el hecho”

Luego para el año de 1993 en sentencia del 9 de septiembre de 1993. M.P. Juan Manuel Torres Fresneda, considero que “la flagrancia podía darse independientemente de la captura o de la aprehensión material del autor o partcipe, bastaba la simple identificación o individualización en el momento de la realización delictiva”. Esta sentencia tuvo salvamento de voto por los Doctores Edgar Saavedra Rojas y Ricardo Calvete Rangel quienes argumentaron que:

pretender que la flagrancia se estructura solo con el sorprendimiento de una persona en el momento en que comete el delito, sin captura, seria ampliar el concepto a limites no previstos en la Carta Política (único concepto valido para la flagrancia) y que podría dar lugar a excesos, arbitrariedad y desconocimiento del principio constitucional, porque bastaría que una persona o grupo de personas dijeran haber visto a alguien cuando realizaba un delito, para que mucho tiempo después se pudiera operar la captura sin orden escrita de autoridad judicial...(...) cuando una persona es vista cometiendo una actividad ilícita y no es capturada en ese momento o en los inmediatamente subsiguientes, bajo ninguna circunstancia y para ningún efecto procesal puede ser considerada situación en flagrancia (...).

Hoy en día y por ponencia del Dr. Julio Socha Salamanca en sentencia 25136 del 30 de noviembre de 2006 de la Sala de Casación Penal, la teoría según la cual “era perfectamente viable que se presentara el fenómeno de la flagrancia, entendida como evidencia procesal, sin su correlativo de la captura como consecuencia, ya no es predicable, toda vez que de acuerdo con la Ley 906 de 2004 en todos los eventos posibles de la flagrancia esta inescindiblemente ligada la captura.”

Hasta acá abordado el tema de la flagrancia, es necesario conceptualizar el Derecho Sancionatorio y su relación con este tópico en nuestra legislación.

Derecho Sancionatorio.

Sus inicios datan del Derecho Romano, como la rama del Derecho que estudia las sanciones, eximentes, atenuantes, faltas y delitos que se imponen a los sujetos de derecho. El docente Fernando Jesús Torres Manrique en su trabajo "Derecho Sancionador en Perú" 2009 concluye que "La sanción aparece primero en la historia y siglos más tarde el Derecho Sancionador como disciplina que permite llegar al castigo".

Los antecedentes dan cuenta que la potestad sancionadora al nacer como poder autónomo de la administración no tuvo límites, siendo un derecho carente de garantías y arbitrario, situación que perduró hasta la época del constitucionalismo en el siglo XIX donde se trató de limitar el poder del Estado, pero aun desprovisto de integración normativa, lo que generó que en algunos casos las sanciones fueran a mutuo propio establecidas por la administración sin un procedimiento legal que fuera de conocimiento de los administrados.

En Colombia el Derecho Sancionatorio toma fuerza a partir de la concepción constitucional de Estado Social de Derecho como principio de organización política y procura de bienestar social, donde lo importante es la garantía de los derechos del ciudadano y el cumplimiento de los fines estatales por parte de las autoridades, lo que generó un agregado a las funciones propias de la administración para poder cumplir la realización de tales fines. La Corte Constitucional en Sentencia C- 818 de 2005 MP Dr. Rodrigo Escobar Gil, debate que

Es innegable que a través del Derecho Administrativo Sancionador se pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no solo repruebe sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Se trata en esencia, de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas.

En ocasiones es insuficiente la sola penalización de las conductas, pues se requiere la acción de reprensión del Estado frente a sus funcionarios y a la puesta en marcha del deber de vigilancia, ante el incremento de acciones contrarias a los principios y deberes establecidos en la Constitución y demás normas que rigen la función pública.

Así lo dijo la Corte Constitucional en sentencia C-595 de 2010 M.P Jorge Iván Palacio Palacio:

La potestad sancionatoria administrativa es una clara manifestación del ius puniendi del Estado. Éste comprende diversas disciplinas o especies como el Derecho Penal, el Derecho contravencional, el Derecho correccional, el Derecho de juzgamiento político - impeachment- el Derecho disciplinario o correctivo de la función pública entre otros. Dentro de esos otros hay espacio para el Derecho ambiental, como disciplina del Estado que contempla acciones de reprensión frente al incumplimiento de los mandatos que protegen los bienes jurídicos del medio ambiente y de los recursos naturales.

Si bien el Derecho Penal hace parte de la potestad sancionatoria del Estado, “este presenta un mayor grado de afectación de los intereses jurídicamente protegidos que daría lugar a la privación de la libertad. No ocurre lo mismo con la potestad sancionatoria administrativa al buscar primordialmente garantizar la organización, el funcionamiento de la Administración, y cumplir los cometidos estatales que descartan la imposición de sanciones privativas de la libertad.

Vale la pena mencionar a la escritora española Patricia Villasana Rangel que en su obra “Principios Generales de la Potestad Sancionatoria” afirma que “el hecho de que se haya incorporado la potestad sancionatoria de la administración al ordenamiento jurídico, no significa que se prohíba que la administración sancione, sino que las sanciones en áreas como el derecho disciplinario no sean de privación de la libertad”. ¿Cuál sería entonces la razón de contemplar la flagrancia cuyo significado principal es el de detención, en el Derecho Disciplinario y en el Derecho Ambiental?

