

## Fausto Enrique Huerta Gutiérrez

Es un abogado, nacido en la ciudad de Pereira, Risaralda, Colombia, egresado de la Universidad Libre de Colombia, especialista en Derecho Administrativo (U. Santo Tomás, sede Bogotá), Magister en Derecho Administrativo (U. Libre de Colombia, Sede Bogotá), y Doctor en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás, sede Tunja.

Se ha desempeñado como abogado litigante, asesor del sector público y privado. Desde hace casi dos décadas se ha dedicado a la docencia siendo invitado a orientar módulos de posgrados en distintas universidades de Colombia (Universidad Santo Tomás, Universidad Libre de Colombia, Universidad La Gran Colombia, Universidad Simón Bolívar, Fundación Universitaria del Área Andina, entre otras). Es Docente Investigador de la Universidad Libre de Colombia, sede Pereira.

Ha publicado otras obras como: “El Acto Administrativo, visión holística” (2009); “El Principio de Precaución Medio Ambiental en el Estado Colombiano” (2012); “Notas Poéticas” (2019); y, “El Control Fiscal en la Urgencia Manifiesta y la Obra Pública” (2022).

ISBN 978-628-7603-38-7



UNIVERSIDAD  
**SANTO TOMÁS**  
TUNJA

Responsabilidad patrimonial del estado por el prófugo inmerecido.  
Una modalidad de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia

Fausto Enrique Huerta Gutiérrez

# RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR EL PRÓFUGO INMERECIDO

Una modalidad de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia

Fausto Enrique Huerta Gutiérrez



UNIVERSIDAD  
**SANTO TOMÁS**  
TUNJA



# **RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR EL PRÓFUGO INMEREcido**

**Una modalidad de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia**

**Fausto Enrique Huerta Gutiérrez**

Responsabilidad patrimonial del estado por el prófugo inmerecido.  
Una modalidad de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia

Autor: Fausto Enrique Huerta Gutiérrez  
Tamaño: 17 x 24 cm 456 páginas.

### **Comité editorial**

**Fr. Álvaro José ARANGO RESTREPO, O.P.**  
Rector

**Fr. José Gregorio HERNÁNDEZ TARAZONA, O.P.**  
Vicerrector Académico

**Fr. Héctor Mauricio VARGAS RODRÍGUEZ, O.P.**  
Vicerrector Administrativo y Financiero

**María Ximena ARIZA GARCÍA**  
Directora Ediciones Usta Tunja

**Sandra Consuelo DÍAZ BELLO**  
Directora Investigación e Innovación

**Juan Carlos CANOLES VÁSQUEZ**  
Director Centro de Recursos para el  
Aprendizaje y la Investigación

Primera edición, 2022

**ISBN:** 978-628-7603-38-7

**Corrección de Estilo:**  
Fr. Ángel María BELTRAN NARANJO, O.P.

**Diagramación:**  
**Grafiboy** - Cel. 310 3047541 - Tunja

Todos los derechos reservados conforme a la ley. Se permite la reproducción citando fuente. El pensamiento que se expresa en esta obra, es exclusiva responsabilidad de los autores y no compromete la ideología de la Universidad Santo Tomás.



*Ediciones Usta*  
*Universidad Santo Tomás*  
*2022*

*Departamento Ediciones Usta Tunja*  
*Universidad Santo Tomás Seccional Tunja*

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982.

## AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, mi eterna gratitud al profesor ANDRÉS RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ Ph.D., modelo de académico e investigador, por sus instrucciones, aportes, dedicación, acompañamiento crítico y constructivo para el desarrollo de este trabajo.

Mi gratitud eterna al hermano putativo, que la hermosa tierra de Boyacá me dio, y la cigüeña no: EDMER LEANDRO LÓPEZ PEÑA Ph.D.

Agradezco a todas y cada una de las personas que me acompañaron con su comprensión generosa y tolerancia infinita, permitiendo que mis pretensiones intelectuales se hicieran realidad; y, por último, a aquellos que soportaron mi ausencia y desplantes, en la época de construcción de este trabajo.





*A mi hija,  
mi hermoso mechón dorado,  
cuya dulzura y sonrisas hacen  
de mi vida un lugar fantástico.*





## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	11
CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	17
PRESENTACIÓN.....	33
<b>CAPÍTULO I</b>	
<i>LA INOBSERVANCIA DEL DERECHO POSITIVO.</i>	
<i>Una mirada a partir del IUS NECESSITATIS.....</i>	36
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>ALGUNAS PROBLEMÁTICAS JURÍDICAS MODERNAS</b>	
Una Mirada desde el Ius Necessitatis.....	66
a. El derecho a la vida y la Eutanasia.....	90
b. Del Derecho al Aborto.....	101
c. De la Reproducción asistida y el alquiler de vientres.....	113
d. De las modificaciones del cuerpo.....	123
e. De la disposición de órganos: Trasplante y donación de órganos.....	132
f. Del reconocimiento de la dosis personal.....	151
<b>CAPÍTULO III</b>	
<b>IUS PUNIENDI Y LA ÚLTIMA RATIO: LA RELACIÓN ENTRE EL ESTADO Y EL SUJETO PUNIBLE.</b>	
Fundamentos.....	158



a. El principio de Necesidad.....	167
b. El deber de observar la estricta legalidad.....	170
c. Principio de culpabilidad.....	174
d. El deber de respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad.....	176

#### **CAPÍTULO IV**

##### **DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA ACTIVIDAD JUDICIAL.**

Aspectos Básicos.....	204
I. Responsabilidad Patrimonial del Estado. Fundamentos e historicidad.....	204
II. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA ACTIVIDAD JUDICIAL. Modalidades.....	231
a. Error jurisdiccional.....	236
b. Privación Injusta de la Libertad.....	245
c. Defectuoso Funcionamiento de la Administración de Justicia.....	250

#### **CAPÍTULO V**

##### **RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA CONDICIÓN DE PRÓFUGO INMEREcido.**

Aproximación teórica.....	256
I. FUNDAMENTOS PRELIMINARES DE APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE PRÓFUGO INMEREcido.....	256
a. El Derecho a la Libertad Personal en el Marco de la Constitución Política.....	258

b. El derecho a la libertad personal y su posibilidad de restricción.....	265
c. Las medidas de aseguramiento Ius Puniendi-frente al Ius Necessitatis.....	283
d. El Estado Prisión, una noción de Estado fallido dentro del marco del Realismo Jurídico.....	289
II. DEL MERECIMIENTO Y EL CASTIGO. APROXIMACIÓN TEÓRICA AL PRÓFUGO INMEREcido.....	336
a. Del merecimiento como fuente del castigo.....	337
b. Naturaleza de prófugo. Criterios justificantes desde la dimensión jurídica.....	353
c. Condición de prófugo inmerecido. Fuente de la responsabilidad del Estado por defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia.....	364
d. DEBER DEL ESTADO DE REPARAR. Tesis de la responsabilidad del Estado por el “ <i>prófugo inmerecido</i> ” .....	371
CONCLUSIONES.....	328
LISTA DE REFERENCIAS.....	397







## INTRODUCCIÓN

Aristóteles planteando la naturaleza política del hombre; y, Hobbes formulando el estado de naturaleza nada alentador para la vida del individuo, dejaron claro en esos extremos teóricos, la necesidad de concebir instituciones para promover el desarrollo individual y colectivo del ser pensante. De allí, que las instituciones sean tomadas, luego de un proceso histórico y conceptual, como elementos esenciales para proyectar y salvaguardar la coexistencia colectiva.

En el Derecho Público, reconociendo del pasado el criterio de autoridad del Estado-Administrador, y a gracia del papel fijado a las instituciones, el Estado se ha delimitado por el discurso práctico de la defensa de las garantías individuales. En palabras de Ronald Dworkin, los derechos fundamentales son triunfos de los más débiles frente a la mayoría. Este principio de delimitación por garantías ha penetrado la mayoría de ordenamientos jurídicos y, en particular, el sistema normativo colombiano.

Dentro del sistema de garantías, los derechos fundamentales cumplen un papel relevante, ya no solo desde el campo retórico, sino práctico jurídico, pues, como mandatos de optimización y correlatos obligacionales, los derechos fundamentales establecen campos de no lesión y de responsabilidad del Estado.





En el ordenamiento jurídico colombiano, y desde el campo de estudio del Derecho Público, la institución de la responsabilidad del Estado, ha sido afectada, positivamente, por este reconocimiento de delimitación y garantías a partir de los derechos fundamentales. Es así que, el Artículo 90 de la Constitución Política, desde la propia noción de “*daño antijurídico*” fija las pautas para concebir en qué casos el Estado debe responder por aquellas lesiones que no están en el deber de soportar las personas causadas por su acción u omisión.

Queda después de evaluar las múltiples situaciones que se han presentado en los Estados, por los cuales la jurisdicción ha emitido sentencias en contra declarando su responsabilidad, estudiar si en la actualidad todavía persiste “*zonas de inmunidad jurisdiccional*”, como lo advertía el maestro español Eduardo García de Enterría, donde persistiendo la lesión de garantías, el Estado no esté siendo declarado responsable.

En el presente trabajo se fija, determina y evalúa, una “*zona de inmunidad jurisdiccional*” en materia de responsabilidad Estatal. Los fundamentos de la realidad que provoca tal escenario están dados en el hecho de una persona asumir la condición de “*prófugo*” dentro de un proceso penal y, una vez terminado éste, su condición se convierte en “*inmerecida*”, “*in-merecimiento*” que genera, y así se construye en el presente trabajo doctoral, la lesión de garantías esenciales que pasan del derecho de libertad e integridad personal en contra-ataque de la potestad sancionatoria Estatal, hasta la defensa del uso contemporáneo del “*ius-necessitatis*”.

La posición de la mayoría de ordenamientos jurídicos, y en particular en Colombia, desde las variadas sentencias del Consejo de Estado, han decantado al “*prófugo*” como un sujeto que merece más que la salvaguarda y protección estatal un castigo ejemplar. Son



variadas las dimensiones que pueden acogerse para fijar posición teórica sobre el “prófugo” y su “in-mercimiento”, en particular, se ha acogido una mirada desde la institución de la responsabilidad estatal, concretando la idea que de llegarse a aceptar el “in-mercimiento” en el “acto de prófugo”, ello debería conducir a declarar la responsabilidad del Estado por *defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia*. Esta determinación del contexto problémico de la tesis, hace que, se deba abordar instituciones, por demás transversales del Derecho Público.

De este contexto surge el siguiente cuestionamiento: *¿Puede concebirse jurídicamente, una noción de “in-mercimiento” en el “acto del prófugo” en el marco de una orden judicial de detención, de ser eso posible, es predicable imputar responsabilidad patrimonial al Estado como una modalidad de defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia?*

La Jurisdicción Contenciosa Administrativa colombiana ha diseñado una línea jurisprudencial entorno a la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la falla de la Administración de Justicia, desconociendo el “prófugo inmercido” como una modalidad más del “defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia” lo que es claramente inconstitucional al desconocer la falla del servicio, el concepto de daño antijurídico, de perjuicio y el deber de indemnizar.

Del problema planteado y para resolverlo, es necesario hacer un estudio de la responsabilidad patrimonial del Estado en general y, específicamente, de la responsabilidad derivada de la actividad de la Administración de Justicia, para determinar si es adecuado y jurídicamente sustentable, la atribución de responsabilidad estatal por los daños ocasionados a las personas que son perseguidas por la justicia, con el fin de hacer efectiva una orden de captura producto de



una medida de aseguramiento privativa de la libertad, y que luego resultan absueltas dentro del proceso penal que originó la medida, tornándose en injusta tal persecución y en inmerecidos los daños padecidos.

De la misma manera, se hará un desarrollo teórico del derecho a la libertad individual, del “*ius necessitatis*”, el daño y su antijuridicidad, la distinción entre Administración de Justicia (Rama Judicial) y sistema penitenciario (Rama Ejecutiva), los derechos del investigado o procesado, el papel de la pena y de las medidas de seguridad, el verdadero concepto de colaboración con la Administración de Justicia, los mecanismos de defensa individual y colectiva contra una agresión injusta (el peligro inminente que representa un centro de reclusión), y los yerros jurídicos y teóricos en que incurre la Jurisdicción Contenciosa Administrativa al resolver los casos planteados característicos de “*prófugo inmerecido*”.

Para ello, se buscará como objetivo general, establecer la responsabilidad patrimonial del Estado a partir de la noción de “*prófugo inmerecido*”, como una modalidad constitutiva de daño antijurídico por defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia.

Con esta finalidad se deberá: i) Analizar la figura del “*ius necessitatis*”, el derecho del Estado a investigar y sancionar los comportamientos delictivos –*ius puniendi*– y la libertad individual; ii) Desarrollar teóricamente la responsabilidad patrimonial del Estado por la actividad de la Administración de Justicia y sus modalidades; iii) Proponer una modalidad más del defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia imputable al Estado denominado “*prófugo inmerecido*”; y, iv) Dejar en evidencia los errores en que viene incurriendo el Consejo de Estado para negar la figura del “*prófugo*”





*inmerecido*”, al descartar un ejercicio legítimo de protección de derechos que permita sustentar válidamente la antijuridicidad del daño sufrido por el subjuice.

El presente texto muestra la realidad jurídica e institucional del Estado en torno a la política criminal respecto a los sujetos que se hallan vinculados a un proceso judicial como investigados –subjuice-, y que son sometidos a la persecución estatal con el único fin de garantizar su comparecencia al juicio, la protección de las víctimas y de la sociedad, utilizándose como herramienta la privación de la libertad, como medida de aseguramiento, constituyéndose en una excepción al Principio de Presunción de Inocencia, causando perjuicios patrimoniales y extra patrimoniales, los cuales se tornan en un verdadero daño antijurídico cuando el proceso termina con sentencia absolutoria. El ordenamiento jurídico actual viene permitiendo a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, vía reparación directa, imputar responsabilidad al Estado por la privación injusta de la libertad, indemnizando aquéllos *sub juice* a quienes fueron privados de manera efectiva de su libertad, para lo cual utilizan como herramienta jurídica, y sustento, los Artículos 90 de la Constitución Política y 68 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), el cual de manera expresa reconoce la responsabilidad del Estado por estos hechos, pero guarda silencio frente a los perjuicios ocasionados a aquellos sujetos que son vinculados al proceso penal como investigados, se les libra orden de captura, son buscados o perseguidos, con el fin de hacer efectiva la medida, y, estos, por considerar injusta la actuación estatal y considerar que se halla en riesgo su vida o integridad personal de ser aprehendidos, emprenden su huida imposibilitando su detención, injusticia que luego se convierte en una realidad cuando el proceso penal en virtud del cual está siendo perseguido el



sujeto termina con una sentencia absolutoria a su favor, y la consecuente cancelación de la orden de captura respectiva, quedando evidenciado un daño irreparable, cierto y real, antijurídico y un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia.

En este escenario, la Jurisdicción Contenciosa viene desconociendo la existencia de un daño, su antijuridicidad, el deber de repararlo, el concepto de víctima directa e indirecta, y el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia que convierte al sujeto, frente a la persecución estatal, en un “*prófugo inmerecido*”.

La deleznable argumentación de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para negar la indemnización en los eventos de “*prófugo inmerecido*” constituye la vulneración al principio de igualdad, a la obligación de reparar, al deber de protección estatal y a la indemnización integral. Además, deja en evidencia lamentables confusiones teóricas que no son de recibo en el máximo Tribunal Contencioso Administrativo del Estado, que solo refleja la necesidad de acudir a verdaderas falacias para negar un derecho y soslayar una carga argumentativa que le exige desarrollar un ejercicio de interpretación en el que justifique el sacrificio de bienes jurídicos frente al supuesto deber de colaboración con la Administración de Justicia.

Con el presente documento se propone una modalidad más del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, denominado “*prófugo inmerecido*”, se entregará la argumentación jurídica adecuada para suprimir el injusto que viene aplicándose en la actualidad y eliminar esa “*zona de inmunidad jurisdiccional*” que solo evidencia la irresponsabilidad del Estado.



## CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Una primera mirada al asunto parte de la comprensión que las garantías fundamentales del derecho penal y en especial las que tienen que ver con la protección de la libertad han desarrollado un sinnúmero de teorías las cuales sostienen que su restricción debe hacerse de forma excepcional bajo el desarrollo de determinados supuestos que enuncia la ley penal, así por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que debe haber un límite temporal a esta restricción ya que esta medida no puede tornarse indefinida a menos que se haya comprobado su responsabilidad en un juicio pues vulnera la presunción de inocencia.

En tal sentido, Ávila Santa María en su texto *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos* señala que la protección de los derechos humanos es la base del sistema jurídico y político contemporáneo que se estatuyen como límite al poder punitivo del Estado, pues la legitimidad de esta facultad del Estado se pierde cuando en ejercicio de esta potestad se vulnera otro. Razón por la cual expone Ferrajoli en *Derecho Penal mínimo y otros ensayos* que lo que se demanda en el ámbito punitivo es el “garantismo penal” entendiéndolo como “un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la Constitución y la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a estos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones” (2008, p. 27) Razón por la cual el garantismo penal permite justificar el derecho penal para “regular y



minimizar la violencia punitiva; establecer el parámetro de legitimación del estado en el uso de su poder sancionador; al adecuarse a un modelo de democracia sustancial propia de un estado constitucional de derechos y justicia” (2013, p. 42)

Así mismo, los sostienen autores como Baratta (2004) y Baumann (1986) para quienes el desarrollo del derecho penal debe ejercerse de forma mínima siempre sujeto a las restricciones que impone el ejercicio de derechos fundamentales. Por lo que autores como Carnevali Rodríguez sostienen que el derecho penal debe ejercerse como ultima ratio ya que “Para poder resolver cuándo se está frente a un bien jurídico protegible penalmente, es esencial tener en consideración cuestiones referidas al *merecimiento de pena* y a la *necesidad de pena*1. Tales valoraciones deben ser tenidas en consideración, si se pretende resolver cuándo se está frente a un bien jurídico penal y cómo estando frente a un bien de esta naturaleza debe ser este protegido” (2008, p. 21)

En tal medida describe Cote Barco siguiendo a Ferrajoli que “el juez penal, al momento de determinar la sanción que se va a imponer, podrá abstenerse de ello pese a estar ante una conducta típica, antijurídica y culpable, cuando de acuerdo con el principio de necesidad de la pena, esta no aparezca como necesaria. Solo de esta manera será posible avanzar en el camino propuesto por Ferrajoli en el entendido de aceptar la pena como un mal necesario que debe ser reducida en la mayor medida posible” argumentando a favor del derecho penal como ultima ratio.

Así, entonces, como lo expone Escobar gil, al margen del ius puniendi se debe optar por el uso de otros medios, así que “la pena privativa de la libertad solo debe utilizarse cuando sea estrictamente





necesaria en vista de la naturaleza y gravedad del delito y la personalidad del delincuente, se deberá preferir entonces la adopción de medidas alternativas o sustitutivas a la pena de privación de la libertad que resultan menos restrictivas de los derechos de las personas condenadas penalmente, y que diseñadas y aplicadas apropiadamente cumplen con los fines del juicio penal y las sanciones, a la par que fomenta la readaptación del condenado a la vida en libertad en la sociedad” (2011, p. 49)

De la misma forma, lo expone Goite Pierre cuando señala que

“Las políticas de la mano dura contra la delincuencia no constituyen la vía idónea para enfrentar la violencia y la inseguridad ciudadana, a partir del hecho de que las mismas se han caracterizado por la creación constante de nuevas figuras delictivas, la promulgación de leyes especiales y sobre todo, por la elevación de las penas privativas de la libertad y del rigor en las condiciones de reclusión, que lejos de disminuir los niveles de la delincuencia, lo que han logrado es ampliar significativamente su grado de violencia y agresividad”. (2016, p. 123)

Lo que conlleva a concluir que el derecho penal debe ajustarse a las necesidades sociales de protección y seguridad en la sociedad moderna “pero sin renunciar a las garantías y principios que protegen al ciudadano como núcleo esencial de la sociedad, ya que éste no es un medio para que funcione la sociedad, sino un fin en sí mismo que no debe y no puede instrumentalizarse en un Estado social y democrático de derecho” como lo establece Henao Cardona en su texto ¿El derecho penal puede y debe transformar radicalmente sus contenidos de protección? (2004).



Ahora bien, el mayor aporte en este tema fue realizado en la sentencia de unificación de jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado en 2018 con ponencia del Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera, por medio de la cual se modifica la Jurisprudencia de la Sección Tercera en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños ocasionados por la privación de la libertad de una persona donde enfatizo que “La excepcionalidad que se pregona supone, en sí misma, que el bien jurídico de la libertad no tiene el carácter de absoluto y que, por lo tanto, la imposición de medidas que lo limitan resulta legítima, siempre y cuando se den todos los presupuestos legales que así lo permitan o lo exijan. Con todo, es preciso aclarar que la nueva postura que ahora adopta la Sala no pretende debatir sobre la preponderancia del derecho fundamental a la libertad, ni mucho menos sobre la excepcionalidad que se predica respecto de la limitación de tal derecho, pues ello es incuestionable; sin embargo, lo que sí se quiere poner de presente, por un lado, es que las medidas a través de las cuales se puede restringir la libertad son, igualmente, de carácter constitucional, si se tiene en cuenta que el artículo 28 de la Carta Política dispone que las personas pueden ser detenidas o arrestadas en virtud de mandato escrito del juez, *“con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”* y, por otro lado, que la detención, a propósito de su carácter preventivo y excepcional, se impone con estricto cumplimiento de los requisitos que ella exige, mientras se define la responsabilidad del investigado”.

Así entonces se unificaron en esta sentencia los criterios para el análisis de la Litis a los siguientes: 1. Si el daño (privación injusta de la libertad) fue antijurídico o no a la luz del artículo 90 de la



Constitución Política, 2. Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y 3. Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño. (Corte Suprema de Justicia, 2018)

En tal sentido, hasta el momento se han determinado los factores que deben analizarse por el operador judicial cuando se implementan medidas de aseguramiento como es el caso de la privación de la libertad, que en todo caso debe ser un medio de represión excepcional conforme lo dispuesto en la normativa y la jurisprudencia ya que puede conllevar según el análisis del caso concreto a una eventual Responsabilidad Patrimonial del Estado bajo los supuestos indicados.

Ahora bien, para saber cuándo se está frente a un bien protegido que amerite la intervención del derecho penal se ha reconocido a la Teoría del Merecimiento como uno de los principales supuestos que deben analizarse, pues la valoración del daño causada con la conducta penal obedece al daño social causado y la repercusión que tenga sobre el bien jurídico en cuestión. Lo anterior, deja al operador judicial la tarea de determinar a través de la interpretación si está en presencia de causas de exclusión de punibilidad que no superen el umbral de lesividad que el derecho penal exigen para su actuación.

Frente al merecimiento de la pena señala Hassemer en su texto *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena* que uno de los debates que ha tomado auge en la actualidad son los generados en escenarios como “la tortura para salvar a alguien, la pena de muerte,



el aborto, las células madre y el merecimiento de la pena” lo que le conlleva a afirmar que existen algunos “Con ello se puede ver que la decisión de imponer las metas del Derecho penal recurriendo cuando ello sea necesario a la fuerza, tiene un límite en la razón práctica y en la decisión de no imponer cargas desproporcionadas al afectado, o en todo caso no imponer ninguna medida coactiva que de todos modos será ineficaz” (2016, p. 100)

Así mismo, la doctrina penal ha sido constante en afirmar que el merecimiento de la pena depende en estricto sentido del juicio de valor que se haga de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta punible. Así las cosas, menciona Hernández Barrera *et al* que “el merecimiento de pena, hace alusión a la verificación de tres juicios de valor diferentes: el juicio sobre la tipicidad de la conducta, es decir, la correspondencia entre la conducta exteriorizada por el sujeto agente y la conducta tipificada por el legislador como delito; el juicio sobre la antijuridicidad de la conducta típica, que analiza, por un lado, la contradicción entre el ordenamiento jurídico y la conducta exteriorizada por el sujeto activo, y por otro, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, sin que exista una causal que justifique esa agresión, y finalmente, el juicio de culpabilidad que se le hace al autor de la conducta típica y antijurídica, a quien se le reprocha el no haber actuado conforme a la norma, teniendo la posibilidad y el deber de hacerlo” (2008, p. 115)

Frente a la punibilidad de la conducta sostienen autores como Gómez Rivero, Martínez González, Muñoz Conde y Faraldo Cabana, entre otros, aunque con diferentes matices que la punibilidad depende de varios factores a saber cómo es el caso de la política criminal, la política jurídica, la conveniencia de la intervención penal





como ultima ratio, entre otros. En tal sentido, se han distinguido dos corrientes a saber: en primer lugar, la que se orienta por la política criminal u jurídica dedicada a la prevención del fenómeno delictivo. Sin embargo, desde esta perspectiva señala Bustos Rubio que “cuando para la consecución de un interés cuya protección, en principio, corresponde a otro sector del Ordenamiento, el Derecho penal obvia sus propios límites y principios, hasta el punto, incluso, de renegar de ellos” (2015, p. 203); y en segundo lugar, la que somete el criterio de punibilidad a factores como la necesidad y el merecimiento de la pena delimitando sus ejes de acción ya que en el primer caso la pena ya es merecida pero se debe valorar si es necesaria o no, diferente de la etapa en que aparece el merecimiento pues hace referencia a que la conducta es antijurídica y culpable. De lo anterior, se ha reconocido la premisa de que “el merecimiento es *conditio sine qua non* de la necesidad de pena, más no al revés” (Bustos Rubio, 2015, p. 204)

Al respecto, sostiene que Meini que:

“La pena siempre sancionará, pero solo se legitimará como reivindicación de una distribución justa de libertades si el juicio de merecimiento de pena que recae sobre el comportamiento prohibido y que descansa detrás de toda norma de conducta responde a los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad que rigen la protección penal de los bienes jurídicos. Esto no ocurrirá cuando el comportamiento que se prohíbe no supera el mínimo de lesividad que legitima la intervención del derecho penal, aun cuando el legislador se haya empeñado en lo contrario (según la concepción que aquí se sigue, la previsión en la ley de un delito no asegura que se trate de un comportamiento necesitado de penal). Por ejemplo,



cuando se impone una pena por el delito de eutanasia (artículo 112 CP) o de ayuda al suicidio (artículo 113 CP), pues en ambos casos se sanciona por realizar la voluntad del titular del bien jurídico, desconociéndose que un Estado de derecho no tiene un rol paternalista frente al ciudadano y que, por el contrario, debe respetar su autonomía". (p.71)

De tal suerte, que ante este argumento se han generado escenarios que han reformulado el estudio de la conducta delictiva desde el análisis de figuras como el Estado de Necesidad, el factor de merecimiento y necesidad de la pena para evitar un actuar desproporcionado de la normativa penal que pueda vulnerar derechos fundamentales. Ahora bien, en lo que refiere a la aplicación del estado de necesidad, José Daniel Amado lo ha analizado desde la perspectiva del derecho a la libertad de elección frente a las actuaciones que se tienen en sociedad, donde afirma que

"Resulta evidente que en situaciones en que no existe una verdadera libertad de elección, donde se actúa instintivamente, impulsado por la necesidad de preservar a una persona de un peligro grave e inminente, no se está ante una situación normal. Quien padece un estado de peligro no se halla en aptitud de discernir entre lo que quiere y lo que no quiere, las circunstancias alteran su voluntad a tal punto que está en condiciones de ofrecer o aceptar cualquier cosa con tal de librarse de la inseguridad en que vive; la situación que padece afecta su declaración pudiendo producirse una discordancia entre lo querido y lo manifestado. Se puede afirmar válidamente que su voluntad está viciada" (Amado, 1984, p. 40)



De igual forma Flores Salgado ha indicado que la autonomía se refleja en actos jurídicos que resultan como consecuencia de la busca de la dignidad humana en la toma de decisiones tal y como lo afirma en su texto sobre la Deliberación Moral en la bioética, por lo que la autonomía del sujeto toma un papel protagónico “cuando externamos nuestra voluntad, estamos en presencia de un acto jurídico, por lo tanto, el testamento, al ser un acto jurídico; manifiesta la voluntad de la persona, sea para darle una muerte digna o terminar su vida de sufrimiento, causado por enfermedad terminal” (2015, p. 170)

En ese mismo sentido, Conejo Certucha, se refiere a la expresión de la voluntad como el “principio jurídico -filosófico- que les atribuye a los individuos un ámbito de libertad, dentro del cual pueden regular sus intereses; les permite crear relaciones obligatorias entre ellos, las cuales deberán ser reconocidas y sancionadas por las normas de derecho” (Conejo Certucha, 2012, p. 443).

Sin embargo, la postura que ha tomado la doctrina es la que concibe la expresión de la voluntad como ejercicio del derecho a la autodeterminación de las personas afirmando en el caso de la legislación en materia de salud que esto se hace en razón al legítimo interés que tiene la sociedad de proteger a sus ciudadanos “ya que su deterioro lleva a la terminación de la vida y durante este proceso el bienestar de las personas se ve mermado; por ello, ha sido prioridad social su investigación y, con ello, los efectos del desarrollo del conocimiento en nuevas tecnologías aplicadas a procedimientos médicos” (Estrada, 2015, p. 40)



Así mismo, lo refirió la autora María Casado González en *¿Por qué bioética y Derecho?*, al señalar que las legislaciones en materia de salud involucrando el aspecto de la bioética “tienden al reconocimiento de la pluralidad de opciones morales presentes en las sociedades actuales, propugnando la necesidad de establecer mínimos acuerdos. Los procedimientos que permitan decisiones consensuales tienen una importancia fundamental” (Casado González, 2002, p. 187).

En concordancia con tales argumentos Diego García, en su escrito sobre la *Deliberación moral en bioética* afirma que “es una disciplina que construimos entre todos mediante procesos de toma de decisión colectivos, para los cuales no hay ni debe haber expertos dedicados de manera exclusiva. Se trata de un proceso de deliberación colectiva sobre riesgos y responsabilidades” (2011, p. 30)

De tal forma que, el estado de necesidad ha sido contextualizado por varios autores desde la manifestación de la voluntad del sujeto, lo que ha conllevado a la apropiación de tratamientos médicos que mejoren la calidad de la vida humana y los intereses de las personas como materialización de la voluntad en aspectos como las modificaciones corporales y las libertad de expresión frente a temas como la dosis mínima y el aborto sin bajo parámetros de la dignidad humana en el marco de la libertad positiva y negativa.

Sobre este análisis, pueden generarse razones de exclusión de la pena o justificación de la conducta, con lo que la doctrina ha denominado *Estado de Necesidad*. Esta figura permite justificar la conducta en busca de una correcta administración de justicia y garantías que promuevan la libertad de expresión de los ciudadanos sin que esto afecte los derechos de las otras personas, así entonces



autores como Von Lizst, lo ha definido como, "una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro jurídicamente protegidos" (Von Lizst, 1929, p. 343).

Ahora bien, textos como el *estado de necesidad desde el enfoque civil*, indica Orgaz que el estado de necesidad es "una situación en que se halla una persona que, para apartar de sí o de otra un peligro inminente que amenaza sus bienes personales o patrimoniales, causa legítimamente un mal menor a un tercero que no es autor del peligro" (Orgaz, 1967, p.127), en este mismo texto se ha reflejado los intereses que percibe el estado de necesidad, donde, "la situación en que se encuentra un estado que no tiene absolutamente más medio de preservar un interés esencia, amenazado por un peligro grave e inminente, que el de adoptar un comportamiento que no está de conformidad con lo que de él exige una obligación internacional para con otro estado" (Orgaz, 1967)

Siguiendo esta línea en el texto *Usurpación y Estado de necesidad* del autor Lucas Logioco, se puede definir el estado de necesidad como aquél, "en el que no existe otro remedio más que la vulneración del interés jurídicamente protegido de un tercero ante una situación de peligro actual de los intereses propios" (Logioco, 2010, p. 9) por lo tanto se puede hacer referencia funcionalmente a partir de dos situaciones la primera implica la colisión de bienes jurídicamente protegidos y la Inevitabilidad del mal ocasionado.

Así mismo, Cerezo, en su escritos sobre derecho Penal, enmarca el estado de necesidad en una situación de peligro "propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave, que es inevitable sin producir la lesión o con una lesión de menor gravedad





de los bienes jurídicos de otra personas o sin infringir un deber” (Cerezo, 2008), por lo tanto según este autor para poder analizar tal situación, “concretamente la existencia de un peligro concreto de un bien jurídico, de si el mal era inminente y si era inevitable por otro procedimiento menos perjudicial, el juez debe realizar un juicio ex ante, colocándose en el lugar del sujeto activo, y en el momento en que este se disponía a realizar la acción típica”. (Cerezo, 2008)

Frente a la justificación del estado de necesidad la doctrina española en el texto *Anuario de derecho penal y ciencias penales Españolas* ha establecido que la protección de los bienes en esta situación no comporta la defensa de intereses individuales solamente, sino que “la posibilidad de que el mal que se trata de evitar con la actuación en estado de necesidad sea propio o ajeno; da entrada a todos los intereses de la colectividad, de modo que no se puede afirmar que tan solo se defiendan intereses individuales” (Sánchez, 1982, p. 663)

Entre los aportes más relevantes al estudio del Estado de necesidad se encuentran los estudios realizados por Aguilar López y Márquez Piñeros que han establecido de forma clara el escenario teórico en torno al Estado de necesidad así:

Aguilar López, en investigaciones recopiladas por parte de la Universidad Autónoma Metropolitana de México, ha dejado claro que el Estado de necesidad se puede percibirse desde dos enfoques, uno justificante y otro disculpante, para los cuales afirma:

“Es atinente diferenciar entre el estado de necesidad justificante (cuando se sacrifica un bien jurídico para salvar otro de mayor valor) y disculpante (cuando el bien que se lesiona es de igual valor que el que se preserva). Por otra parte, y atendiendo a la



teoría del conflicto de intereses, el presente caso contempla que, en el estado de necesidad, ante el conflicto de intereses desiguales, el derecho debe sacrificar el de menor valor; ante el conflicto de intereses de igual valor no influye el ejercicio de un derecho, sino que influirá sobre la motivación normal del que sufre el peligro, quedando bajo la ponderación del juzgador su acreditamiento". (Aguilar López, 2013, P. 71)

De otro lado, Rafael Márquez Piñeros, en su escrito sobre el Estado de necesidad adscrito al instituto de investigaciones de la UNAM, se ha referido en cuanto a la responsabilidad y ha enfatizado que el Estado en sus funciones, "Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave impudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance" (Márquez, 1995, p.3).

Sin embargo, se ha dejado de lado la situación particular frente a la falla del servicio en la administración de justicia cuando el sujeto investigado que ante una orden judicial de restricción de su libertad o medida judicial huye constituyéndose en prófugo y posteriormente se declara la antijuridicidad de la medida y ante tal situación, el sujeto apela al argumento de defensa a su garantía de libertad.

Ante tal cuestión, se ha dicho que el prófugo es aquel sujeto que huye de la justicia o una autoridad a la que debe responder por su acción u omisión. En tal sentido, para un sector de la doctrina es claro el hecho de que quien se "sustra a la jurisdicción de sus jueces constituyéndose en fugitivo de la justicia carece de derecho para impetrar el resguardo de las garantías ante la autoridad que el mismo



ha desconocido” (Sagúes, 1997, p. 638). Sin embargo, ni la jurisprudencia y ni la doctrina han establecido cual es la naturaleza de esta figura y sus consecuencias cuando existe un in-merecimiento de la persecución estatal por lo que se hace relevante su estudio y aclaración en el marco del derecho penal y público.

En cuanto al cuestionamiento señalado precedentemente puede propenderse por la fijación de las siguientes hipótesis:

1. El “*prófugo inmerecido*” constituye una modalidad más de defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia capaz de generar perjuicios materiales e inmateriales a la víctima, constitutivos de daño antijurídico, imputables al Estado, lo que desencadena su innegable responsabilidad patrimonial.
2. La “*privación injusta de la libertad*” no es la única fuente de responsabilidad patrimonial del Estado en tratándose de sujetos *sub judices* o vinculados a un proceso penal que termina con la absolución de estos.
3. El “*ius necessitatis*” permite al individuo desarrollar ciertos comportamientos, aun cuando contraríen deberes jurídicos previstos por el derecho positivo, para proteger sus bienes jurídicos contra aquellas agresiones o peligros que considere injustas, sin importar su fuente.