Pues bien, de los antecedentes históricos y conceptos lanzados por ilustrados en el tema, se concluye que desde los inicios de los códigos, se orientó el concepto de flagrancia a la percepción que podía tener un tercero de la ejecución actual de un delito y como consecuencia del rechazo, la detención de quien lo cometiere, lo cual en principio limita a que se pueda hablar del tema en otras áreas del Derecho Sancionatorio distinta al Derecho Penal, aún más cuando se indica que como requisitos para su realización o para que se pueda hablar de flagrancia se de una inmediatez temporal la cual lía la aprehensión o lo que es lo mismo una medida cautelar personal que por excelencia será la detención, convirtiendo a la flagrancia erróneamente en un sinónimo de privación de la libertad, medida que se encuentra prohibida en el escenario del Derecho Disciplinario y del Derecho Ambiental .

Pasaremos a indagar por el significado en el Derecho Penal, específicamente en la normatividad colombiana, con el fin de establecer la finalidad para la cual fue contemplada la figura de la flagrancia en este ordenamiento y ultimar si es factible que se extienda a otras áreas del Derecho Sancionatorio.

Flagrancia en el Derecho Penal

La flagrancia en el Derecho Penal tiene que ver con la inmediatez del delito. La importancia de esta figura radica por un lado, en la captura del sujeto activo de la conducta criminal consumada o por concluirse, por otro en la propia demostración de culpabilidad sin necesidad de un extenso debate probatorio, y en la excepción de tener que cumplir con procedimientos policiales con la finalidad de evitar que el delito se consuma.

Es una figura penal de rango constitucional, pues el artículo 32 de la Carta Política de Colombia señala:

El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador.

Y el artículo 186 que menciona “De los delitos que cometan los congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención. En caso de flagrante delito deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma corporación”. Se habla de figura penal, pues la literalidad del texto no permite su aplicación en otras áreas del Derecho y desde allí se da la posibilidad que cualquier persona realice la aprehensión de quien estuviere cometiendo un delito o lo hubiere acabado de cometer.

Normativamente, se encuentra descrita en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) así:

Artículo 301 Ley 906 de 2004 (artículo modificado por el art. 57 de la Ley 1453 de 2011)

Se entiende que hay flagrancia cuando:

1. La persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito
2. La persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o cuando fuere señalado por la

victima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración.

3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito o de haber participado en él”.

4. La persona es sorprendida o individualizada en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente después.

La misma regla operará si la grabación del dispositivo de video se realiza en un lugar privado con consentimiento de la persona o personas que residan en el mismo.

5. La persona se encuentre en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que aparezca fundadamente que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible.

Parágrafo. La persona que incurra en las causales anteriores solo tendrá $\frac{1}{4}$ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

Es evidente que en los cuatro primeros casos, el elemento común es la aprehensión o captura, ratificando así que la sola percepción de la acción delictiva no determina la flagrancia.

En la misma línea la Corte Constitucional en sentencia C-237 de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería ha dicho:

(...) la excepción al principio de reserva judicial basado en la flagrancia, para la privación de la libertad, implica que un delincuente sea aprehendido en el momento en que está ejecutando una conducta punible o cuando es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, que permita inferir fundadamente que se cometió una conducta punible.

En estos eventos no será indispensable un mandamiento escrito de autoridad judicial competente. Sin embargo, es necesario que la persona capturada en flagrancia sea conducida ante un juez. Por consiguiente la posibilidad de captura sin el cumplimiento de la reserva judicial, no puede ir desvinculada de la flagrancia. En este orden de ideas, debe

afirmarse que **la flagrancia trae consigo la captura inmediata y ante la ausencia de ésta no es acertado hablar de flagrancia**”. (Negrilla fuera de texto)

En nuestro país es frecuente escuchar noticias de casos de flagrancia y sus consecuentes capturas, realizadas en su mayoría, por no decir que en todos los casos, por funcionarios con facultades de policía judicial, bajo un procedimiento previamente establecido por la ley donde se indican términos, elementos materiales probatorios recolectados, derechos del aprehendido o capturado entre otros, que permiten que sean acciones con respaldo jurídico normativo y por lo tanto gocen de legalidad. Es tan clara su definición y procedimiento inclusive desde la anterior norma procesal (Ley 600 de 2000) que a pesar de las objeciones de algunos ciudadanos, el articulado ha sido declarado exequible y por lo tanto acorde a lo preceptuado en la Constitución en concepto y garantías de derechos fundamentales.

Finalmente, es incuestionable que desde la consagración constitucional hasta la jurisprudencia, la flagrancia en materia penal significa haber realizado una aprehensión o captura cumpliendo con ciertas formalidades que serán evaluadas por un juez, para evitar que termine como un procedimiento ilegal que vulnere derechos tan importantes como la libertad.

Flagrancia en el Procedimiento Sancionatorio Ambiental

El Derecho Ambiental es el conjunto de normas que hacen parte del Derecho administrativo sancionatorio, tendientes a preservar o mejorar el medio ambiente. “El procedimiento sancionatorio ambiental se caracteriza por tener una estructura particular en la que no está presente un tercero que tome una decisión imparcial, sino que es la misma administración la que ejerce control y posteriormente asume una función correctiva que le faculta para investigar y sancionar a los infractores de las normas ambientales. Esto exige que haya unos elementos

procesales que deben respetarse para evitar violación de garantías fundamentales” (Salazar B, & Castellanos J.C. 2015).

El desarrollo legislativo sobre el tema data desde la Ley 23 de 1973, que consagro en el artículo 18 la facultad para la administración de imponer sanciones por infracción ambiental pero no contempló el procedimiento a seguir; posteriormente el Decreto – Ley 2811 de 1974 estipulo el deber de sancionar las conductas que atenten contra el buen uso de los recursos naturales renovables, sin embargo también omitió reglamentar el procedimiento para la imposición de las sanciones. Posteriormente la Ley 99 de 1993 intento unificar el procedimiento para la imposición de sanciones por infracción ambiental al remitir al Decreto 1594 de 1984 pero siguieron vigentes los procedimientos establecidos en normas especiales. Hasta ese momento el inicio del proceso sancionatorio administrativo se daba por queja o de oficio, desconociendo casos evidentes o de flagrancia y obvio sin un procedimiento unificado, establecido para estos casos.

“Con la expedición de la Ley 1333 de 2009 se estableció el procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones ambientales, es decir, que recogió los procedimientos especiales que se encontraban dispersos de tal forma que el único procedimiento sancionatorio ambiental valido para la imposición de sanciones a partir del 21 de julio de 2009 era el consagrado en dicha ley. Sin embargo a partir de la Ley 1437 de 2011 el procedimiento sancionatorio tuvo algunas modificaciones y hoy en día se requiere integrar las dos normas para agotar requisitos y exigencias de este trámite administrativo” (Revista facultad de derecho y ciencias políticas Vol. 43 Medellín. 2013 Págs. 446-447).

Actualmente, la denuncia, la queja o la flagrancia, son las formas que tiene la administración para conocer de la infracción a la norma o la ocurrencia de un daño a los bienes jurídicos relacionados con el medio ambiente, lo cual daría inicio a la actuación sancionatoria del Estado a través de Investigaciones de carácter previo o formal o la aplicación de medidas preventivas para evitar que se ponga en peligro o que se continúe cometiendo daños al ambiente.

En el Boletín 151 del observatorio legislativo del Instituto de Ciencia Política de Colombia se establece que “En casos de flagrancia, la autoridad ambiental debe imponer medidas cautelares y –de requerirse– medidas preventivas inmediatas, así como levantar un acta en la que se

expliquen las motivaciones de las medidas, la cual debe ser legalizada mediante un acto administrativo”, así lo establece la actual normatividad:

Ley 1333 de 2009

(...)

ARTÍCULO 14. CUANDO UN AGENTE SEA SORPRENDIDO EN FLAGRANCIA. Cuando un agente sea sorprendido en flagrancia causando daños al medio ambiente, a los recursos naturales o violando disposición que favorecen el medio ambiente sin que medie ninguna permisión de las autoridades ambientales competentes, la autoridad ambiental impondrá medidas cautelares que garanticen la presencia del agente durante el proceso sancionatorio.

ARTÍCULO 15. PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS EN CASO DE FLAGRANCIA. En los eventos de flagrancia que requieran la imposición de una medida preventiva en el lugar y ocurrencia de los hechos, se procederá a levantar un acta en la cual constarán los motivos que la justifican; la autoridad que la impone; lugar, fecha y hora de su fijación; funcionario competente, persona, proyecto, obra o actividad a la cual se impone la medida preventiva. El acta será suscrita por el presunto infractor o, si se rehusare a hacerlo, se hará firmar por un testigo. En el caso de que no sea factible la firma del acta por parte del presunto infractor o de un testigo, bastará con la sola suscripción por parte del funcionario encargado del asunto. De lo anterior deberá dejar la constancia respectiva. El acta deberá ser legalizada a través de un acto administrativo en donde se establecerán condiciones de las medidas preventivas impuestas, en un término no mayor a tres días.

Se entiende que el hecho que debe comprobarse para la imposición de la medida, se encuentra acreditado, de igual modo debe dejarse constancia en el acta de los motivos que justifican la decisión, lo que requiere la recolección de elementos probatorios como registros fílmicos o fotográficos, entrevistas, declaraciones, elementos objeto de decomiso, etc., que posteriormente deberán introducirse de modo oportuno por parte de la autoridad en el procedimiento

sancionatorio y que estarán sujetos a contradicción en la etapa de la práctica de las pruebas. Conforme el artículo 15 de la Ley 1333 de 2009, en caso de flagrancia se procederá a recibir descargos, lo que implica que no se desarrollen durante el proceso etapas como la apertura de Investigación o la formulación de cargos.

“En casos de flagrancia la interpretación dada al artículo 15 de la ley de procedimiento sancionatorio ambiental, induce a que en el acta que justifique la imposición de medidas preventivas, se le haga saber al presunto infractor el cargo por el cual podrá ser investigado y por lo tanto la posibilidad de contradecir tal acusación superando así vacíos y violaciones al debido proceso, al presunto infractor... se le debe proporcionar la posibilidad de contrainterrogar a los peritos o testigos técnicos, tanto en los aspectos propios de los informes que hayan presentado, como sobre la idoneidad, el conocimiento y la preparación de los mismos, así como sobre las técnicas empleadas, y si son o no propicias y aceptadas por la comunidad científica, etc. Lo propio se debe decir del contrainterrogatorio a los sujetos de la autoridad que, por ejemplo, atendieron una flagrancia, como en el caso de la policía de carreteras, que en ocasiones le corresponde detener vehículos que transportan madera sin el permiso correspondiente en este caso, es pertinente y se garantiza el derecho de defensa, al otorgarle la posibilidad a la defensa del presunto infractor, de preguntar sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar, demás aspectos de los cuales tenga conocimiento directo, como el diligenciamiento de actas, la autenticación de las mismas, por solo mencionar algunas cuestiones” (Salazar B, & Castellanos J.C. (2015). pág. 58.