En consideración a las hipótesis planteadas, está incurriendo la Justicia Contenciosa Administrativa en desconocimiento del Artículo 90 de la Constitución Política al negar los perjuicios sufridos por aquellas personas que padecieron un proceso penal, fueron



objeto de una medida de aseguramiento restrictiva de la libertad, y por miedo a sufrir una lesión en sus bienes jurídicos –vida, integridad personal y libertad- evaden la orden judicial y, posteriormente, reciben la absolución en el proceso penal, convirtiéndose su huída en injusta, esto es, pasando a ser un “*prófugo inmerecido*”; y, el actuar del Estado un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia que no tenían por qué soportar la víctima.

El presente trabajo aborda el problema de investigación planteado desde una metodología *cualitativa* en razón a que se pretende evidenciar unos supuestos de hecho para establecer la responsabilidad patrimonial del Estado a partir de la noción de “*prófugo inmerecido*” como una modalidad de defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia.

El tipo de investigación es inicialmente *teórico jurídico* en la medida que partiendo de una valoración de las tesis fundantes de la responsabilidad Estatal, y el esquema *relacional* aceptado en el derecho público: autoridad- garantías, se pasa a constatar el hecho presentado en una realidad probable, de un hombre que ante una orden judicial, huye, constituyéndose en prófugo, pero que una vez –emitida- otra decisión judicial a futuro, la sentencia absolutoria, deja en evidencia la antijuridicidad del daño causado con la medida judicial inicial, concibiendo que su huida más que un acto de reproche, fue una defensa a su propia garantía de libertad e integridad personal, que merece ser reparada.

Esta constatación conlleva a que la mirada del problema investigativo torne inicialmente un tipo de investigación *teórico jurídico* en un *tipo mixto* de investigación *teórica* desde el campo del *realismo jurídico*. Así, se espera poner a “*prueba*” las distintas



concepciones dogmáticas, normativas y jurisprudenciales que han negado la responsabilidad del Estado ante el acto del prófugo (y su realidad), y han condenado su actuar como reprochable y no digno de reparación.

La metodología de investigación orientada desde el *tipo* investigativo normativo con *enfoque* desde el realismo jurídico, se soporta en una *metodología analítica-deductiva*, con *enfoque crítico y propositivo*. Lo *analítico-deductivo* se remonta a la acción investigativa de tomar las fuentes de investigación (normatividad, doctrina y jurisprudencia) extractando de ellas las ideas centrales frente al problema objeto de estudio, para de allí pasar a los criterios *críticos-constructivos*; *crítico* en cuanto se hace un estudio objetivo de las tesis centrales, fijando sus debilidades conceptuales, para luego, a partir de éstas debilidades conceptuales, *concebir* criterios que permitan reducir la zona de inmunidad jurisdiccional que se acepta como existente (profugo inmerecido).



## PRESENTACIÓN

El presente documento consta de cinco capítulos, en el primero se hace un abordaje teórico del principio “*ius necessitatis*”, definiendo su contexto teórico e histórico; en el segundo capítulo, a partir de la noción de bioética y el estudio de varios casos modernos donde ha primado la libertad sobre la coacción normativa, se decanta la posibilidad teórica de fundamentar el “*ius necessitatis*” para la toma de ciertas decisiones personales justificando la inobservancia de ciertos deberes jurídicos. En el capítulo tercero, se aborda la potestad Estatal en su máxima expresión, como es el caso de “*Ius puniendi*”, evaluando el sistema normativo colombiano en cuanto a la toma de decisiones en la llamada institución (medidas aseguramiento), y su justificación en la restricción del valor, principio y derecho a la libertad.

El capítulo cuarto expone la responsabilidad estatal derivada de la actividad judicial, sus modalidades y criterios. El último capítulo, es dedicado a plasmar las hipótesis del trabajo, la resolución del problema investigativo, desarrollando la premisa teórico-práctica de la responsabilidad del Estado por el “*prófugo inmerecido*”, como modalidad de defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia.





# CAPÍTULO I

**LA INOBSERVANCIA DEL DERECHO POSITIVO.  
Una mirada a partir del IUS NECESSITATIS**



## CAPÍTULO I

### LA INOBSERVANCIA DEL DERECHO POSITIVO. Una mirada a partir del “IUS NECESSITATIS”.

El “*Ius Necessitatis*”, término latín que significa reconocer el derecho de subsistencia de un sujeto sobre otro sin que esta actuación implique de forma directa una consecuencia jurídica, en otras palabras, aunque no pueda aceptarse la conducta porque está prohibida por el derecho positivo, ésta no es objeto de una sanción o pena, pues el proceder contrario a derecho estaría justificado por la defensa de un bien jurídico.

Cabanellas define '*necesidad*' como “Causación inevitable; impulso irresistible de una causa que obra infaliblemente en cierto sentido, que produce un efecto seguro. Cuanto resulta imposible de impedir, evitar, resistir”; y, al respecto del 'estado de necesidad' lo señala como el “Caso en que la vida peligra gravemente, al punto de que sólo el auxilio oportuno puede salvarla. Estado o situación en que la amenaza de un mal igual o mayor obliga a justificar los daños causados” (1993)

Por su parte, Osorio hace una aproximación del '*estado de necesidad*' como “Impulso irresistible que hace que las causas obren infaliblemente en cierto sentido” (1981, p. 617); y, siguiendo esta tendencia, La Orden *et al* enseña que es “aquella situación o



coyuntura en que la voluntad del sujeto jurídico se ve impulsada, ante la amenaza de una lesión jurídicamente estimable, a una determinación jurídicamente lesiva” (1993).

Y, Silva Sánchez expuso: “De lo que resulta que, en principio, no se trata de salvar el bien más valioso, sino de solventar el conflicto sufrido con la menor perturbación posible del «statu quo», es decir, de las condiciones preexistentes en la sociedad antes de la aparición de aquel” (Silva Sánchez, 1982, p. 665)

En el campo de lo real, los ejemplos más claros de alcance de la figura del “*ius necessitatis*”, se encuentra en aquel Estado que no brinda las garantías mínimas de bienestar que sus ciudadanos demandan y para hacerle frente a esta situación ellos tienen dos posibilidades: i) esperar a que la situación mejore a pesar de las precariedades en que se ven sometidos; o, ii) enfrentan al sistema a través de vías alternativas con las cuales exigen el reconocimiento de sus derechos. En estos casos, según Agnes Heller, “(...) el valor de las necesidades se mantiene, aunque ahora reformuladas como expresión de la insatisfacción de los individuos y por tanto como pieza fundamental (...). Esto es, las necesidades de los individuos son datos ineludibles en la discusión política...” (1996, p. 41).

El primer aspecto relevante de estas concepciones, es precisamente, reconocer el acto excepcional al comportamiento de obediencia absoluto a las disposiciones de autoridad competente. La justificación inicial del “*ius necessitatis*” está ligado a la concepción propia de impulso, que no es otra cosa, que reconocer que ante una situación, no siempre el acto racional es el obediencia de la regla sino la objeción del ordenamiento jurídico.



El *necessitas legem non habet* que define Wilenmann puede, ciertamente, jugar un rol expresivo en la determinación de las razones de la inexigibilidad de otra conducta en aquellas situaciones en que el cumplimiento de la norma implica el sacrificio de bienes centrales para el obligado, es decir, en el estado de necesidad exculpante derivado de la discusión sobre estado de necesidad vital. Diferenciación que supone que es posible distinguir entre necesidad que otorga derechos y necesidad que no otorga derechos. (2014, p. 225).

En cuanto a los orígenes, el principio "*ius necessitatis*" se remonta al Derecho Romano, relacionado con el delito (*delictum*), donde este era considerado como todo acto antijurídico que se sancionaba con una pena. Como lo señala Reyes Echandia, "el estado de necesidad se protegía en aquellas hipótesis en las que alguien se enfrentaba a un peligro que implicase lesión posible a un derecho de importancia semejante o superior al de quien lo causaba, siempre que el riesgo no fuese evitable de otro modo y existiese cierta proporción en el balance de los intereses en conflicto". (1979, p. 65)

En la Ley de las XII Tablas se expresaba en el elemento intencional respecto de la persona que llevaba a cabo la conducta descrita como delito. En estos casos, sólo se concebían los delitos dolosos (*scientia dolo malo*), esto es, los derivados de aquellas acciones en las que había una búsqueda intencionada del resultado antijurídico (Arango Ruiz, 1994, En Solarte Rodríguez, 2004, p. 699). Sin embargo, no se otorgaba la misma consecuencia cuando quien se lesionaba había originado el mal o quienes estaban obligados a soportarlo, como el caso de los esclavos.



En la Lex Aquilia, se analizaban los casos de “estado de necesidad” o “legítima defensa” así:

“El jurista, razonando en torno a la existencia o no de iniuria, responde formulando dos hipótesis diversas: si el esclavo ha golpeado primero al ventero y por ello la lesión no ha sido causada a propósito (*data opera*) sino en defensa propia, la conducta no ha sido cometida con iniuria por cuanto está plenamente justificada en la necesidad de defenderse. En cambio, imaginando el jurista una hipótesis diversa, si la riña ha sido causada por el ventero, el daño ha sido causado por su culpa y por tanto está sujeto a la Lex Aquilia” (2016, p. 299)<sup>1</sup>

Por su parte, Jiménez Ramírez en relación al daño y la legítima defensa afirma que “Con el advenimiento de la Ley Aquilia, otro será el trasegar en la valoración del daño. Ya no será el resultado de la conducta el que ameritará *per se* una condena, ahora se examinará la motivación de la conducta que generó el resultado –daño.” (2010, p. 129). Lo que implicaba valorar el daño –*damnum*– con un criterio subjetivo que lo llevaba a evaluar la intención del acto incluyendo factores como la culpa y el dolo.

---

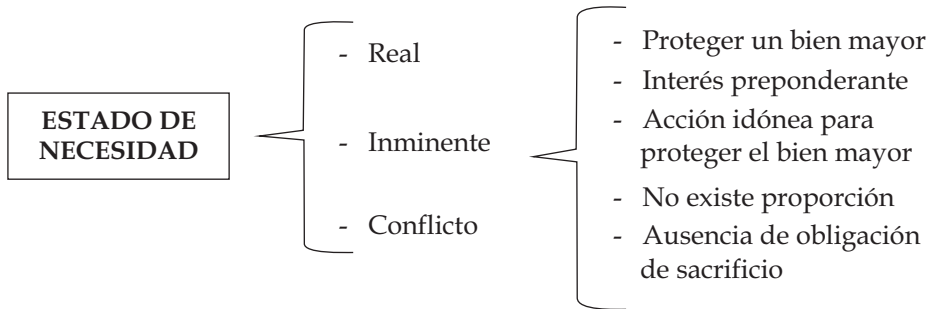
1 *Escribe Sánchez Hernández citado a Schipani: Una atenta lectura de este fragmento implica no ver en él una regla general, según la cual la culpa sería de aquel que golpea primero, sino que el razonamiento del jurista está estrechamente ligado al caso concreto. En este sentido, el esclavo se encuentra de por sí incurso en una conducta ilícita (la sustracción de la linterna), pero ello no justifica que el ventero le ocasione una grave lesión, por lo que la culpa asume el valor de una conducta reprochable en cuanto excesiva. En cambio, si el esclavo ha comenzado a golpear al ventero, la enérgica y violenta reacción de este resulta justificada por ser una legítima defensa a la ofensa sufrida, y por tanto se enerva la aplicación del remedio aquiliano por ausencia de iniuria en la conducta” (p. 299)*





Se persentó un giro importante en la Edad Media, pues, no se evidenciaban escenarios propicios para alegar el “*ius necessitatis*”, como lo relata Beleña “el bien individual no tenía sentido fuera de la comunidad, pero no porque esta fuera un medio o instrumento necesario para alcanzar los bienes privados sino porque no podía haber contraposición entre el bien común y un hipotético bien particular” (2006, p. 43). En esta medida no era posible distinguir de forma clara en esta etapa de la historia un '*estado de necesidad*' ya que lo que se buscaba era el bien humano y la vida placentera desde el punto de vista social y teológico.

Pasando del contexto histórico, en el campo del derecho penal clásico el '*estado de necesidad*' se concibió bajo la máxima “*necessitas legem non habet*” que se podía estudiar a través de las siguientes teorías que desarrollaban estos postulados: (i) estado necesidad justificante, en esta el comportamiento típico constituye la única forma posible de neutralizar un peligro inminente de lesión para un bien jurídico propio o ajeno. La acción queda justificada si producía un mal de menor grado que el que se pretendía; y, (ii) estado de necesidad exculpante, el conflicto se produce entre bienes jurídicos equiparables, esto es, merecedores de igual protección. Son situaciones de conflicto personal extremo que se reconducen al ámbito de la inexigibilidad (integrada en la categoría de la imputación subjetiva o culpabilidad). (Quintero Olivares et al, 2018, p. 153). La gráfica siguiente explica la relación.



*Elementos Estado de Necesidad*  
*Fuente: Elaboración Propia*

Por su parte, autores como Pérez Alonso *et al* han establecido que “el estado de necesidad justificante se caracteriza porque entre los bienes o intereses en conflicto existe una diferencia sustancial de valor, y se salva el de mayor valor sacrificando el de menor valor (principio del interés preponderante)”; y, el estado de necesidad absolutorio, por el contrario, “se caracteriza porque los bienes jurídicos o intereses en conflicto son de muy similar valor (no existe un interés preponderante)” (2010, p. 314)<sup>2</sup>

2 En ese sentido, la jurisprudencia española diferencia el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad absolutorio. En el primer caso, un sujeto sustrae una barra de pan para no morir de hambre (hurto famélico). Como los intereses en conflicto en este supuesto son la propiedad (sustracción del pan) y la integridad física o incluso la vida (morir de hambre), y estos últimos son de mayor valor, la conducta estaría justificada. También estaría justificada la conducta del sujeto que para trasladar a su hijo al hospital, pues se ha atragantado con la comida, sustrae el vehículo de su vecino porque su propio vehículo ese día se encontraba en reparación. En el segundo caso: en un naufragio quedan dos supervivientes y un solo flotador. Se plantea un conflicto entre la vida de una y la del otro, pues ninguno de los dos sabe nadar. Ante esta situación, uno de ellos le quita el flotador al otro salvado su vida. El otro naufragio muere ahogado. En este caso el conflicto enfrenta a dos bienes de igual valor, la vida de una naufragio y la del otro. La conducta del naufragio que sobrevive ha sido típica y antijurídica (ilícita); también el autor es culpable (si otra persona hubiese sido un hijo, por ejemplo, el autor hubiera podido cederle el salvavidas y dejarse morir) El hecho es delito, pero eso no significa que al autor se le vaya a imponer una pena. (STS de 17 de marzo de 2009 (Tol 1486840)



Así las cosas, resulta de vital importancia reconocer que en el 'estado de necesidad' debe existir indefectiblemente una situación de necesidad en la cual haya un conflicto cuya solución se supedita a sacrificar un bien sobre el otro. Además, como lo expone Rubio Lara deben concurrir otros dos (2) elementos, a saber:

- Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar, por tanto, el mal causado debe tener entidad igual o menor que el que se trata de evitar. Siendo esto así, el 'estado de necesidad' tiene la finalidad de salvar el bien mayor, además, el que actúa ha de hacerlo en 'estado de necesidad', es decir, que tenga conciencia de ese estado y que obre a causa de su existencia.
- Además de esto, se actúa para evitar un mal propio o ajeno, es decir con la finalidad subjetiva de evitarlo. En ese sentido, la actuación representa un intento de evitación del mal, por eso, el mal causado ha de ser inferior al que se intenta evitar y por mal hay que entender no solo la lesión de un bien jurídico sino también su puesta en peligro. (2017, p. 53-54)

Desde la dimensión conceptual y teórica del "*ius necessitatis*", se coincide con Cordua, que cita a Hegel, en lo referente a que "la 'necesidad' es la negación mediante la cual el viviente se escinde en dos, se enfrenta a sí mismo y trata de recuperar su unidad. Eso significa que no es imposible aceptar el daño a una persona que actúa bajo la necesidad".

Mancilla, siguiendo teorías como la de Pufendorf, ha sostenido que deben tenerse en cuenta 3 aspectos antes de reconocer el 'estado de necesidad', así:



- Lo primero es que la necesidad debe ser básica. La versión más mínima remite a aquellas necesidades que compartimos con los demás animales: comida, agua, aire, un espacio vital para estar y protección de los elementos (ropa y techo, en el caso de los humanos).
- Lo segundo, es que la persona necesitada no debe ejercer su derecho contra otros en similar condición: si se considera que el derecho de necesidad crea un deber en otros de no intervenir, sería paradójico y sobreexigente demandar que otro igualmente necesitado se abstuviera de ejercer su propio derecho. Y,
- Lo tercero, es que se debe apelar a él como último recurso razonable, es decir, después de haber probado infructuosamente otras alternativas con alguna probabilidad de éxito (En Mancilla, 2017, p. 608)

Al respecto, Sticca sostiene que “la justificación admite que una conducta encuadra en la concepción de ofensa, pero la conducta no es ilícita desde que está totalmente justificada en las circunstancias del caso. La justificación pone el acento en el *acto*, por lo que, si un acto es justificable para un ente, es justificable para todos en las mismas circunstancias”. (2018, p. 22)

Esta figura ha sido estudiada desde muchas aristas las cuales permiten ahondar y dilucidar su alcance, como es el caso de las corrientes *consecuencialistas* y *utilitaristas* a las cuales se hará referencia a continuación.