La Finalidad del procedimiento sancionatorio del Derecho Ambiental es evitar que los daños que se le ocasionen al medio ambiente queden desprovistos de una sanción oportuna y ejemplarizante. Para el Juez – Estado, que en ejercicio de su potestad sancionatoria garantice a los administrados derechos fundamentales como el debido proceso.

Pues bien, como aspecto positivo de la ley vigente en materia sancionatoria ambiental, está la inclusión de la figura de la flagrancia, lejos de todo parecido a su concepto en materia penal, delimitada y con fines propios que la hacen posible frente a situaciones reales y cotidianas.

Es común en nuestro país, la inobservancia por parte de los administrados de las obligaciones y deberes frente al cuidado y preservación del medio ambiente, máxime cuando las Industrias ahorran esfuerzos por implementar políticas y procedimientos que impidan la contaminación y daños al mismo. En casos tan notorios y evidentes a la vista humana como ejemplo el caso presentando en el año 2012 en las aguas del parque Nacional Natural Gorgona Resolución No. 003 del 31 de diciembre de 2012, donde funcionarios del mismo parque encontraron a una persona con más de 200 anzuelos calados en las aguas del parque, se hace necesaria la figura de la flagrancia, por lo que con base a lo establecido en la Ley 1333 de 2009, al ser una conducta flagrante impusieron de inmediato el decomiso temporal de los elementos de pesca, como medida preventiva, la cual fue definitiva en fallo sancionatorio, concluyendo que la medida tomada fue efectiva y evito un daño al ecosistema.

De no contemplarse la figura de la flagrancia en esta materia, aun existirían hechos contaminantes y desafiantes para la naturaleza que no tendrían siquiera el inicio de una indagación, si contra ellos no obrara queja o si el Estado de oficio aún no se hubiere percatado de la ocurrencia de las mismas.

Sin embargo, surgen inquietudes frente a su procedimiento en esta materia. De la lectura de los artículos 14 y 15 de la Ley 1333 de 2009, se infiere que quien puede sorprender en flagrancia a un infractor de las normas ambientales es la “autoridad” limitándola en el primer artículo en referencia a la “autoridad ambiental” concordante con el artículo 2 ibídem que hace mención literal de las autoridades que tienen la facultad a prevención, lo cual no es efectivo con lo que se busca al aplicar la flagrancia, pues se pierde el significado de percepción sensorial directa de un tercero que observa la realización de un ilícito, sin que a ese tercero se le dé una calidad especial, pues las violaciones “flagrantes” pueden ser percibidas por cualquier persona y para ello no se requiere estudios o disertaciones de expertos. Si lo que pretendía la norma era garantizar derechos fundamentales y debido proceso de los infractores, el funcionario lo que mejor podría hacer, sería informar a quien sea competente o dar inicio a la actuación administrativa de oficio,

ordenando medidas preventivas para mitigar los efectos nocivos de la vulneración o para prevenir su realización y no asumirlo como un caso de flagrancia.

Los artículos en comento, deberían ampliar este concepto de autoridad, y permitir que los particulares que sean testigos de una conducta contraria a la conservación del medio ambiente, pudieran tomar algún tipo de acción temporal para evitar la materialización o continuidad de la conducta violatoria, estableciendo límites y términos para que el particular ponga en conocimiento las infracciones ante cualquier autoridad “la más cercana”, para que sea quien de legalidad a las acciones preventivas y proceda a informar a la autoridad competente en caso de que no tenga la competencia si quiera para proferir medidas preventivas.

La necesidad de dar cabida a la flagrancia en el procedimiento sancionatorio del Derecho Ambiental, es porque las conductas que se buscan mitigar en este campo del Derecho, son en su mayoría notorias a la vista de cualquier persona, tienen efectos nocivos que en casi todos los casos, alteran el ecosistema en general y como consecuencia el resultado de violación de derechos fundamentales de toda una sociedad, por lo que permitir sancionar conductas flagrantes de forma inmediata, garantizaría la prevalencia del interés general.

Flagrancia en el Derecho Disciplinario

La Corte Constitucional en Sentencia C-417 de 1993 Magistrado Ponente. DR. José Gregorio Hernández Galindo, definió al Derecho Disciplinario como “una rama esencial al funcionamiento del Estado enderezado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, las faltas, las sanciones correspondientes y los procedimientos para aplicarlas”. El Derecho Disciplinario unificado en la Ley 734 de 2002 se reconoce como una especie del Derecho Sancionatorio, donde se hacen exigibles todas las garantías que rodean al Investigado. Si bien comparte elementos comunes a

otros regímenes sancionatorios como el Penal, cuenta con características y fines propios que hacen que su aplicación y estudio sea diferencial. El Estado como titular de esa potestad disciplinaria necesaria para el adecuado cumplimiento de las funciones y realización de los fines, faculta a los entes públicos a sancionar a sus propios funcionarios y a la Fuerza Pública a que tenga un régimen disciplinario especial de acuerdo a la misma especialidad de sus funciones.