El término '*consecuencialismo*' fue planteado por Georgio Agamben en 1958 para designar una “teoría ética según la cual lo que proporciona valor moral o una acción, o una máxima de comportamiento, son las consecuencias que produce”, y sostiene que el '*utilitarismo*', se constituye en una clase de '*consecuencialismo*' cuyo fin último es obtener el mayor grado de felicidad para todos. (Ruiz Bravo, 2009, p. 181)<sup>3</sup>

La teoría del '*consecuencialismo*' o “interpretación proporcionalista de los derechos fundamentales” es una corriente basada en el análisis de garantías básicas a partir de la interpretación del bienestar que puedan causar hacia un grupo determinado. Es así como, surge el '*principio de utilidad*' hacia el año 1776 donde “según la indicación de Bentham, al unir la noción de utilidad con la de felicidad, y la de felicidad con la de placer y dolor había dado “comienzo... a la aplicación del principio de utilidad a los usos prácticos” (Bocado, 2005, p. 2)

Entre las principales tendencias de esta corriente, se desarrolla el “*Utilitarismo*” con grandes pensadores como J. Bentham y Stuart Mill, para quienes, como lo relata Bocado “el interés de cada individuo depende de la consideración en cada caso particular de que la medida o la ley que adopte el gobierno promueva la suma total

---

3 Sin embargo, las primeras nociones que conllevaron a plantear el utilitarismo como fuente del Consecuencialismo las encontramos en Aristóteles quien en su texto *La Ética A Nicómaquea* cito “Hay que considerar como una señal de los modos de ser el placer o el dolor que acompaña las acciones: pues el hombre que se abstiene de los placeres corporales y se complace en esto mismo es moderado” lo que lo llevo a afirmar que “la virtud moral, en efecto, se relaciona con los placeres y dolores, pues hacemos lo malo o causa del placer, y nos apartamos del bien a causa del dolor...”. Postulados que más adelante sirven para la formulación de la Teoría de las Virtudes en Rawls. (1999, p. 379)



de su placer, o que disminuya la suma total de su sufrimiento” (Bocado, 2005, p. 26).

Por '*principio de utilidad*', Bentham sostiene que es “aquel principio que aprueba o desaprueba toda acción según la tendencia que demuestre tener para aumentar o disminuir la felicidad de la parte cuyo interés está en juego... no sólo de cada una de las acciones de un individuo privado, sino de toda acción de gobierno” (En Muñoz Cardona, 2008, p. 132). En consecuencia, la imposibilidad de garantizar la felicidad de todos, lleva a Bentham a considerar como objetivo universal no la mayor felicidad de todos, sino la del mayor número” (Bentham, 1789 en Rivera Sotelo, 2011, p. 60)<sup>4</sup>

Mill, por el contrario, referiría que “los placeres no se diferenciaban por la cantidad, sino por la cualidad, de manera que hay placeres superiores y placeres inferiores” y solo “quienes han experimentado ambos están legitimados para decidir cuáles son superiores y cuales inferiores” (2004, p. 7).

Sin embargo, según Alcoberro, “cualquier cálculo de placeres es una hipótesis de futuro ya que... no hay ninguna razón para suponer que lo que yo calculo hoy que mañana me producirá placer, me lo produzca realmente, ni para suponer que lo que hoy me inquieta (las

---

4 *Ante esta afirmación, Muñoz Cardona señala que esa concepción da lugar a lo que en economía se conoce como la falacia de la composición, la cual afirma que si algo es cierto en relación con una parte, también lo es en relación con el todo. Afirmación benthamiana que aunque puede ser cierta en muchos casos no lo es necesariamente en todos, lo que se constituye en un dilema económico y legislativo. Por ejemplo, en las sociedades modernas es un tema de discusión sobre los principios de la libertad individual y derecho de la dignidad de la persona la promulgación de la ley de libertad sexual, la cual beneficia a muchos, pero crea grandes inconformismos en otros por el posible descontrol moral, enfermedades, desorden social y la pérdida de valores conservadores que se generan. (p. 137)*





centrales nucleares o el choque de civilizaciones, por ejemplo) sea un problema en el futuro” (2005, p. 89).

Desde el punto de vista Freudiano “La evolución del individuo sustenta como fin principal el programa del principio del placer, es decir, la prosecución de la felicidad, mientras que la inclusión en una comunidad humana o la adaptación a la misma aparece como un requisito casi ineludible que ha de ser cumplido para alcanzar el objetivo de la felicidad; pero quizá sería mucho mejor si esta condición pudiera ser eliminada” (190, p. 83) evento en el cual el 'utilitarismo' cumple su función en desarrollo del 'principio de utilidad', pues se identifica con el “programa de placer”.

Pero es claro en señalar en su texto *The Principles of Moral and legislation*<sup>5</sup> que debe existir una proporcionalidad entre la acción –punishment- y el daño que se cause –Offences- para lo cual el legislador es guiado por el principio de utilidad y para ello debe reconocer cuatro reglas así: (i) En primer lugar, el más importante y deseable objeto es el de prevenir el desarrollo del delito, (ii) en segundo lugar, si para detener una acción el sujeto debe cometer un

---

5 *When it is worthwhile, there are four subordinate designs or objectives that a legislator whose views are governed by the principle of utility comes naturally to propose to himself in the course of planning to do his best to achieve that one general objective of preventing mischief (i) His first, most extensive, and most desirable objective is to prevent as far as it is possible and worthwhile, all sorts of offences whatsoever—i.e. to arrange things so that no offence whatsoever is committed. 4. (ii) If a man can't be stopped from committing an offence of some kind or other, the next objective is to induce him to choose always the less harmful of two offences either of which will suit his purpose. 5. (iii) When a man has resolved on a particular offence, the next objective is to dispose him to do no more mischief than is needed for his purpose—i.e. to do as little mischief as is consistent with the benefit he has in view. 6. (iv) The last objective is, with any mischief that it is proposed to prevent, to prevent it at as cheap a rate as possible. 7. Subservient to these four objectives must be the rules governing the proportion of punishments to offences.*



delito se debe propender porque sea el menos lesivo para lograr su propósito, (iii) en tercer lugar, una vez cometido el delito se debe instar al sujeto a que no haga más daño del que su propósito requiere en relación con el beneficio que se tiene a la vista; y, por último, (iv) impedir el mal con el menor costo posible. (Bentham, 1781, p. 96).

De acuerdo con el punto de vista utilitarista, “una acción o práctica es correcta, buena, o justa, en la medida en que tienda a maximizar la felicidad, que usualmente se define como el excedente de placer respecto del dolor” (Posner, 1979, p. 218). En este marco, “el principio de utilidad viene a ser un axioma que rige la teoría de la acción humana como una suerte del principio formal de validez universal, que ofrece por sí mismo un criterio rigurosamente científico, a diferencia de sus grandes rivales: el ascetismo y el esteticismo” (p. 43).

Esta noción de '*utilidad*' defendería el actuar apoyado en la necesidad, pues, se justifica la persecución de necesidades útiles. Es decir que “el utilitarismo se convierte en una teoría moral, según la cual, la bondad o maldad de una acción depende, no de la cualidad que el acto tenga en sí mismo, sino de sus consecuencias sometidas a una valoración global” (Germán Zurriarán, 2008, p. 19).

En palabras de Villarroel, “sacrificar nuestros deseos a la voluntad de la mayoría será bueno en cuanto respetar la opinión y la voluntad del mayor número de individuos, a modo de resultado, ofrecer la mayor felicidad para la mayoría de estos, cumpliéndose así la característica del utilitarismo” (En Escribar et al, 1991, p. 73).

En contraposición a estos postulados, autores como Donagan (1968, pp. 187-188) han realizado fuertes críticas ya que no se pueda



establecerse un límite para la medición de la obtención de felicidad respecto a la conducta de los sujetos, es así que:

“bien podría ser que si uno matara sin causar dolor, y sin ser descubierto, a su pérfido, viejo y desgraciado abuelo, se logrará más bien y menos mal que si uno se abstuviera de hacerlo: se libraría al anciano de su mísera existencia, sus hijos estarían felices de heredarlo y ya no estarían expuestos a su maldad; y, uno podría anticipar la recompensa prometida a quienes hacen el bien secretamente. Nadie puede seriamente dudar de que una posición que conduzca a tales consecuencias sea una aberración.”

Por lo que como señala Farrell:

“la teoría utilitarista en particular, tiene serias dificultades para dar cuenta de la idea de los derechos. Si la corrección moral de una acción depende de las consecuencias que ella produzca, los derechos son –a lo sumo– instrumentos eventualmente aptos para producir lo bueno, pero si las consecuencias son mejores en caso de que algún derecho sea vulnerado, entonces el derecho debe ser dejado de lado”. (p. 191)

El '*utilitarismo*', por el contrario, más próximo al '*materialismo*' que al '*altruismo*', prescinde muchas veces de los reparos morales y considera que el fin que se persigue (aunque sea espurio) justifica los medios que usemos para alcanzarlo (cualesquiera que éstos sean y con independencia de si benefician o no al interés general o al bien común de los conciudadanos). (Llano Alonso, 2018, p. 119)



Dworkin (1977, p. 190) establece que los Derechos no pueden concebirse de este modo, ya que “Los ciudadanos tienen ciertos derechos fundamentales contra su gobierno, ciertos derechos morales convertidos en derechos legales por la Constitución. Si esta idea tiene sentido, y vale la pena proclamarla, entonces, estos derechos deben ser derechos en el sentido fuerte...” (En Fabra Zamora, 2015, p. 1721).

De allí que, surjan conflictos a partir de la falta de autonomía de la categoría justicia, ya que “Piénsese por ejemplo, en la hipótesis de la sociedad en la que la concepción moral de la mayoría ciudadana de raza blanca no parece considerar incorrecta la segregación racial. Conforme a un pensamiento utilitarista, tal criterio moral mayoritario vendría a representar la satisfacción del principio de utilidad, es decir, la satisfacción del máximo de felicidad del mayor número de individuos de tal sociedad. Como consecuencia de ello, la minoría de raza negra no tendría derecho a considerar su estado de cosas diferente, como más útil, más bueno o como lo verdaderamente correcto en el plano moral”. (Gómez Barbosa, 1995, p. 179)

John Stuart Mill (1991) hizo notar una queja diferente, orientada hacia la conservación de la dignidad humana: “Tal teoría de la vida provoca en muchas mentes, y entre ellas algunas de las más estimables en sentimientos y objetivos, un fuerte desagrado. Suponer que la vida no posea (tal como ellos lo expresan) ninguna finalidad más elevada que el placer –ningún objeto mejor y más noble de deseo y búsqueda– lo califican como totalmente despreciable y rastrero,



como una doctrina solo digna de los puercos, a los que se asociaban los seguidores de Epicuro en un principio". (p. 46)<sup>6</sup>

Según Rawls, "el error de la doctrina utilitarista es que confunde imparcialidad con impersonalidad, pues no reconoce que existen pluralidad de personas cuyas vidas y experiencias diferirán de modo usual, y por tanto su idea de imparcialidad cae en el reduccionismo de pensar la sociedad como una sola persona cuyos deseos y aspiraciones son siempre las mismas." (Barros, 2003, p.54)

En otro sentido, el "*ius necessitatis*" y su reconocimiento, también ha generado discusiones por autores como Pufendorf y Gentz, siendo el primero, quien planteo la cuestión de si debe reconocerse un "*jus*" o un "*favor*" "*necessitatis*". La solución que Gentz da al '*caso de la tabla*' afirma que el sujeto no tiene derecho de empujar fuera de la tabla a otro, que, por consiguiente, en terminología de Pufendorf, no existe un "*jus necessitatis*". Sin embargo, sí que hay un "*favor necessitatis*" en virtud del cual, y pese a que el hecho sigue siendo antijurídico por ausencia de un derecho de defensa, puede ser disculpado. En el lenguaje de Gentz: "*la situación de necesidad no otorga al autor una causa de justificación, sino una causa de exculpación*". (Hrushka, 2004, p. 7).

En síntesis, se convierte en lo que MacIntyre denomina "Relación Manipuladora" que es "un tipo de vínculo no informado por la

---

6 Amartya Sen (2000), por ejemplo, critica la reducción del bienestar a la felicidad: según él, "la medida mental del placer o del deseo es demasiado maleable para ser una guía sólida de las privaciones y desventajas", ya que "nuestros deseos y capacidades para experimentar el placer se adaptan a las circunstancias, sobre todo para hacer que la vida resulte soportable en las situaciones adversas" (p. 86)



moral, en el cual se utiliza a los demás como medios para los propios fines” por lo que sería admisible una colisión de deberes donde pueda prevalecer un derecho sobre otro (p. 36). En tal sentido, lo que se presenta es la posibilidad de exculpación de responsabilidad por la conducta que se realiza en favor de la '*necesidad*' en la que se halle un sujeto en un caso determinado que lo obliga a comportarse de una manera u otra.

Posteriormente, el "*ius necessitatis*" será estudiado por el gran pensador Kant quien desconocerá su valor. Rechazo que hará desde el imperativo categórico a la teoría de la adecuación.

Desde la Teoría de la adecuación, ninguna defensa en virtud del '*estado de necesidad*' puede eximir de responsabilidad ya que contraría el imperativo categórico. En ese sentido, Kant quien destaca que "*la pena debía ser impuesta al culpable por la sola razón de que ha delinquirido y fue el primero en argumentar, en contra de las tesis utilitaristas, que cualquier otra justificación de la pena implicaba tratar al condenado como 'instrumento'*" (En L. Hierro, 1989, p. 562)

Para Kant "ha de haber un principio práctico supremo y un imperativo categórico con respecto a la voluntad humana, habrá de ser tal, que por la representación de lo que es fin para todos necesariamente, porque es *fin en sí mismo*, constituya un principio *objetivo* de la voluntad y, por tanto, pueda servir de ley práctica universal." (2007, p. 42). Lo que implica que el sujeto pueda actuar de



una forma u otra pero siempre obrando conforme a lo que el denominaba *Representación de ciertas leyes*.<sup>7</sup>

En este sentido, Hoyos Valdés expresa que:

“la buena voluntad es la que actúa por deber, no conforme al deber. Para comprender esto, pensemos que María entra a un establecimiento comercial en el cual es prohibido fumar. Como ella no fuma, actúa conforme al deber porque no va a fumar allí (dado que no lo hace en ningún lado). Diana, en cambio, que es fumadora compulsiva, cuando entra al establecimiento y se abstiene de fumar, lo hace por deber. Sólo en este segundo caso hay una acción con valor moral en el sentido kantiano. Las acciones que tienen mérito moral para Kant son aquellas que no están motivadas por nuestras inclinaciones, sino por el deber, por el respeto a la ley. La ley es el imperativo categórico, y tiene tanta importancia para Kant porque le permite decir varias cosas. En primer lugar, le permite ser consecuente con su idea de que todo en el mundo está ordenado según la causalidad (la cual implica leyes); y, en segundo lugar, le permite pensar al hombre como ser libre y autónomo. Aunque a primera vista esto suene paradójico, él logra hacerlo del siguiente” (2007, p.113)

---

7 *Kant sostiene en su texto Fundamentación de la metafísica de las costumbres que “Los principios empíricos no sirven nunca para fundamento de leyes morales. Pues la universalidad con que deben valer para todos los seres racionales sin distinción, la necesidad práctica incondicionada que por ello les es atribuida desaparece cuando el fundamento de ella se deriva de la peculiar constitución de la naturaleza humana o de las circunstancias contingentes en que se coloca.” (p. 54)*





Todos los principios que pueden adoptarse desde este punto de vista son como lo menciona Kant o *empíricos*, o *racionales*. “Los *primeros*, derivados del principio de la *felicidad*, se asientan en el sentimiento físico o en el sentimiento moral; los *segundos*, derivados del principio de la *perfección*, se asientan, o en el concepto racional de la misma, como efecto posible, o en el concepto de una perfección independiente -la voluntad de Dios- como causa determinante de nuestra voluntad” (2007, p. 66)

Es de enfatizar que en esta teoría la voluntad o autonomía siempre debe estar sujeta al aspecto racional, pues, como lo sostienen G. Vidella y M. J Bertomeu:

“Pese a la importancia que este [principio] tiene para asegurar a todos la igualdad de posibilidades a fin de alcanzar una capacidad madura, al no ser un principio de justicia, no permite inferir acciones obligatorias por parte del Estado en atención a la demanda de equidad de los ciudadanos. Estas quedan libradas, a los resultados del debate parlamentario y a la paulatina formación de una *phronesis* publica que, como la de Pericles, sea capaz de contemplar el bien, no solo para un individuo o un pequeño grupo, sino para todos” (En Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 134)

Kant alrededor de las categorías de autonomía y heteronomía en *la Crítica a la Razón Practica* establece una serie de diferencias que es pertinente aclarar: a. La autonomía obedece a la libertad y la heteronomía pertenece a la causalidad natural; b. estas libertad y causalidad, aunque diferentes, pueden llegar a congeniar, pero siempre es más fundamento la libertad, la autonomía humana; c. la causalidad moral es superior a la causalidad natural, ya que es



trascendental, pero ambas apuntan al supremo bien; y, d. el hombre en su doble naturaleza tiende al bien supremo (p. 122).

Por lo anterior, no es posible concebir un estado de necesidad justificante y por ello se reconoce una *máxima*<sup>8</sup> moral kantiana “que no es otra cosa que una norma subjetiva, es una consideración del hombre que determina su conducta, pero que solamente lo hace a partir de las inclinaciones de manera subjetiva. Las máximas obedecen a una jerarquía en donde la que se acerca más al carácter universal es más apta para la moralidad” (Carvajal Orozco, 2009, p. 77)

No teniendo la última palabra Kant en relación al principio del “*ius necessitatis*”, otra aproximación puede darse desde la institución de la legítima defensa.