Partiendo de esta introducción, es menester pasar al tema que nos interesa y es la flagrancia en este tipo de Derecho Sancionatorio.

Procedimiento Verbal Disciplinario

“El proceso verbal es un procedimiento especial creado por el legislador para imprimirle mayor celeridad al trámite de los procesos disciplinarios; por ello concibió esta herramienta legal y dinámica que permitiera dar respuesta oportuna a la sociedad cuando aún el eco de los efectos de la conducta irregular resuena en la ciudadanía”. Este fue el criterio que inspiró la norma establecida en el actual Código Disciplinario Único según lo informa, Jesualdo Villero Pallares en su obra “El Procedimiento Verbal”. 2007. Pág. 355.

Con ella, se plantearon taxativamente los requisitos establecidos en la ley, para dar lugar a este procedimiento así:

Ley 734 de 2002. Modificado por el artículo 57 de la Ley 1474 de 2011. La nueva norma quedara así:

(...)

Artículo 175. Aplicación del procedimiento verbal. El procedimiento verbal se adelantará contra los servidores públicos en los casos en que el sujeto disciplinable sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que

provengan de la ejecución de la conducta, cuando haya confesión y en todo caso cuando la falta sea leve. (Subrayado fuera de texto)

También se aplicará el procedimiento verbal para las faltas gravísimas contempladas en el artículo 48 numerales 2, 4, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 32, 33, 35, 36, 39, 46, 47, 48, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 62 de esta ley. (Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1076 de 2002);

En los eventos contemplados en los incisos anteriores, se citara a audiencia, en cualquier estado de la actuación hasta antes de proferir pliego de cargos. (Expresión subrayada declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-370 de 2012);

En todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia. (Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-242 de 2010)

La reducción de términos y la oralidad no pueden ser interpretadas como manifestaciones de un procedimiento limitador de garantías y altamente peligroso. No existe la presunción de responsabilidad en este procedimiento, pues aun existiendo confesión o flagrancia es menester que el juez disciplinario valore el material probatorio y determine si existe o no la certeza acerca de la existencia de la falta y la responsabilidad del sujeto disciplinable. Ahora bien de distinguir los eventos en que procede la convocatoria al proceso verbal conforme artículo 175 de la Ley 734 de 2002, es evidente que antes de la citación a audiencia, el funcionario de conocimiento debió haber adelantado indagación preliminar o Investigación disciplinaria, según el caso, excepto en los casos de confesión o flagrancia, pues son estos hechos los soportes de la imputación.

Teniendo claridad sobre el procedimiento aplicable a los casos en que el funcionario sea sorprendido en flagrancia, es oportuno preguntarnos ¿Cuál es el significado de flagrancia en el derecho disciplinario?

El termino flagrancia en el derecho disciplinario colombiano, surge con la expedición de la Ley 734 el 02 de febrero de 2002, pues en la Ley 200 de 1995, norma derogada por el actual Código Disciplinario Único, no existía tal figura, para esa época el procedimiento verbal únicamente procedía para las conductas descritas en el artículo 278 de la Constitución.

Hoy en día la misma Procuraduría reconoce que para referirnos a la flagrancia hay que hacer remisión al Código de Procedimiento Penal, la cual es respaldada por las altas Cortes que en sus sentencias aluden que la flagrancia en materia disciplinaria es aquella definida en el ámbito Penal.

Para ampliar el tema, se traerá textualmente lo consignado por el Instituto de Estudios del Ministerio Público acerca del “Procedimiento Verbal Disciplinario”:

Los términos de flagrancia o cuasiflagrancia, no están definidos en el CDU, por lo que aplicamos el artículo 21 de la misma normatividad que permite para llenar vacíos, remitirse a los ordenamientos allí relacionados, siempre que su aplicación no contravenga la naturaleza del derecho disciplinario. Si la Ley 906 de 2004 introdujo el Nuevo Sistema Penal Acusatorio que es incompatible al Sistema Inquisitivo previsto en el anterior Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000) esta última normatividad sigue aplicándose a delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de la Ley 906 y para otros aspectos, que por resultar compatible con la naturaleza del Derecho Disciplinario y para llenar vacíos, se debe aplicar entonces la Ley 600 de 2000...

El artículo 345 de la Ley 600 de 2000 (Anterior Código de Procedimiento Penal) establece lo siguiente: “Se entiende que hay flagrancia cuando: La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer una conducta punible. La persona es sorprendida e identificada o individualizada al momento de cometer la conducta punible y aprendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho. Es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido una conducta punible o participado en ella” Esta norma antes transcrita regula tanto la flagrancia como la cuasi flagrancia que son casos en los cuales se aplica el Procedimiento Verbal.

Por su parte el Tratadista Diomedes Yate Chinome en su obra “Análisis del Procedimiento Verbal” 2009, hace un análisis del fenómeno jurídico de la flagrancia y de la conclusión a la que llega la Corte Suprema de Justicia frente a la literalidad del artículo 345 de la Ley 600 del 2000:

(...) el concepto de flagrancia en la nueva preceptiva se liga indefectiblemente a la captura... Entonces, a los dos requisitos que han sido establecidos por la jurisprudencia, “uno de carácter objetivo-temporal que es la actualidad, esto es, que una o varias personas, entre las que puede estar la víctima, se encuentren presentes en el momento de la comisión del reato o instantes después y se percaten de él; y otro de naturaleza personal que consiste en la identificación o, por lo menos, la individualización del autor o partícipe” (Casación del 19 de agosto de 1997, M.P. Dr. Córdoba Póveda), se suma ahora la aprehensión en el acto de realización del mismo o en los momentos subsiguientes “por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho. Para poder mantener el termino de flagrancia en el derecho disciplinario, “respetando su naturaleza autónoma, se incurre en flagrancia, sin que se haga necesario la exigencia del tercer elemento de que trata la jurisprudencia, esto es, la aprehensión del sujeto disciplinable (pág. 193).