Así, en circunstancias llamadas “*excepcionales*” como lo describe Bouvier “los sistemas jurídicos autorizan de manera provisoria a los individuos a ejercer violencia sin recurrir a una autoridad estatal competente. La '*legítima defensa*' pertenece a este grupo de casos. Uno de los requisitos generalmente asociados a la legítima defensa es que ella resulta justificada si trata de evitar una agresión ilegítima en el sentido de no autorizada por una norma jurídica. Al menos, algunos de estos supuestos requieren que la agresión constituya un delito. A

---

8 *Las máximas, antes mencionadas, son también llamadas “axiomas prácticos; son subjetivas, son la expresión de nuestras decisiones subjetivas y máximas objetivas (leyes practicas). Las máximas objetivas son las que solo corresponden a una voluntad racional y por tanto libre. La diferencia entre máximas subjetivas y objetivas no la señala el contenido, la materia; tal diferencia se enmarca gracias a la “forma” que es un axioma practico objetivo y por ello netamente racional, ya que el sujeto, gracias a la “forma universal” fundamenta la determinación de la voluntad” (Ricken, 1987, p. 108)*



su vez, es usual agregar que solo debe ser prohibido penalmente aquello que satisfaga ciertos requisitos sustantivos en términos morales (v.g. generar un daño)". (2015, p. 208)

El derecho de '*legítima defensa*' es considerado por la doctrina como una circunstancia de exculpación o justificación en la cual el sujeto en defensa de un interés legítimo puede afectar los bienes jurídicos de otros bajo la premisa de la proporcionalidad y la existencia de un riesgo inminente. A diferencia del 'estado de necesidad', donde existe una colisión con el interés legítimo. Por su parte, la legítima defensa, como lo señala Boaz Sangero, implica la aplicación de la fuerza razonable, vital y defensiva frente a un ataque ilegítimo para repeler y neutralizar un riesgo frente a un legítimo interés –Bien Jurídico- (2006, p. 478)<sup>9</sup>

La '*legítima defensa*' para Laje Anaya es "La reacción que se proyecta frente a una agresión ilegítima y actual, que ha puesto en peligro a un bien jurídico protegido, y que ha hecho nacer la necesidad en el agredido, o de un tercero, de desviarla o de rechazarla de una manera racional" (Laje Anaya, 2003, p. 22)

En la doctrina de Abarca Galeas la legítima defensa está ligada al acto de provocación, "la legítima defensa de la vida del que se defiende, a saber, que se encuentre siendo actualmente agredido ilegítimamente, es decir, injustamente, porque el que repele al

---

9 *However, in addition to this common basic situation, private defense is unique in that it implies the application of vital and reasonable defensive force against the aggressor conducting the illegitimate attack, in order to repel the attack and neutralize the risk of anticipated injury to a legitimate interest. Thus private defense is unique in that it refers to force and injury directed at a human source of danger: the perpetrator of the illegitimate attack. (p. 478)*



agresor violentamente, tiene derecho para hacerlo y en tal caso obra justamente” (1999) Y, en ese sentido, Welzel reconoce que la “Defensa legítima es aquella defensa necesaria para contrarrestar una agresión antijurídica actual llevada contra quien se defiende o contra un tercero” (Welzel, 1956, p. 91).

Ahora bien, la legítima defensa como acción necesaria para contrarrestar los efectos de un ataque injusto se caracteriza por legitimar a quien la ejerce denotándolo como un actuar justo. Así pues, como indica Castillo González se circunscribe en una de “las causas de justificación que son, desde el punto de vista, principios jurídicos que establecen permisiones bajo determinadas circunstancias; es decir que dejan sin efecto el tipo prohibitivo (que prohíbe o que manda algo), en tanto que cuando ellas existen el comportamiento típico no es antijurídico” (Castillo González, 2004)

Aunado a ello, los Romanos fueron los primeros en proclamar una serie de condiciones para la procedencia de la 'legítima defensa'. En primer lugar, la agresión del atacante debe ser injusta; y, en segundo término, es necesario la existencia de peligro, no siendo preciso que se encuentre comenzado, sino que basta con que el peligro sea inminente. “Pero si el ataque desaparece, cesa el derecho de defensa, porque entonces la muerte del que agredió y desistió en sus violencias, sería una venganza.” (Jiménez de Asúa, 1952, p. 29)

La diferencia, como lo establece Luzón Peña, entre la '*legítima defensa*' y el '*estado de necesidad*' es que en el “primer caso no se requiere de la proporcionalidad entre los bienes o valores que exige el estado de necesidad; lo que es perfectamente comprensible, pues, si en el estado de necesidad hay un conflicto entre dos bienes igualmente protegidos por el derecho, es lógico que este no admita



que se salve un bien de menor valor a costa de otro de mayor valor. En cambio, la legítima defensa no se exige que el bien que se lesiona sea de menor valor que el que se quiera salvar, pues, por un lado, los bienes del agresor pierden en parte su valor al salirse aquel fuera de la órbita jurídica, y, por otro lado, la defensa no solo protege un bien particular del agredido, sino al orden jurídico mismo.” (En Nino, 2014, p. 117)

Como aclaración a estas ideas, Peña Pesina refiere que en la legítima defensa el conflicto surge entre el interés ilegítimo del agresor (matar, robar, violar, etc.) y el bien jurídicamente protegido del atacado (vida, honor, libertad, propiedad, etc.); en el estado de necesidad, *strícto sensu*, “el conflicto se produce entre dos intereses legítimos, procedentes de dos bienes jurídicos igualmente protegidos por las leyes; en el robo que comete el hambriento se hallan en colisión el derecho a la vida del que roba y el derecho de propiedad del despojado”. (2003, p. 38)

Es de entender, como lo sostiene Montano, que “la justificación proviene de una buena intención o según las circunstancias -salvar la propia vida- caemos en consecuencialismo (perspectiva teleológica) o en proporcionalismo. Según ellos, un acto puede ser considerado bueno, si el fin buscado es bueno y, también, puede serlo, si el fin buscado supone un mal menor. Sin embargo, para calificar la bondad de un acto se requiere que esta se dé en los tres aspectos de la acción: objeto, fin y circunstancias” (2016, p. 59)

En ese mismo sentido, sostiene Torres Ortega citando a Hart que “el fin general justificativo fue la prevención del daño a la sociedad, ya que el mantenimiento de esta institución solo puede estar justificado si es el medio idóneo para que el mayor número de



individuos cumplan con los estándares de conducta definidos” (2017, p. 201)

En la autodefensa según Santiago “se considera un derecho legítimo porque es otro, esto es, el agresor quien ha creado una situación de riesgo o peligro en la cual nos vemos involucrados involuntariamente y que nos obliga a decidir entre nuestra vida y la suya. Es este carácter de coerción a actuar de una manera contraria a nuestras convicciones o deseos lo que, en última instancia, reforzaría la idea de la legitimidad de la autodefensa” (Santiago, 2001, p. 123).

El requisito de necesidad según Von Bernath<sup>10</sup>, permite unir las condiciones legítimas de reconocimiento de la agresión a partir de reglas de imputación con la legitimación de la reacción defensiva: precisamente porque el agresor era plenamente responsable de producir una situación en que el mantenimiento de la propia posición jurídica sólo era posible en una forma definida por él, es que

---

10 *Al respecto von Bernath, defino una serie de teorías que son fundamentales frente al estudio de la legítima defensa desde el punto de vista individualista, supraindividualista y dualista que pueden constituirse en otra arista en estudios posteriores. En lo esencial, el acercamiento individualista se diferencia respecto del acercamiento supraindividualista haciendo referencia a la pregunta por el objeto cuya defensa justificaría la concesión del permiso de defensa frente a la agresión ilegítima. En la comprensión individualista, la defensa se justificaría en la protección de los bienes jurídicos individuales del agredido. En la comprensión supra-individualista, el derecho delegaría una facultad de prevención de la afectación del derecho mismo, lo que tiende a ser expresado de distintas formas (afectación y defensa de la vigencia o de la eficacia del derecho, afectación y defensa del ordenamiento jurídico en sí, afectación y defensa de la idea de derecho, etc.). De esta forma, el objeto de ataque de la agresión sería, en el caso de las teorías individualistas, el bien jurídico individual puesto en peligro, y correlativamente el objeto protegido por la acción en legítima defensa tendría que ser el mismo bien jurídico individual. En el otro, el objeto de ataque y de protección asume una composición colectiva. En la comprensión dualista, en cambio, ambos aspectos son tomados en cuenta para fundamentar la concesión de la facultad de defensa. (2015, p. 626-627)*



el derecho permite el ejercicio de esa forma de defensa. Esta forma de argumentación parece derivarse de lo que hemos denominado una teoría de la legítima defensa, esto es, la idea de que ella es simplemente lo necesario para mantener el derecho. (2017, p. 425)

Por su parte, para Leguizamo Ferrer “La utilización de un medio es necesaria y racional solo cuando el atacado no tenga a su disponibilidad otros medios que puedan resultar eficaces para contrarrestar la acometida. Si bien el agredido debe utilizar, entre los diversos medios idóneos que tiene a su disponibilidad, el menos lesivo, es claro que si no se tiene a la mano varios, sino un solo medio, por lesivo que sea, es admisible que el agredido haga uso del que tiene a su alcance para su defensa”. (p. 154)

Sin embargo, “el problema de la legítima defensa de los individuos suele plantear el problema de la contradicción entre la reivindicación de este supuesto derecho y el monopolio de la protección jurídica que en el Estado moderno corresponde al Estado. La defensa propia fue justificada tradicionalmente como un derecho natural de las personas para defender su vida y su integridad física. Pero a esta justificación se añade otra que considera que el agresor rompe el pacto social de paz y, por tanto, la autodefensa se presenta también como una forma de restaurar ese orden”. (Cruz Parceró, 2001, p.286)

La restricción a agresiones antijurídicas concentra la legítima defensa en el tipo básico de la competencia por la libertad “negativa” de los otros, el cual está relacionado conceptualmente con la noción de un derecho subjetivo. Dicho con las palabras de Kant: “...al derecho está unida a la vez, según el principio de contradicción, la facultad de coaccionar a quien lo lesiona” (Pawlik, 2013, p. 17).





Por eso, las legislaciones suelen establecer una relación de magnitud entre la agresión ilegítima y el medio defensivo. El acto físico de defensa propia tiene que ser proporcionado a la acción en defensa propia; de lo contrario, el acto ya no sería intencionalmente, esto es, objetivamente, un acto de defensa propia, sino que la acción intencional es “matar al agresor”. Esta proporcionalidad es una expresión del cómo de la intencionalidad. (Montano, 2016, p. 60)

Aterrizando lo dicho anteriormente, en el sistema interno colombiano el Código Penal consagra la Legítima defensa como una de las causales de Ausencia de Responsabilidad, dice la norma:

“Art. 32. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando...

6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión;

7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar”.

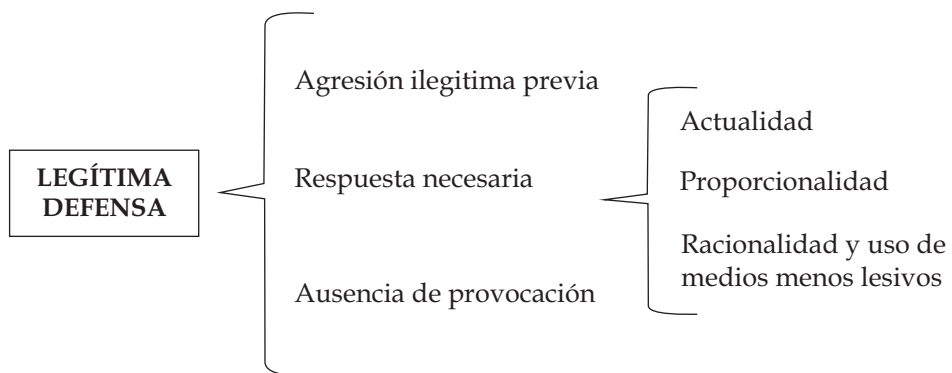
Así mismo, el citado estatuto establece que “Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.” (Ley 599, 2000)

Y, la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado los siguientes elementos para su determinación:

- a. Una agresión ilegítima o antijurídica que ponga en peligro al bien jurídico individual.



- b. El ataque al bien jurídico ha de ser actual o inminente, esto es, que se haya iniciado o sin duda alguna vaya a comenzar y que aun haya posibilidad de protegerlo.
- c. La defensa ha de resultar necesaria para impedir que el ataque se haga efectivo.
- d. La entidad de la defensa debe ser proporcionada cualitativa y cuantitativamente, es decir, respecto de la respuesta y los medios utilizados. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP979-50095, 2018)



*Elementos Estado de Necesidad*  
*Fuente: Elaboración Propia*

A la luz del numeral 6º, la legítima defensa puede ser objetiva o subjetiva dependiendo si se ubica en el inciso primero o en el inciso segundo de esta disposición, en la citada norma se tiene que (i) Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas; y, (ii) De otro lado, cuando “se obre por la



necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por *imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar*". (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, SP-48609, 2018)

La doctrina moderna, según Frank, considera a la legítima defensa como una causa de justificación, no punible, que excluye la antijuridicidad de una conducta típica, tornándola lícita. No se trata de una conducta ilícita. "Quien se defiende legítimamente no describe una conducta típicamente antijurídica y culpable, susceptible de imputabilidad, sino que obra jurídica y legalmente conforme el espíritu de la ley, por lo que no debe ser acusado (...)." (2000, p. 28)

Por ejemplo, Muñoz Conde y García Aran, señalan que en "la legítima defensa es preciso que el sujeto se defienda contra una agresión antijurídica (elemento objetivo esencial) y que, entre otros requisitos, lo haga de manera proporcionada (elemento objetivo no esencial). De la misma manera, sólo si estamos en una situación de necesidad (elemento esencial del estado de necesidad) podemos plantearnos si el mal causado es menor o igual que el evitado (elemento no esencial). O sólo si existe un derecho o deber (elemento esencial) podremos plantearnos si el sujeto ha actuado dentro de los límites de éste". (2010, p. 307-308)

Ahora bien, "si en la legítima defensa puede sacrificarse un bien jurídico del agresor en sí mismo más valioso, es porque el Derecho no tiene en cuenta sólo el valor intrínseco de los bienes del agresor y el agredido, sino también que el primero se enfrenta al Derecho mientras que el segundo lo defiende. También el ejercicio de un



derecho o el cumplimiento de un deber plantean situaciones de conflicto parecidas. La necesidad de justificación sólo se plantea precisamente cuando existe un desvalor típico, y la mayor o menor gravedad de éste determinará la importancia mayor o menor de los valores positivos requerida para la justificación” (Puig, 2002, p. 12)

Así entonces, el “*ius necessitatis*” reconoce el derecho de subsistencia a un sujeto donde la actuación implica una consecuencia jurídica. En tal sentido, reconoce que el sujeto ante una situación real, inminente en la cual se presenta un conflicto de intereses le permite contrarrestar una amenaza con el fin de proteger un bien mayor, un interés preponderante, un bien mayor en la cual no existe proporción, ni obligación de sacrificar el bien que se encuentra amenazado. Así mismo, no debe dejarse de lado que el mal que se ocasiona debe ser menor del que se trata de compensar para evitar un mal propio o ajeno.

Este concepto fue retomado por la teoría utilitarista frente al análisis de los delitos para quienes el fin principal es la prosecución de la felicidad sobre lo cual se ha establecido que para detener la conducta delictiva del sujeto se debe propender por el medio menos lesivo, esto es como lo sugiere Bentham “impedir el mal con el menor costo posible” (Bentham, 1781, p. 96). Desde este punto de vista, la elección de una conducta sobre otra, en la que medie el estado de necesidad, depende en estricto sentido de la maximización de la felicidad o la consecución de utilidad para el mayor número de personas lo que conlleva a una causal de exculpación del sujeto que actúa bajo esas condiciones.

Sin embargo, no es el único escenario de aplicación del “*ius necessitatis*” pues como lo indicó Kant este concepto se tomó como



aspecto clave de la justificación moral en la exteriorización de la voluntad y la libertad de los individuos, lo que permite estructurar el papel de los individuos en la sociedad y en las diferentes esferas de la vida humana como se estudiará en el siguiente capítulo.

# CAPÍTULO II

**ALGUNAS PROBLEMÁTICAS JURÍDICAS MODERNAS.  
Una Mirada desde el *Ius Necessitatis***



## CAPÍTULO II

### ALGUNAS PROBLEMÁTICAS JURÍDICAS MODERNAS.

#### Una Mirada desde el *Ius Necessitatis*

Una noción del “*ius necessitatis*”, en la dimensión del derecho moderno, parte de la toma de decisiones con una justificación moral en la que se evalúan las diferentes esferas de la vida humana. De tal forma que se analiza la elección de una conducta sobre otra basados en la consecuencia o utilidad que se desprenda de esta, así pues, estos parámetros se desarrollan en razón a la expresión de la autonomía propia del ser humano que le permite actuar en sociedad. Un ejemplo claro de esto lo representa el texto del “*náufrago de Carneades*” que denota la elección de conducta en una situación en la que se priva al otro superviviente de la única tabla que permite la salvación, en ésta “el acto de supervivencia (de autoconservación) no puede ser juzgado como no sujeto a pena (unsträflich, inculpabile), sino como no susceptible de ser penado (unstrafbar, impunibile); esta impunidad subjetiva es objeto de una sorprendente confusión con una impunidad objetiva (conforme a la ley) por parte de los profesores de derecho” (Kant, 1975, p.75).

De lo anterior se deriva una concepción que afecta la teoría del derecho de Kant, que involucra la expresión de voluntades y de las libertades a las cuales tiene derecho todo ser humano, las que dejan ver “la libertad exterior entendida como independencia de la voluntad coactiva de otro lo cual acude al elemento normativo de la





culpabilidad (lo que es propio de la impunitas) en un ámbito tradicionalmente subjetivo como la culpabilidad” (Del Valle, 2017, p.4)

Así, desde los inicios de la filosofía “se ha creído y cultivado el sentimiento de que poder elegir es ser libre y que un hombre privado de esta posibilidad es una marioneta que no puede contemplar sus acciones como propias, es más bien un medio pasivo a través del cual operan entes externos al individuo” (Figueroa Castillo, 2008, p.16).