Si se cumplen los dos primeros presupuestos se podrá afirmar que la persona fue sorprendida en flagrancia, que subsistirá así no se produzca la aprehensión.

Lo curioso es que frente a las dos normas procesales penales que se encuentran vigentes aun la derogada para ciertos casos, se muestran diferentes circunstancias en las que se puede dar la flagrancia, pues la Ley 1453 de 2011 que modifica el articulado 301 de la Ley 906 de 2004, incluye dos situaciones más para considerar que se está ante un caso de flagrancia:

(...) 4 La persona es sorprendida o individualizada en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente después.

La misma regla operará si la grabación del dispositivo de video se realiza en un lugar privado con consentimiento de la persona o personas que residan en el mismo.

5. La persona se encuentre en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que aparezca fundadamente que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible.

Ante este cambio en la Ley 906 de 2004 actual Código de Procedimiento Penal, la Procuraduría en Concepto PAD C-178-2011 del 05 de marzo de 2012, afirmó que

(...) No hay ninguna razón para considerar que el concepto de flagrancia definido en el artículo 57 de la ley 1453 de 2011 (modificatorio del artículo 301 de la Ley 906 de 2004), no sea de recibo en materia disciplinaria...la Ley 600 de 2000 se debe aplicar en cuanto hace a los medios de prueba, lo cual no obsta para acudir a los conceptos jurídicos definidos en otras leyes, incluida la Ley 906. Una cosa es un medio de prueba y otra, muy diferente, es un concepto jurídico. En consecuencia, para el Derecho Disciplinario también hay flagrancia cuando “la persona es sorprendida o individualizada en la comisión de un delito (o conducta constitutiva de falta) en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente después (...).

Se considera apropiada la aclaración respecto a que se puede tener en cuenta las definiciones o conceptos jurídicos que se encuentren en la Ley 906 de 2004, y más para efectos de la flagrancia, donde en la actualidad es tan común hallar en una grabación la prueba de la infracción.

Con todo y los pronunciamientos legales, jurisprudenciales y doctrinales que se han dado frente a la aplicación de la flagrancia en el Derecho Disciplinario, aún quedan varios interrogantes, por mencionar alguno, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia ni mucho menos en la ley, se encuentra una explicación puntual y convincente del porque se puede y se debe asumir el concepto de flagrancia que trae el Derecho Penal en el Derecho Disciplinario, pero parcialmente, condicionado a extraer lo que de allí puede servir para definir si los hechos en los

que se vea involucrado el sujeto disciplinable deben tramitarse como un caso flagrante y por lo tanto sancionados a través de un procedimiento verbal.

No se cuenta con un procedimiento propio que permita establecer garantías frente a lo que se pueda considerar conducta flagrante en materia disciplinaria, como tampoco existen límites para la administración frente a términos y procedimiento, situación distinta ocurre en el Derecho Penal, donde la flagrancia es toda una institución, que cuenta con un esquema y procedimiento previamente definido, lo que ofrece seguridad jurídica a los intervinientes.

Al abordar los regímenes especiales con el fin de identificar si se contempla el uso de esta figura, (no se estudia el Régimen Sancionatorio de la Policía Nacional, pues este aplica el procedimiento de la Ley 734 de 2002 de la cual nos referimos anteriormente), nos encontramos que el Régimen Especial Disciplinario para las Fuerzas Militares Ley 836 de 2003, establece un procedimiento propio en su artículo 173 el cual ordena:

ARTÍCULO 173. PROCEDIMIENTO ABREVIADO. La investigación y sanción de faltas leves, así como aquellas en que el presunto infractor sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta serán adelantados por el procedimiento abreviado indicado a continuación: cuando el superior con atribuciones disciplinarias tenga motivos para considerar que posiblemente se ha incurrido en una falta disciplinaria leve que requiere sanción para encauzar la disciplina militar o haya sorprendido en flagrancia al presunto infractor, procederá a requerir por escrito un informe del presunto responsable, sobre los hechos respectivos indicándole las normas presuntamente infringidas le hará saber los derechos que le asisten y le impondrá un plazo máximo de dos (2) días para que rinda por escrito los descargos respectivos. Contra el requerimiento no procede recurso alguno. Recibida la respuesta al requerimiento se procederá, mediante auto a resolver sobre las pruebas solicitadas o se decretarán las que de oficio se consideren necesarias.