Siguiendo esta línea, Santo Tomás de Aquino en su texto La Suma Teológica, señala que:

“El hombre posee libre albedrío; de lo contrario, serían inútiles los consejos, las exhortaciones, los preceptos, las prohibiciones, los premios y los castigos. Para explicar esto, adviértase que hay seres que obran sin juicio previo alguno; una piedra que cae y cuantos seres carecen de conocimiento. Otros obran con un juicio previo, pero no libre; así los animales. La oveja que ve venir al lobo, juzga que debe huir de él; pero con un juicio natural y no libre, puesto que no juzga por comparación, sino por instinto natural”. (1959, p. 359)

Para Berlín:

“Sólo puedo ser verdaderamente libre y autocontrolarme si soy realmente racional – una creencia que se remonta a Platón- y puesto que quizás no soy suficientemente racional, debo obedecer a aquellos que son completamente racionales y que, por tanto, saben lo que es mejor no sólo para ellos sino para mí, que pueden guiarme de modo que se despierte mi verdadero



sujeto racional y acabe haciéndose cargo de lo que verdaderamente le corresponde". (2001, p.146)

En la Convención Americana de Derechos Humanos se refiere que:

"La libertad como uno de los presupuestos del ser humano y con base en ella, pero al lado de la dignidad humana, se ha construido la esencia de los derechos de la persona. Las libertades públicas, ámbito de actuación del individuo oponible al actuar de las autoridades, han sido una conquista histórica que ha ayudado a la reivindicación del ser humano, razón por la cual resulta de especial importancia adentrarnos en los orígenes de su concepción, así como en la evolución que ha experimentado mediante el pensamiento filosófico y político, para de esta manera poderla aplicar al pensamiento constitucional y en especial a los derechos de libertad". (Art. 32.2)

Siguiendo a Kant, este involucra otro concepto que viene relacionado con la Libertad y es el de la razón, la cual considera "es resultado, efecto del ejercicio de la libertad, y no a la inversa. Pues como se recordará, se ha definido a la razón como la más alta posibilidad de ser hombre. Y en cuanto tal –entendiendo desde luego posibilidad en el sentido racionalista del término: en cuanto "pensabilidad" o "realitas"-, esta se realiza, se va haciendo en la historia e imponiendo en la convivencia humana" (Duque, 2004, p. 8), esta libertad se enfoca a las acciones como parte de la autonomía de cada persona dejando ver principios morales y éticos que se han desarrollado en cada contexto del ser humano.

Si bien es cierto, los pensamientos filosóficos promulgados por autores como Platón o Aristóteles se enfocaron en mantener las



decisiones del hombre dentro de un entorno apegado a la voluntad de la razón, y, en consecuencia, nacieron situaciones que necesitaron apegarse más a una filosofía práctica, la cual se ha venido desarrollando desde hace más de tres décadas, y ha estado relacionada con otras áreas, es decir ha sido “la filosofía de la ciencia, la cual encierra una gama amplia de perspectivas, problemas y planteamientos que abarcan desde la filosofía de la ciencia general, hasta filosofías de ciencias específicas, como la física, la biología, la economía; desde el análisis de temas específicos, como el progreso científico, la medición científica, los modelos y grafos, hasta el empleo de las ciencias cognitivas, la historia de la ciencia y las prácticas científicas”. (Guillaumin, 2018, p. 115).

En adición a lo anterior, han aparecido desafíos que buscan dar sentido a la relación en lo que la filosofía había propuesto desde un aspecto subjetivo y que debido a los avances de la modernidad han tenido que cambiar dando paso a la relación interdisciplinar con otras áreas del conocimiento, buscando “pensar en la figura del sujeto más allá de ciertas alternativas que clausuran la reflexión, es decir no se trata de restaurar el cogito cartesiano<sup>11</sup> ni una concepción metafísica de sujeto transparente. Pero tampoco de quedar presos de

---

11 “El cogito cartesiano es el resultado del procedimiento analítico que Descartes ha aplicado cuando emprende el examen de nuestra certeza. Bajo el término cogito entendemos el -yo pienso- como el residuo analítico que hasta el momento no tiene consecuencia ontológica alguna. El -Sum-, es decir, que -yo existo-, y que 'yo soy una cosa pensante', son consecuencias ontológicas que, en sentido estricto, cambian el nivel de la argumentación de un nivel digamos, epistemológico, a uno ontológico. El análisis de la certeza por medio de la duda acontecía en el nivel epistemológico. El resultado de este análisis, a saber el cogito, constituye la base de cualquier otro conocimiento. Pero, dado que el cogito es demasiado precario para ser capaz de proveernos de conocimientos ulteriores” (Serrano, 1994, p. 22-23).



una determinada crítica a la idea de sujeto que arrastra demasiado tras de sí” (Giaccaglia et al, 2011, p.75), dejando ver al sujeto no solo desde el área de lo que se considera racional sino desde el aspecto donde existen alternativas que modifican el comportamiento de cada sujeto desde un entorno individual, el cual viene modificado por el contexto social al cual se enfrenta, entendiendo entonces que “desde estas prácticas queda también establecido lo que es o no racional, lo que se admite o lo que debe excluirse” (Candioti, 2008b),

Es así entonces, como lo refiere Lukac “La razón vincula, pues, toda máxima de la voluntad como universalmente legisladora a cualquier voluntad y también a cualquier acción para consigo mismo, y esto no en virtud de ningún otro motivo práctico o en vista de algún provecho futuro, sino por la idea de la dignidad de un ser racional que no obedece otra ley que aquella que él se da a sí mismo” (Lukac, 2007, p. 14).

Es por ello que una mirada, no solo desde el ámbito filosófico, puede agregar una conceptualización moderna a lo que se refiere al hombre y sus decisiones frente al desarrollo de Libertad, “esta configuración de sentidos y de pautas de legitimación incide directamente en el modo en que se concibe la constitución de los sujetos, sus roles y relaciones en la trama social; es desde aquí, también, que se determinan estructuras de relevancia que dan sentido a las acciones, y se sostienen, justifican y autorizan las decisiones. Es por esto que una mirada reflexiva en el campo de la ética y la filosofía política requiere investigar estos procesos de construcción de significados y de búsqueda de consenso, y precisar su alcance”. (Giaccaglia et al, 2011, p.76).



El paso que se sugiere desde la filosofía práctica Kantiana a la amplitud del derecho Moderno, puede darse desde el reconocimiento de los componentes de la filosofía practica que el mismo Kant fijó en tres: “la *física*, la *ética* y la *lógica*, esta división es perfectamente adecuada a la naturaleza de la cuestión y no hay en ella nada que mejorar, a no ser, acaso, solamente añadir el principio de la misma, en parte para asegurarse de esta manera de que es completa y en parte para poder determinar correctamente las subdivisiones, de igual forma la filosofía en general, entendida como sistema, se divide primero en su parte formal y en su parte material, de las cuales la primera (la *lógica*) comprende meramente la forma de pensar, en un sistema de reglas, y la segunda (la parte real) somete sistemáticamente a consideración los objetos sobre los cuales se piensa, en la medida en que sea posible un conocimiento racional de los mismos a partir de conceptos”. (Casales García, 2015, p.7).

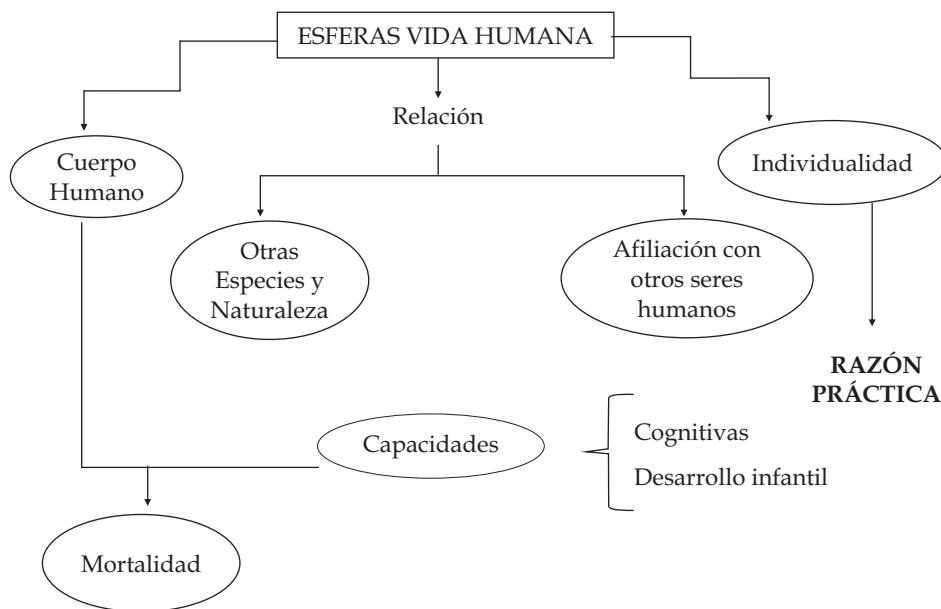
Respecto de la *Ética*, “partiendo de la teoría aristotélica el concepto de persona es moral y político (siempre y al mismo tiempo). Es un sujeto que es autónomo y fin en sí mismo, es decir, capaz de darse sus propias leyes a partir de un diálogo que establece consigo mismo y también con sus semejantes acerca de los bienes que permiten llevar a cabo una vida digna de ser vivida. En este sentido posee dignidad y no precio, es fin y no medio, siguiendo terminología kantiana”. (González Esteban, 2007, p. 99).

Por eso, esta concepción de *ética* incide de manera importante en las decisiones que el sujeto toma en el ejercicio de su libertad y la apropiación de la consecuencia de sus actos. De otro lado es de reconocer que las capacidades y habilidades de los sujetos hacen parte del entorno en el que se encuentren, es así que Nussbaum, al



referirse al sujeto como autónomo, afirma que “las capacidades practicas permiten que el ser humano pueda ser capaz de enfrentarse a su vida de modo que pueda llevar una buena vida humana, dos de ellas son arquitectónicas, a saber, la razón práctica y la afiliación. Estas dos capacidades son las que le permiten al ser humano descubrir qué vida quiere llevar a cabo y realizar ese descubrimiento junto con otros en procesos de deliberación de carácter tanto intrasubjetivo como intersubjetivo”, (Nussbaum, 1992, pp. 222- 223; 2000a, p. 120). Dentro de estas deliberaciones Nussbaum explica, mediante un umbral, que las esferas de la vida humana hacen parte del desarrollo de los sujetos en la que se sustentan las diferentes áreas a las que se expone el sujeto con el fin de lograr una apropiación de decisiones y de qué manera estas inciden como medio del desarrollo de sus capacidades.

La gráfica a continuación expresa las consideraciones de la vida humana materiales representadas por el respeto al cuerpo humano, y lo no intangible como es la noción de individualidad.



*Esferas de la Vida Humana*  
*Fuente: Elaboración Propia*

Así, el manejo del cuerpo humano depende de las experiencias a las cuales se enfrenta, es decir, de aquellas necesidades básicas como lo son, el alimentarse o vestirse, o inclusive aquellas necesidades fisiológicas; así mismo, el ser humano se relaciona con otros seres humanos buscando una afiliación o similitud que le permita el desarrollo de capacidades cognitivas, sin dejar de un lado que cada persona siente y se expresa de manera diferente es decir la capacidad de la razón práctica que busca que cada sujeto intenta tener el control y planificación de sus vidas, lo anterior en relación a los factores externos que aparecen en diferentes contextos y a las condiciones físicas, psicológicas, y sociales.

Ahora bien, “la distinción kantiana entre el uso teórico y el uso práctico de la razón, entre la metafísica de la naturaleza y la



metafísica de las costumbres, entre la consideración fisiológica y la consideración pragmática del hombre: una apunta a determinar lo que la naturaleza hace del hombre, la otra lo que el hombre como ser libre hace o bien puede y debe hacer de sí mismo (Lariguet, 2014, P. 198), sin embargo, este concepto de razón es el resultado de los deseos humanos y de los intereses propios de cada persona, o sea, “La razón gobierna al mundo (al mundo histórico, o sea: el mundo por antonomasia), más lo hace de un modo bien irracional, al menos visto desde abajo: desde quienes hacen la historia (por no hablar de los que la sufren). Pues la razón se realiza sirviéndose de los intereses propios y pasiones de los hombres (la primera naturaleza, asimilada e interiorizada mediante el trabajo y los quehaceres pragmáticos) para sostenerse en vilo, por así decir, nutriendo su universalidad de la lucha entre facciones particulares”. (Duque, 2004, p.6).

A partir de estos intereses propios e individuales, Hegel se refiere a que “lo particular tiene su interés propio en la historia universal, reconoce también que el interés particular es algo finito y como tal debe sucumbir. Los fines particulares –prosigue el autor- se combaten unos a otros y una parte de ellos sucumbe. Pero precisamente con la lucha, con la ruina de lo particular se produce lo universal. Este no perece, la idea universal no se entrega a la oposición y a la lucha, no se expone al peligro, permanece intangible e ileso, en el fondo y envía lo particular de la pasión a que en la lucha reciba los golpes. Se puede llamar a esto el ardid de la razón; la razón hace que las pasiones obren por ella y que aquello que inmediatamente lo cual la razón llega a la existencia, no se pierda y sufra daño” (Hegel citado en Calero, 2010, P. 40).





En Hegel, toda acción de las personas se encuentra predefinida de acuerdo al entorno en el que se encuentren, por lo que hace mención del Ethos<sup>12</sup>, el cual indica que “Cuando se quiere obrar, no solo hay que querer el bien, sino que se necesita saber si el bien es esto o aquello. Los contenidos buenos y malos, justos e injustos, están determinados, si para los casos habituales de la vida privada, en las leyes y costumbres de un Estado. No hay ninguna dificultad en saberlo”. (1975, p. 44)

Desde otra dimensión, como lo es el enfoque de la filosofía Moral, filósofos como Aristóteles entablan la relación que existe entre la libertad y la moralidad, dejando ver que las acciones producto de la libertad no son afectables la una por la otra, es así que:

“sólo las acciones arbitrarias pueden calificarse éticamente. Esta arbitrariedad es de la libertad, y las acciones que son plenamente libres son aquellas que nacen dentro de la personalidad misma con pleno conocimiento de las situaciones. Las únicas acciones que son susceptibles de ser juzgadas éticamente son aquellas que se originan en la libre elección, así mismo no desconoce el problema de la necesidad, pero para él lo que violenta se califica como necesaria. Y es la violencia la que produce el acto involuntario y la falta de libertad. Es posible, sin embargo, distinguir entre diversos tipos de

---

12 “Un ethos es el espíritu que permea a un grupo social, un conjunto de actitudes y valores, de hábitos arraigados en el grupo. Podemos así, hablar de un ethos militar, religioso, de la sociedad de mercado, del de la familia Pérez, de los gaminos bogotanos, etc. En las sociedades siempre hay ethos dominantes y ethos dominados. En tiempos de guerra el ethos militar se hace dominante y tiende a pernear a todos los otros ethos que componen la organización social. Lo que nos interesa tratar aquí es la posibilidad del desarrollo de un ethos filosófico”. (Guzman, 2007, p.138)



necesidad: la causada por la violencia y la que resulta de la naturaleza humana. Esta última no nos quita la libertad". (Chafuén, 2005, p. 180)

Enfatiza Manuel Rio, en la relación que presenta la libertad con el hecho de las necesidades de las personas que "la necesidad, en cuanto que es juzgada compatible con la libertad, nunca se estima ni forzosa ni esclavizante ni envilecedora", (Rio, 1969, p.24). Esta libertad "en este terreno, sólo puede consistir en que el hombre socializado, los productores asociados regulen racionalmente éste su intercambio de materias con la naturaleza, lo pongan bajo su control común en vez de dejarse dominar por él como un poder ciego, y lo lleven a cabo con el menor gasto posible de fuerzas y en las condiciones más adecuadas y más dignas de su naturaleza humana. Pero, con todo ello, siempre seguirá siendo éste un reino de la necesidad". (Marx, 1972, p. 759)

Concibe a su vez que "la libertad individual no es la primera necesidad de todo el mundo, pues, como es evidente, en determinados lugares y momentos parece absurdo ofrecer derechos políticos, económicos y sociales a masas de población desnudas, como se ha indicado lo que atormenta a los liberales occidentales no es que la libertad que buscan los hombres difiera en relación con sus condiciones sociales o económicas, sino que la minoría que la posee la haya conseguido explotando o, al menos, dando la espalda a la gran mayoría que no la disfruta, con el inconveniente de que aquí estaríamos sacrificando la libertad en aras de justicia, de igualdad o de solidaridad, cuando realmente cada cosa es simplemente lo que es, esto es, libertad es libertad y no igualdad, equidad o justicia" (Berlín, 2001, P. 1)



Kant hace referencia a la dignidad humana, “como un valor intrínseco de la persona moral, la cual no admite equivalentes, la dignidad no debe ser confundida con ninguna cosa, con ninguna mercancía, dado que no se trata de nada útil ni intercambiable o provechoso” (Kant, I. 1989, 30), es así entonces que volviendo a la definición de ética, según Kant, llegue sólo hasta “los límites de los deberes recíprocos de los hombres” (Kant, I. 1989, 371).

Así mismo, lo define como “un requerimiento moral que exige tratar a toda persona como un fin en sí mismo”. Las palabras de Kant son las siguientes: “[Todo] tiene o un precio o una dignidad. Lo que tiene un precio puede ser sustituido por otra cosa como equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite equivalente, posee dignidad” (Kant 2003, p. 74 (4: 434)), es decir, “la dignidad humana no se puede tomar como una cosa material, ya que se enfoca a la naturaleza humana y de toda naturaleza racional” (Kant, I. 1996, 49).

En ese mismo sentido, Michelini afirma que el ser humano “es un fin en sí mismo, que, a su vez, puede proponerse fines. Es un ser capaz de hacerse preguntas morales, de discernir entre lo justo y lo injusto, de distinguir entre acciones morales e inmorales, y de obrar según principios morales, es decir, de obrar de forma responsable. Los seres moralmente imputables son fines en sí mismos, esto es, son seres autónomos y merecen un respeto incondicionado”, (Michelini, 2010, p. 42).

El concepto de dignidad humana “deriva de su naturaleza humana pero dicha naturaleza se desvincula progresivamente de cualquier origen divino, el hombre es un fin en sí mismo y debe ser tratado como tal y no meramente como un medio. Esta nueva



formulación de la dignidad se plasmará en el ámbito jurídico con la aparición de los derechos humanos. Desde ahora, la dignidad humana no sólo tiene un alcance vertical (la superioridad de los seres humanos sobre los animales) sino también un alcance horizontal (la igualdad de los seres humanos entre ellos sea cual sea el rango que cada uno pueda desempeñar en la sociedad)", (Pelè, 2004, p. 1).

Surge un concepto del estudio de la conducta desde la perspectiva de la bioética, como medio "de la búsqueda de normas que orienten la acción, cabe una posición pragmática que considera imposible el consenso en las cuestiones de fondo dentro de una sociedad pluralista, y propone por tanto una ética de mínimos aceptables que siga al parecer de la mayoría, en la búsqueda de compromisos prácticos", (León, 1997)

Ya en en la modernidad los abordajes desde la dimensión de la bioética que terminan en la aceptabilidad de las justificaciones sobre las decisiones sobre el cuerpo, lo que puede permitir hacer una defensa del principio de "*ius necessitatis*".

En la sociedad contemporánea se encuentra que las decisiones humanas forman base de las diferentes conductas de los seres humanos, sin embargo, estamos en una época en la que la responsabilidad de los actos recae en buscar un culpable a estas decisiones enmarcadas en el cumplimiento de los valores morales tradicionales, es decir "Se hace al individualismo irresponsable, ya no se cuenta con modelo alguno al que se le pueda otorgar total credibilidad. Así, entonces, es como la ética llega a convertirse en un peligroso remedio clave; dado que no quedan referentes ideológicos capaces de alentar una salida." (Villaruel, 2000, p. 148).



Ahora bien, y partiendo del estudio de la conducta humana, se encuentra un concepto a relacionar que involucra la bioética como medio de dar respuesta a las decisiones que se toman, dando una justificación a las actuaciones humanas, esta se define “formalmente como una rama o subdisciplina del saber ético, del que recibe el estatuto epistemológico básico y con el que mantiene una relación de dependencia justificadora y orientadora. El análisis de los temas, aunque tiene una omnipresente referencia a la ética, tiene que ser llevado a cabo mediante una metodología interdisciplinar” (Vidal, 1989, p. 12).

Es decir, “La Bioética persigue la armonización entre dos derechos fundamentales: el derecho a la dignidad humana y el derecho a la participación en los beneficios del progreso científico y tecnológico” (Marcelo Palacios, 1999:57-58), el avanzar y dar el uso correcto a los diferentes avances tecnológicos, lo anterior no con el fin de crear soluciones fantásticas, sino por el contrario soluciones a las problemáticas reales sociales, en busca de preservar el derecho a la dignidad tal como lo dice, Adela Cortina “La Bioética cumple la función social de preservar el respeto a la dignidad humana en el desarrollo de la ciencia biológica y sus aplicaciones” (Cortina, 1999).

Asimismo, “estudia la moralidad de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida. Es de carácter interdisciplinario. Es un instrumento de reflexión para orientar el saber biomédico y tecnológico, en función de una protección cada vez más responsable de la vida humana”. (Mercado, 2001, p. 129), de igual forma la bioética ha sido definida por varios filósofos así:

**En el siguiente esquema aclara los fundamentos en referencia:**



<b>Visión Ética</b>	<b>Exponente</b>	<b>Planteamientos</b>
Platonismo	Platón 427-347 AC	Todas las acciones humanas tienden al bien
Aristotelismo	Aristóteles 384-322 AC	Existe una ley natural que forma parte del orden general de las cosas. La finalidad de la actividad humana es la felicidad.
Epicureísmo	Epicuro 341-270 AC	Ética del placer. Valor es aquello que da placer a los sentidos.
Cristianismo	Jesús 0-33	El amor incondicional es el vínculo perfecto para la unidad humana.
Aristotelismo	Tomas de Aquino 1225-1274	El bien del ser humano esta de acuerdo con la razón y el mal humano está fuera de lo razonable.
Altruismo	Adam Smith 1723-1790	La simpatía por los demás es la base de la moral.
Subjetivismo	David Hume 1771-1776	La moral es cuestión de sentimientos. El individuo opta según lo que siente.
Éticas Formales	Emmanuel Kant 1724-1910	No aborda el contenido de lo moral, su interés son las formas del acto moral.
Pragmatismo	William James 1824-1910	Bueno es lo que sirve
Espontaneísmo	Friedrich Nietzsche 1844-1900	La moral es la expresión del poder los hombres, cada quien decide lo que quiere ser.
Utilitarismo	Stuart Mill 1806-1883	El mayor bien para el mayor número de personas.
Marxismo	Karl Marx 1818-1883	Valor es aquello que permite una sociedad sin clases.
Positivismo	George Edward Moore 1903	Bueno es lo que manda la Ley.

*Conceptualización Bioética*

*Fuente: Información tomada de Escobar - Picasso, E., & Escobar-Cosme, A. L. (2010). Principales corrientes filosóficas en bioética. Boletín médico del Hospital Infantil de México, 67(3), 196-203.*



A partir de lo anterior, es notable la relación del aspecto moral con el interés de justificar los actos a través de la búsqueda de la realización humana hacia la felicidad según lo determinó Aristoteles. Sin embargo, como lo afirma Nietzsche, la moralidad en los actos es la expresión del poder que tienen los hombres, es decir, sus actos se fundamentan en la libertad de sus decisiones y, por tanto, se asume que cada hombre debe ser responsable de la consecuencia de sus actos siempre enfocándose en el bien para los demás, sin dejar de un lado que “La responsabilidad es condición indispensable para ejercer la libertad, pues, esta última no debe estar sujeta a un capricho o deseo insensato. La libertad se comporta de acuerdo a las normas morales y a las pautas de conducta. Ser una persona libre significa proceder responsablemente respecto a sí mismo, a los demás y al medio que lo circunda” (Hernández, 2013, p.5)

De otro lado, De Las Morenas afirma que “La Bioética nace para alumbrar la razón, no para aumentar las tinieblas en las que el avance tecnológico parece envolver al hombre actual. No se apoya ni en misterios ni en actos de fe, que lluevan sobre las personas con normas de comportamientos fijos e inmutables, creando una falsa y confortable seguridad, tan necesaria a la humana debilidad”. (De las Morenas Travesedo, 1999, p. 250).

Lo anterior, también es tratado por Lopez Moratalla, donde “La racionalidad bioética se construye por la integración interdisciplinar del sentido natural de los procesos biológicos, que aporta la ciencia, con el significado humano de esos procesos, y que requiere de una antropología realista” (López Moratalla, 2013), es decir no debe tomarse a la bioética como un instrumento que justique la moralidad de los actos humanos.



De igual forma se puede indicar que “Una de las características de la bioética, es su carácter pluralista e interdisciplinario. La bioética no asume respuestas definitivas para los problemas más complejos que se plantean a la vida humana. No asume enfoques religiosos ni dogmáticos y busca el concurso de distintos saberes en el estudio de los mismos” (Losada Sierra, 2010, p. 7), lo cual sigue guiando a la bioética desde un aspecto global y no Moral, con un aspecto exagerado que sea definitivo en las decisiones humanas.

Así mismo, en el año 2000 Fernando Lolas-Stepke afirmó que “La versión de Bioética hoy prevaleciente puede sugerir una simplificadora esperanza que indica que los grandes problemas pueden ser reducidos a sencillos algoritmos morales que se resuelven aplicando principios elementales. Hablar de autonomía, beneficencia, no-maleficencia, y justicia se ha convertido en tópico. Estos principios, en sí mismos, no brindan claves para saber cuál es más importante o primordial. Tampoco para determinar cuándo y cómo han de aplicarse a casos concretos”, (Lolas-Stepke, 2000. P. 13), es así tanto que Garzon Diaz, afirma que “la Ética civil de nuestras sociedades en los albores del siglo XXI. La ética de estas décadas será Bioética o, en caso contrario, no será nada. (Garzón Díaz, 2000, pág. 54).

En ese mismo año y con una perspectiva similar Salazar se refiere a la bioética en Latinoamérica indicando que esta se encuentra “marcada por un fuerte tinte social: los conceptos de justicia, equidad y solidaridad deben ocupar un lugar privilegiado” (Salazar, 2000, p. 55), y de esta forma se logra reafirmar que la bioética no puede ser la respuesta a las problemáticas de los seres humanos y la justificación de sus actos y expresión de libertad.





Arana y Madero afirman que la bioética nace “ como una respuesta primordial al gran volumen de conflictos suscitados por el rápido avance del conocimiento científico y técnico en las diferentes áreas de la medicina y la biología. La bioética es ante todo ética, lo cual significa que forma parte de aquella rama de la filosofía que se ocupa de estudiar la moralidad de la acción del hombre. La ética es, por lo tanto, la disciplina que considera los actos humanos como buenos o malos y la bioética, es una parte de la ética sin ser toda la ética. Ella se ocupa de la vida en cuanto es.” (Arana & Madero, 2001, p. 3)

Como se ha venido tratando, la Bioética, nace en un entorno donde se busca salida a los diferente problemas humanos, inclusive a la resolución de problemas en la sociedad, “Sin embargo la Bioética ofrece una acción más amplia sobre los valores y su reflexión en un mundo cambiante y globalizado, la supervivencia y el bienestar humanos pueden depender del éxito en empeño por hacer que el desarrollo sostenible pase a ser una ética mundial, esta nueva ética mundial es Bioética, que como hemos considerado atrás no debe considerarse como la ética de las profesiones biológicas médicas, sino como la ética fundamental y civil de nuestras sociedades, (Cortina, 1994, p.16)”

“También se conoce la bioética desde el enfoque personalista y principialista, la primera de estas no prescinde de una antropología de referencia, dentro de la cual el valor de la vida física corpórea, del amor conyugal y de la procreación, del dolor y de la enfermedad, de la muerte y del morir, de la relación libertad-responsabilidad, individuo y sociedad, encuentren su propio marco y su valoración ética. El pensamiento personalista, de un personalismo ontológicamente fundado encuentra en esta reflexión, un punto de



confrontación cultural y enriquecimiento” (Sgreccia et al, 1994, p.52), asimismo hay que tener en cuenta que no se debe tomar esta concepción desde el ámbito subjetivo de las personas.

Esta bioética personalista según autores como Schotsmans “trata a cada hombre como un fin en sí mismo, con igual dignidad, supone una actitud fundamental en las cuestiones bioéticas en las que se ve comprometida la persona que ya no tiene autonomía, el embrión, o bien los discapacitados, etc. Consciente de los desacuerdos en la comprensión de la dignidad humana, Schotsmans resume su contenido sustancial en los siguientes siete puntos:

1. Reconocimiento del otro en una relación intersubjetiva.
2. Muestra el valor intrínseco y la responsabilidad moral de cada ser humano.
3. La persona no tiene precio. No puede ser objeto de comercio.
4. Dignidad basada en relaciones de orgullo y vergüenza respecto de sí y de los otros.
5. La dignidad define ciertas situaciones y emociones tabú como los límites del comportamiento civilizado.
6. La dignidad surge del proceso de civilización
7. La dignidad incluye la apertura del individuo a dimensiones metafísicas de la vida, referidas a situaciones límites de la existencia: nacer, sufrir, morir”, (Schotsmans en Lukac, 2007, p.22)

De igual forma, Garcia José afirma que la Bioética personalista involucra los siguientes principios:



“1. **Principio de defensa de la vida física:** destaca que la vida física, corpórea, es el valor fundamental de la persona porque la persona no puede existir si no es en un cuerpo. Tampoco la libertad puede darse sin la vida física: para ser libre es necesario ser viviente. No se puede ser libre si no tenemos la vida. La vida llega anteriormente a la libertad; por eso, cuando la libertad suprime la vida es una libertad que se suprime a sí misma.

2. **Principio de Totalidad:** la persona humana con el organismo corpóreo, constituye una totalidad y el organismo mismo es una totalidad. De aquí se deriva el Principio terapéutico, por el cual es lícito intervenir en una parte del cuerpo cuando no hay otra forma para sanar la totalidad del cuerpo. Se requieren las siguientes condiciones precisas: consentimiento informado de la persona, esperanza de éxito, e imposibilidad de curar la totalidad sin intervención.

3. **Principio de Libertad y Responsabilidad:** en él se engloba el concepto de que la persona es libre, pero es libre para conseguir el bien de sí mismo y el bien de las otras personas y de todo el mundo, pues el mundo ha sido confiado a la responsabilidad humana. No puede celebrarse la libertad sin celebrar la responsabilidad. Se debe procurar una bioética de la responsabilidad frente a las otras personas, frente a sí mismo y, ante todo, a la propia vida, a la vida de los otros hombres, de los otros seres vivientes.

4. **Principio de la Sociabilidad y Subsidiaridad:** La persona está inserta en una sociedad, es más, es el centro de la sociedad, por eso debe ser beneficiaria de toda la organización social, porque la sociedad se beneficia de la persona, de todo hombre y de todos los hombres. Es decir, que todo el bien que puede hacer la persona por sí



mismo debe ser respetado, así como todo el bien que pueden hacer las personas asociadas en familia o en las libres asociaciones debe ser respetado también” (García, 2012, p.3).

Así mismo, el personalismo contiene los siguientes puntos temáticos, como lo sostiene Burgos Velasco:

“**Del qué al quién:** el hombre no es una cosa, y ni siquiera un qué, una naturaleza. Es un sujeto individual irrepetible, es decir, un quién.

**Estructura tridimensional de la persona:** para una comprensión adecuada del ser humano es necesario superar la distinción alma - cuerpo y pasar a una estructura más compleja, tripartita, que permite explicar mucho mejor las características del ser personal. Estas tres dimensiones son cuerpo, psique y espíritu.

Carácter autónomo, originario y estructural de la afectividad el personalismo estima que la afectividad es una estructura esencial, originaria y autónoma de la persona y que, al menos en algunos aspectos, posee una dimensión espiritual. Un hombre sin sentimientos, sin afectividad, sin corazón, no es un hombre.

**Las relaciones interpersonales:** dialogicidad del mundo. El personalismo ha asumido plenamente la aportación realizada por la filosofía del diálogo acerca del carácter y de la importancia de las relaciones interpersonales. La relación, último accidente para Aristóteles, resulta así ser esencial en la filosofía, y, particularmente, la relación interpersonal:

**Primacía de la libertad y el amor.** El personalismo concede el máximo valor a la dimensión voluntaria o, en términos de potencias, a la libertad y el corazón. Un planteamiento que conduce a la



revalorización de acción, al estudio de las múltiples dimensiones en las que se despliega la actividad humana y a la superación de una exaltación exacerbada de los procesos cognitivos.

**Corporeidad. Sexualidad.** Su consideración global de la persona y su acercamiento fenomenológico al cuerpo humano le permite descubrir la riqueza de matices y la importancia que tienen todos los aspectos corporales. La corporalidad abre el camino hacia el tratamiento de la sexualidad, y esta conduce a su vez a otro gran tema: la dualidad varón-mujer, un hecho obvio, pero del que la filosofía se ha hecho eco sólo muy tardíamente” (Burgos Velasco, 2013, p 24).

La corriente personalista presenta “como alternativa genuina entre el individualismo y el colectivismo, entre una antropología individualista y una sociología colectivista, centrado en la persona, como noción moderna y cercana a otros conceptos modernos como la subjetividad o la libertad” (Burgos, 2000, p.26), trascendiendo más allá de una filosofía colmada de los interrogantes moralistas que la sociedad ha impuesto y es así que se “centra en la persona entendida como ser subsistente y autónomo, pero esencialmente social: no es el individuo aislado del liberalismo, sino un ser social y comunitario, con valor en sí mismo frente a cualquier colectivismo, y abierto a la trascendencia”, (León-correa, 2008, p. 53).

Existe otra perspectiva de la Bioética, denominada principialismo, ésta se basa en los principios de “Beneficencia, No-maleficencia, justicia y autonomía propuestos por Beauchamp y Childress (1979), estos autores elaboran “un “paradigma” moral para quienes trabajan en el ámbito de la salud, a los fines de proporcionar una referencia práctico y conceptual que pueda servir de orientación en situaciones



concretas. Tal paradigma, como se sabe, estaba asentado en las bases de los principios de autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia, interpretados a la luz de dos teorías, el utilitarismo mitigado y la deontología prima facie”. (García, 2012, p. 69)

La perspectiva principialista, nace “en el entorno y el tiempo en que lo hizo porque prometía ayudar a los proveedores de cuidados asistenciales y a los pacientes en las sociedades seculares, industrializadas de Occidente como los Estados Unidos a resolver sus dilemas morales, particularmente aquellos creados por la emergencia de tecnologías de prolongación de la vida”, (Tong, 2002, p. 418),

La bioética principialista está fundada sobre cuatro pilares que en el siguiente esquema se explican:

---

<b>Principio de la Autonomía</b>	En el ámbito médico significa que los valores, criterios y preferencias del enfermo gozan de prioridad en la toma de decisiones, en virtud de su dignidad como sujeto. Este principio guarda inmediata relación con la cuestión del consentimiento informado de la persona actual o potencialmente enferma. Esto permite una relación más simétrica entre médico paciente, alejando así el antiguo paternalismo médico.
<b>Principio de Beneficencia</b>	Compromete a proporcionar beneficios a los demás. Es decir, hacer todo el bien al paciente. Claro que el problema que se presenta aquí de inmediato es la variedad de concepciones acerca de lo que podemos entender por beneficio o perjuicio.

---



---

<b>Principio de No maleficencia</b>	Nos obliga a no dañar a los demás. Clásicamente conocido como <i>primum non nocere</i> , es un principio prioritario.
<b>Principio de Justicia:</b>	En el acto médico hay un tercer actor, la sociedad, en la que el médico y el paciente se insertan. En ella, todos los sujetos merecen el mismo respeto y deben reivindicar su derecho a la vida, a la salud y a la equidad en la distribución de los recursos sanitarios. El principio de justicia refiere a la obligación de igualdad en los tratamientos y, en lo que respecta al Estado, a la equitativa distribución de recursos para la sanidad, los hospitales, la investigación, etc.

---

*Fundamentos Bioética Principialista*

*Fuente: Información tomada de García, J. (2013). Bioética personalista y bioética principialista. Perspectivas. Cuadernos de Bioética, XXIV (1), 67 - 76*

A partir de los dilemas en el ámbito de la salud, la bioética intenta ser una salida a las diferentes problemáticas que surgen en este campo, esto implica buscar un beneficio desde el análisis de las acciones de los hombres y de su influencia en la sociedad tal como lo afirman Berlinguer, Annas, Gostin y Mann: “La bioética tiene que desarrollar enfoques de análisis ético de las conductas de los estados y los sistemas sociales y económicos que influyen en la salud colectiva”, (Berlinguer, 2004, Annas, 1999, Gostin y Mann, 1999)

Por lo tanto, una de las inquietudes que preocupan a la bioética involucran no solo garantizar el derecho a la salud, sino por el contrario buscan el beneficio para los integrantes de la sociedad, es



decir “el dilema bioético fundamental en salud es asegurar la vigencia de los derechos humanos y, en particular el derecho a la salud” (Gostin y Mann, 1999).