Esta norma, ha generado controversias al interior de la misma Institución, pues algunos consideraban que única y exclusivamente cuando el superior con facultades disciplinarias sorprenda al infractor se entendería que había flagrancia, situación que fue aclarada por el Consejo de Estado en sentencia 2011-00244-00(0857-11) del 22 de agosto de 2013. Consejero Ponente. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren en los siguientes términos:

No tiene asidero alguno este argumento, pues de la lectura del artículo 173 del régimen disciplinario para las Fuerzas Militares, se extrae que hay lugar al proceso abreviado cuando “el presunto infractor sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta”, como sucedió en el sub judice, pero, de esta norma no se colige que es imperativo que en flagrancia deba hallar al infractor el superior con atribuciones disciplinarias como condición sine qua non para asumir dicho trámite, ya que el Ejército Nacional es una organización piramidal, integrado por miles de hombres que obedecen a una línea de mando, y un comandante de unidad táctica -Batallón-, si bien es el superior con atribuciones disciplinarias, para desempeñar su rol de comandante requiere de otros niveles de mando, representados en el comandante de compañía, comandante de pelotón y comandante de escuadra; de ahí que se entienda que la flagrancia percibida por el comandante de escuadra -último en el escalafón de mando- habrá de entenderse advertida por el comandante del Batallón, pues, sería un absurdo y peca contra el sentido común que éste, por el hecho de tener facultades disciplinarias, se le exija el sentido de ubicuidad, es decir, estar al mismo tiempo en todas las partes donde se hallen los hombres bajo su mando en los diversos lugares de su jurisdicción.

La flagrancia tal como se concibe en la Ley 836 de 2003 al igual que en la Ley 734 de 2002, tiene un enfoque meramente procesal, pues en ambos casos incide únicamente en la escogencia del trámite que se debe adelantar, sin que se haga pronunciamiento frente a lo que en si implica una conducta flagrante, que es la observancia de un hecho que afecta el servicio y de las acciones que se podrían tomar para evitar su consumación, la continuidad de la conducta o las medidas cautelares que se podrían tomar frente al resultado ilícito que se haya producido.

A diferencia del procedimiento sancionatorio del Derecho Ambiental, no es muy claro que tan útil sea mantener esta figura en el Derecho Disciplinario y hasta donde se requiera darle un concepto y procedimiento propio que contemple un mínimo de garantías procesales, pues son pocos los casos que de flagrancia en materia disciplinaria se encuentran. La mayoría puede iniciar por una posible flagrancia, pero tienden a fallarse por razones distintas al sorprendimiento del hecho.

Conclusiones

El hecho de que la flagrancia tenga rango constitucional y haga referencia única y exclusivamente a conductas delictuales y a su consecuente aprehensión, limita inmediatamente su sentir en otras áreas, lo que impide tenerla como una figura autónoma en el Derecho Ambiental y en el Derecho Disciplinario. Se debe insistir en la subsidiariedad de la detención, pues pueden existir otras medidas aplicables a otras áreas del Derecho, que impidan que prosiga la lesión del bien jurídico, donde se exija razonabilidad entre la medida y el fin pretendido. Conceptos como el de la Corte Constitucional que sobre flagrancia versa que trae consigo la captura inmediata y ante la ausencia de ésta no es acertado hablar de flagrancia, deben empezar por limitarse al Derecho Penal o cambiar para acoger su aplicación en otras áreas del Derecho especialmente aquellas que se enmarcan dentro del Derecho Sancionatorio.

Tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Ambiental, frente a una conducta flagrante se toman medidas de forma inmediata (detención – medidas preventivas) lo que hace lógico y pertinente el concepto de flagrancia y una acción correspondiente a lo que el término significa. Hecho que no se percibe en el Derecho Disciplinario, pues no se establece una acción que demuestre que la infracción era de tal flagrancia o de tal peligro, que ameritara tomar una medida preventiva frente al servidor público. Como se dijo anteriormente, la flagrancia en el Derecho Disciplinario se convirtió únicamente en una figura que define cual es el procedimiento que se debe aplicar al caso.

Si bien en el procedimiento disciplinario no se espera una captura, si podría aplicarse algún tipo de medida cautelar o preventiva frente a los hechos flagrantes, pues pueden configurarse en conductas continuadas mientras transcurre la Investigación, hecho que no ocurre en el procedimiento sancionatorio del Derecho Ambiental, pues se despoja de las herramientas o se impide que la acción que está afectando o infringiendo las normas ambientales continúe ejecutándose poniendo así, fin a su perpetración.

La flagrancia en el procedimiento sancionatorio del Derecho Ambiental, tiene una razón de ser, prevenir, impedir o evitar la continuación de la ocurrencia de un hecho, la realización de una actividad o la existencia de una situación que atente contra el medio ambiente y sus recursos naturales, asemejándose a la finalidad que tiene en el Derecho Penal (las acciones de los infractores de las normas ambientales van ligadas a estar incurso en la comisión de un delito, tal vez por ello es más razonable que se aplique el tema de la flagrancia en este Derecho Sancionatorio), pero el legislador se quedó corto a la hora de establecer dicha figura en el Derecho Disciplinario, pues es solo una causal más para dar lugar a un procedimiento verbal, o en el caso del Régimen Especial para las Fuerzas Militares un procedimiento abreviado.

Para justificar el procedimiento verbal en el Derecho Disciplinario (art. 175 CDU) y frente a la delgada línea que diferencia las causales de la flagrancia y las causales para formular cargos, el operador disciplinario debería optar por concluir que de los hechos puestos en conocimiento, se dan los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos (que esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del implicado) y no justificarlo en una flagrancia que no tiene una reglamentación clara y que puede ser violatoria de derechos y garantías para los Investigados. “Si esta frente a la flagrancia, es claro que ya allí existe un soporte probatorio suficiente para proferir pliego de cargos, con lo cual el auto de citación a audiencia se asimilará a tal pieza procesal”.

De darse un cambio a la oralidad en el Derecho Disciplinario, podríamos concluir que ipso facto la palabra flagrancia desaparecería del ordenamiento jurídico en esta materia, pues tal como está concebida actualmente es una figura procesal que diferencia el procedimiento ordinario (escrito) al procedimiento verbal.

Se debe entonces promover darle un concepto más amplio a la flagrancia, tal como su definición original lo permite (conducta toscamente visible, atrayente y que genera un rechazo inmediato para los que la observan), para que se adecue a las condiciones sociales actuales, que exigen un Derecho Sancionatorio ágil y efectivo ante circunstancias que al ser notoriamente visibles, se hacen merecedoras de sanción inmediata, siempre bajo las garantías y normas procesales de cada institución.

En este Cuadro comparativo, a grosso modo se hace un recuento de lo que significa la Flagrancia en las tres áreas escogidas en este estudio y como parte del Derecho Sancionatorio, que facilitaran al lector su comprensión y dimensión.

Tabla 1

Comparación del desarrollo de la flagrancia en tres ramas del Derecho Sancionatorio en Colombia

FLAGRANCIA	Derecho Penal	Derecho Ambiental	Derecho Disciplinario
Concepto	Propio	Derecho Penal	Derecho Penal
Normatividad	Art.32 y 186 Constitución Política	Art. 14 y 15 Ley 1333 de 2009	CDU. Art. 175 Ley 734 de 2002
	Art. 345 Ley 600 de 2000		FF.MM. Art. 173 Ley 836 de 2003
	Art. 301 Ley 906 de 2004		
En que se incurre	Delito	Infracción	Falta
Implicaciones Jurídicas	Detención o aprehensión	Medidas cautelares o Medidas preventivas	CDU. Aplicación procedimiento especial – verbal. FF.MM. Aplicación procedimiento Abreviado
Quien puede actuar o poner en conocimiento la conducta flagrante	Cualquier persona	La autoridad ambiental	CDU. Servidor público, o por medio que amerite credibilidad, o por queja formulada por cualquier persona. FF.MM. Superior con atribuciones disciplinarias
Quien decide su existencia	Juez o Fiscal	La administración	La administración

BIBLIOGRAFÍA

- NÚÑEZ DE PRADO, Javier. *Gayo Instituciones Jurídicas*, por editorial Iberia, Barcelona 1965.
- PÉREZ Novoa Claudia. *Libertad personal, detención arbitraria y mecanismos judiciales para su tratamiento*. ESAP 2007
- DE HOYOS SANCHO, Montserrat, *Análisis comparado de la Situación de Flagrancia*. Rev. Derecho (Valdivia) dic 2001. ISSN 0718-0950
- ARCINIEGAS MARTÍNEZ Guillermo Augusto “Policía Judicial y Sistema Acusatorio”. Ediciones Nueva Jurídica ISBN 978-958-98052-7-5 tercera edición Pág. 423.
- SALAZAR B, & CASTELLANOS J.C. (2015). *Aproximación a los aspectos probatorios del procedimiento Sancionatorio Ambiental*. Revista Prolegómenos. Derechos y Valores, 18, 35, 49-65. Bogotá
- VILLERO PALLARES, Jesualdo. “El Procedimiento Verbal”. *Lecciones de Derecho Disciplinario Vol II*. 2007. Pág. 355
- *Procedimiento Administrativo Sancionatorio Ambiental a partir de la vigencia de la Ley 1437 de 2011*. Revista facultad de derecho y ciencias políticas Vol. 43 No. 118. Medellín Colombia Enero – Junio de 2013 ISSN 0120-3886. Págs. 446-447
- Boletín 151 observatorio legislativo del Instituto de Ciencia Política “Procedimiento sancionatorio ambiental”.
- *Diccionario de la Real Academia Española (2002, 721)*
- Resolución No. 003 del 31 de diciembre de 2012. *Parques Naturales*. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible “Por medio de la cual se impone una sanción”
- *Lecciones de Derecho Disciplinario Vol II*. 2007. *Obra Colectiva*. ISBN 978-958-8295-35-0 Pág. 345

- Análisis del Procedimiento Verbal publicado en el texto Lecciones de Derecho Disciplinario Volumen 7 en la página 193.

- Constitución Política de Colombia

- Ley 600 de 2000

- Ley 734 de 2002

- Ley 836 de 2003

- Ley 906 de 2004

- Ley 1333 de 2009

- Ley 1437 de 2011

- Corte Constitucional. Sentencia C-024 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

- Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2010 M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio.

- Corte Constitucional. Sentencia C-237 de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería

- Corte Constitucional. Sentencia C- 818 de 2005 MP Dr. Rodrigo Escobar Gil.

- Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. Auto 01/diciembre/1987.

- Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. Sentencia 9/septiembre/1993.

- Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. Sentencia 30/noviembre/2006.

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal Proceso No. 10567.

- Consejo de Estado. Sentencia 2011-00244-00(0857-11) del 22 de agosto de 2013.

- Auladerecho.blogspot.com.co/2013/07/la-flagrancia.html

- www.monografias.com/trabajos81/flagrancia-comision-delito.shtml Osvaldo Garrido M. Fernando J.Torres Manrique, Derecho Sancionador Perú.

- www.derecho.usmp.edu.pe/doctorado