En consideración a ello, “Para que la bioética y la salud pública se encuentren y promuevan la salud y el bienestar individual y colectivo es necesario unir la lucha por el derecho a la salud con la lucha por los demás derechos económicos, culturales y sociales. Se deben enfrentar las políticas de las grandes corporaciones que nos quieren vender los espejitos del mercado y la salud individual, en desmedro de la salud colectiva como bien público y confrontar las políticas abusivas de la industria farmacéutica, asegurando el respeto a los principios éticos y a los derechos humanos en las investigaciones biomédicas”, (Vidal, 2006).

A continuación, se desarrollarán algunas de las temáticas más referentes que decantan la existencia de posibles justificaciones jurídicas para apartarse del derecho positivo, y que conllevaría a una justificación del “*ius necessitatis*” en la modernidad.

#### **a. El derecho a la vida y la Eutanasia.**

Los fundamentos dogmáticos de la libre disposición del cuerpo pueden encontrarse, como se ha venido mencionando, en las corrientes Liberales y más específicamente, fue Carl Schmitt quien a través de sus teorías definió los límites a la intrusión del Estado en decisiones individuales. En ese sentido, Schmitt “definió en su Teoría Constitucional de 1928 el liberalismo en dos principios esenciales: uno distributivo y organizativo. El principio distributivo significa que la esfera de acción individual es en principio ilimitada mientras que la capacidad del Estado para intervenir es en principio limitada,





de modo que lo que necesita justificación es la intervención del Estado..." (Corredor C, 2009, p. 27).

Sostiene Diez Ripolles que "El derecho a disponer de la propia vida crea, pues, unas relaciones jurídicas diversas a las originadas por el derecho fundamental a la vida, extremo éste que ha sido pasado frecuentemente por alto y que se ha visto fomentado por construcciones doctrinales que no han distinguido entre la vertiente positiva y negativa del derecho a la vida" (1995, p. 96)

Una de las falencias para el estudio de este derecho, establece Papachini, se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos ya que "se limita a proclamar la existencia de un derecho a la vida, sin entrar a tocar estas cuestiones controvertidas y sin explicitar el valor de este derecho en caso de oposición antagónica con derechos fundamentales" (2002, p. 14) como sucede en el caso de la Eutanasia y el aborto.

Al hablar del derecho a la vida, desde la corriente liberal permite inferirse que el desarrollo de la esfera individual se supedita a una concepción de la libertad negativa como lo argumenta Isaiah Berlin<sup>13</sup>

---

13 *La respuesta a la pregunta "quién me gobierna" es lógicamente diferente de la que responde a la pregunta "en qué medida interviene en mí el Gobierno". En esta diferencia es en lo que consiste en último término el gran contraste que hay entre los dos conceptos de libertad negativa y libertad positiva. El sentido positivo de la libertad [...] El deseo de ser gobernado por mí mismo o, en todo caso, de participar en el proceso por el que ha de ser controlada mi vida, puede ser tan profundo como el deseo de un ámbito libre de acción y, quizá, históricamente, más antiguo. Pero no es el deseo, de la misma cosa. En efecto, es tan diferente que ha llevado en último término al gran conflicto ideológico que domina nuestro mundo. Pues esta concepción "positiva" de la libertad —no el estar libre de algo, sino el ser libre para algo, para llevar una determinada forma prescrita de vida—, es la que los defensores de la idea de libertad "negativa" consideran como algo que, a veces, no es mejor que el disfraz engañoso en pro de una brutal tiranía (1988a: 200).*



ya que “las normas jurídicas, al conceder libertades negativas, crean una especie de cerco alrededor del individuo, cerco dentro del cual ni el Estado ni otros individuos pueden interferir” (En Farrell, 1989, p. 9); y, esto en la medida en que en los diferentes cuerpos normativos nacionales o internacionales no se definen los alcances y prerrogativas que puedan tener sobre este derecho lo que conlleva a establecer espacios en los que el Estado no pueda intervenir como lo señalaba Schmitt creando esferas privadas en el sujeto como sugería Berlín.

En ese sentido, siguiendo a Berlín “no hay una necesaria conexión entre libertad individual y gobierno democrático” (1998, p. 230), esto es, que existe “colisión entre el concepto clásico liberal de libertad como ausencia de coerción (p. ej. En el sentido de Stuart Mill) y en el concepto de libertad democrático contemporáneo como autonomía” (Corredor C, 2009, p. 30)

El derecho a la vida, “como bien moralmente valioso y garantía jurídicamente demandable, y de derechos individuales inalienables, como bienes límite y legitimantes del poder institucionalizado” (p. 35) no puede estudiarse ajeno a la teoría moral pues es allí de donde nacen lo que algunos sectores de la doctrina han denominado los problemas meta-jurídicos de la eutanasia.

El derecho a la vida ha sido estudiando a partir de dos enfoques en los cuales se trata de establecer si es solo o un derecho o se comporta como una obligación a cargo de los sujetos, es decir, si se concibe como tal el Estado tendría que garantizarla e intervenir en la esfera individual para lograrlo.



En el primer caso, de la consagración del derecho a la vida desde el punto de la autonomía como lo sostiene Núñez Paz “no puede derivarse de ello que tal protección sea absoluta ni que el titular del bien jurídico no tenga la libre disposición de su propia vida, sino más bien lo contrario, el carácter disponible o renunciabile de tal derecho que se encuentra indisolublemente unido al valor fundamental de la dignidad de la persona” (2016, p. 66)

En ese sentido, una posición extrema encontrada en Cobo y Carbonell a partir del estudio del consentimiento con causa de atipicidad y basándose en preceptos liberales señalan que existe “prevalencia al valor libertad en detrimento del de la vida” (Marcos, p. 55). De tal forma que la libertad está por encima de todos los derechos del ordenamiento jurídico y se comporta como una proyección del derecho al desarrollo de la personalidad y si se quiere de la dignidad humana.

En segundo lugar, según lo establece Núñez “se piensa que el Estado, en virtud de las garantías constitucionales, debe proteger la vida humana con independencia de la voluntad de vivir o morir del titular del derecho a la vida, sin perjuicio de las diferencias de valoración que establezca la ley entre la muerte provocada contra la voluntad del ofendido y el homicidio consentido.” (2016, p. 65)

A la concepción biológica de la vida como lo expone Pedraza “se suma un juicio sobre la forma como debe conducirse esa vida en función de la disposición de los bienes que satisfagan algunas necesidades, de la coherencia con respecto a la ocupación que se tenga, de la conducción general en relación con otros seres humanos y del juicio moral que pueda emitirse sobre las acciones realizadas a lo largo de la existencia. Es decir, que el gobierno de la vida exige,



para poderse organizar y evaluar, que se prevean cuando menos los oficios, las relaciones sociales, la satisfacción de ciertas necesidades y el alcance de los logros de los seres humanos. Es en función de estos aspectos como se articula la noción de vida con la de población, pues en el perfil que adopte una población podrán fijarse y juzgarse las realizaciones en los cuatro asuntos considerados.” (2012, p.99)

Medina Quiroga señala que el argumento “sobre la posible facultad del Estado de obligar a una persona a preservar su vida y sobre la ilicitud de ponerle término o de ponerla en riesgo por voluntad propia, se plantea generalmente respecto del suicidio fallido y respecto de ciertas decisiones que necesariamente implican poner término a la vida, como la eutanasia, o como la decisión de los miembros de ciertas religiones de no permitir las transfusiones de sangre o la vacunación contra enfermedades, o como las huelgas de hambre que se realizan para apoyar determinadas demandas.” (2005, p. 62)

La eutanasia, se ha definido como “la procura de una buena muerte (...) en el que una persona, A, pone fin a la vida de otra persona, B, por el bien de ésta” (Kuhse, 1995, p. 405); y, “en ese sentido se definen dos elementos para su configuración: en primer lugar, producir de un modo deliberado la muerte de una persona, y en segundo lugar, hacerlo por el interés de la misma persona” (Tasset, 2013, p. 168).

La Asociación Médica Mundial la ha definido como “el acto deliberado de poner fin a la vida de un paciente” ([www.wma.net](http://www.wma.net)) y la Organización Mundial de la Salud como la “acción del médico que provoca deliberadamente la muerte del paciente” (<https://www.who.int/es>). En este caso, expone Diez Ripollés que



“la eutanasia se muestra como la resolución de un conflicto individual, sin relación desde luego con intereses colectivos utilitarios, y en el que la voluntad o interés del afectado pasan a tener el papel fundamental frente a la eventual presencia de móviles de piedad, compasión o egoístas por parte de las terceras personas intervinientes.” (1995, p. 84)

En el caso colombiano, este concepto tuvo origen en 1997 cuando la Corte Constitucional abordó el tema del homicidio por piedad y su incidencia en el ordenamiento jurídico frente a la imputación de un delito, en ese sentido destacó que “la diferencia con el homicidio por piedad consiste en que el móvil de la piedad no radica en actuar en favor de sí mismo, sino de otro. En consecuencia, quien mata a otro para evitar que siga padeciendo de intensos sufrimientos persigue, en principio, un fin altruista que ha llevado al legislador a establecer un tipo penal independiente del delito de homicidio simple o agravado. Para el legislador no es lo mismo alguien que provoque la muerte de una persona persiguiendo fines pietísticos, que propósitos egoístas.” (Sentencia C-239, 1997)

Aunque no existe una definición general, la Corte Constitucional ha señalado que para configurarse debe tener como mínimo los siguientes elementos: “(i) el sujeto pasivo que padece una enfermedad terminal; (ii) el sujeto activo que realiza la acción u omisión tendiente a acabar con los dolores del paciente quien, en todos los casos, debe ser un médico; (iii) debe producirse por petición expresa, reiterada e informada de los pacientes. Así, la doctrina ha sido clara en señalar que cuando no existen de los anteriores elementos, se estará en presencia de un fenómeno distinto que no compete en sí mismo a la ciencia médica. Sin embargo, cuando se



verifican en su totalidad, la eutanasia puede provocarse de diferentes maneras.” (Sentencia T-970, 2014)

Ha sido reincidente la citada Corte en afirmar en las sentencias de 1997 y 2014 que “su principal propósito es permitir que la vida no consista en la subsistencia vital de una persona sino que vaya mucho más allá. Esos aspectos adicionales son propios de un sujeto dotado de dignidad que como agente moral, puede llevar a cabo su proyecto de vida. Cuando ello no sucede, las personas no viven con dignidad. Mucho más si padece de una enfermedad que le provoca intenso sufrimiento al paciente. En estos casos, ¿quién si no es la propia persona la que debe decidir cuál debería ser el futuro de su vida?, ¿Por qué obligar a alguien a vivir, en contra de su voluntad, si las personas como sujetos derechos pueden disponer ellos mismos de su propia vida?” (Sentencia T-721, 2017)

La justificación por este proceder, desde el punto de vista de la autonomía puede ser estudiada a través de la *tradición utilitarista clásica y del paradigma utilitarista de racionalidad* que se ha caracterizado, según Tasset, por los siguientes elementos a saber: “(i) Maximización (M), (ii) el bienestarismo (Welfarismo) (B/W) y el consecuencialismo (C)” (2013, p. 164).

Entre los autores utilitaristas que han defendido este tema se destaca David Hume quien muestra varios postulados a favor, entre los que se pueden destacar:

En primer lugar, la libertad del individuo como un bien básico expresado por Stuart Mill en *On the Liberty* pues considera que el daño “que una persona puede causar a la sociedad, sin violar ningún deber preciso hacia el público ni perjudicar específicamente a ningún



otro individuo más que a sí mismo, la sociedad puede y debe soportar este inconveniente por amor de ese bien superior que es la libertad humana” (1980, p. 97)

En segundo lugar, como lo expresa Hume en su texto “on suicide” “...un hombre que abandona la sociedad no la afecta, solamente deja de generar bien para esta y en ese sentido, una persona no está obligada a generar un pequeño bien para la sociedad si le genera un daño a él”, entonces, se pregunta Hume “¿Por qué debo prolongar una existencia miserable a causa de alguna minúscula ventaja que pueda la sociedad obtener de mí?”<sup>14</sup> (p. 31)

La obligación de vivir, según Pacheco Escobedo, vista desde el ángulo del propio sujeto, no es una obligación jurídica, pues no hay alteridad, o sea, no hay relación de justicia consigo mismo. Pero adquiere un claro contenido jurídico cuando se contempla desde la perspectiva de los parientes o allegados al sujeto. (1992, p. 116)

Estos aspectos pueden analizarse con el estudio de dos pronunciamientos que son fundamentales para entender los postulados “Right to die” que surge en Estados Unidos en los 80's y 90's con procesos simbólicos como los casos Quinlan y Cruzan de los que se derivan posturas relevantes para el estudio de la disposición del derecho a la vida en el caso de la eutanasia evidenciando elementos como la compasión y la autonomía y la sacralidad del derecho a la vida.

---

*14 A man, who retires from life, does no harm to society: He only ceases to do good... But, allowing that our obligations to do good were perpetual, they have certainly some bounds; I am not obliged to do a small good to society at the expence of a great harm to myself; Why then should I prolong a miserable existence, because of some frivolous advantage which the public may perhaps receive from me?”*



En el caso de Karen Quinlan, una joven que quedo en estado vegetativo por una sobredosis de drogas. Pese a los tratamientos a los que fue sometida no se obtuvo mejoría, por lo que los padres demandaron al Estado para que fuera retirado el respirador que la mantenía con vida.

Fue conocido por el Tribunal Supremo del Estado de Nueva Jersey. El juez C.J. Hughes argumentó que la retirada del soporte vital debía permitirse porque sería fútil proveer más cuidados, ya que Quinlan se hallaba en estado irreversible de ausencia cognitiva. La Corte justificó la remoción del respirador basándose en el testimonio del Fred Plum que actuaba como neurólogo experto designado por el Tribunal y el Juez señaló que nadie podía ser obligado a estar privado de conocimiento y, menos aún, a ser obligado a soportar lo insoportable (Fins, 2013, p. 23-25). Sobre este precedente surge la denominada doctrina del "*Right to die*".

Sin embargo, la cuestión no fue la misma en el caso Nancy Cruzan vs Missouri, una joven que había resultado herida en un accidente de tránsito que la dejó en un estado vegetativo permanente. La Corte decidió que no tenían el derecho de ordenar al hospital para que retirara los tubos que mantenía con vida a Nancy Cruzan por respeto a la santidad de la vida, afirmando que se debe respetar aunque continuar viviendo no satisfaga sus propios intereses. (Dworkin, 1998, p.19-21)

Como Faralli señala, dicha sentencia redimensionada desarrolló el alcance del derecho a la Privacy y colocó en primer plano el problema del consentimiento, armando que, en ausencia de una voluntad efectiva y consciente del paciente, no se puede sostener el recurso para emitir cualquier juicio sustitutivo cuando no se tiene la prueba,





cierta, clara y convincente (clear and convincing evidence), de la precedente voluntad del paciente inconsciente, teniendo en cuenta también la irreversibilidad de los efectos de tal acto. (2016, p. 16)

Siguiendo estos postulados, se desarrollaron grupos opositores para quienes la vida es un derecho irrenunciable, por lo que no es concebible disponer del cuerpo en esos eventos ya que “Si fuese posible hablar de que el derecho a la vida es renunciabile, se estaría negando el orden social justo que propugna la Constitución, pues, la vida es un bien jurídicamente tutelado” (Olano García, 2016, p. 213) pues va en contravía de los postulados moralmente reconocidos en la sociedad.

Para Giraldo Cadavid “La eutanasia es gravemente ilícita porque, al buscar la muerte como fin o como medio, atenta contra el vivir de la persona humana, que tiene una dignidad y un valor intrínseco que, como ya se explicó, exigen el respeto incondicional de la vida del inocente. Además, esa dignidad y ese valor intrínseco de la persona humana no se modifican por las limitaciones que tenga ni por las circunstancias concretas de su vida. Por tanto, no es lícito al hombre buscar justificaciones para poner fin a la propia vida ni a la de los demás, ni le es permitido emprender acciones con ese fin” (2008, p. 163).

Ahora bien, en torno a este tema la Declaración de Lisboa de la Asociación Mundial de los Pacientes (1981) aporta uno de los principales aspectos con respecto a la libertad y autonomía frente a sus decisiones en el tratamiento médico. En ese sentido contempla en su Artículo 10 lo siguiente: “Derecho a la dignidad. a. La dignidad del paciente y el derecho a su vida privada deben ser respetadas en todo momento durante la atención médica y la enseñanza de la medicina,



al igual que su cultura y sus valores. b. El paciente tiene derecho a aliviar su sufrimiento, según los conocimientos actuales. c. El paciente tiene derecho a una atención terminal humana y a recibir toda la ayuda disponible para que muera lo más digna y aliviadamente posible.”

En palabras de Marcos del Cano “Dado que la vida no es un valor absoluto, ni supremo, sino que es un bien de carácter privado que pertenece al individuo, es éste el que ha de decidir en cada caso si la vida es o no para él superior jerárquicamente a otros valores. Esta parece ser la única opción razonable, teniendo en cuenta que en las sociedades actuales existe un profundo pluralismo ético y que, en estas situaciones, al carecerse de la autoridad compartida de una misma instancia ética, no queda mejor justificación de las conductas individuales que la libre voluntad del sujeto”. (1999, p. 355)

Ahora, para respetar a un “agente autónomo” “como mínimo hay que reconocer el derecho de la persona a tener visiones, hacer elecciones y tomar acciones con base en valores y creencias personales: se trata de una acción respetuosa. No es solo interferencia con asuntos de otros, sino obligación de construir o mantener otras capacidades para elección autónoma” (Franco Agudelo et al, 2007, p. 63). Como lo sostiene Kant, el “respeto por la autonomía va desde el reconocimiento de que todas las personas tienen dignidad” (En Beauchamp y Childress, 2001)

Respecto a la vida, la Corte Constitucional, ha señalado que “en la medida en que está en cabeza de una persona humana, merece una protección reforzada que, sin ser absoluta, permita que se superen los obstáculos que impiden una protección efectiva, real e integral de otros derechos. De la misma manera, permite concluir que el derecho



a la vida no es absoluto y también admite ponderación cuando se encuentra en conflicto con otros derechos o valores como en el caso del derecho a morir dignamente. Lo anterior, no implica una violación del deber de protección del valor de la vida o del derecho a la vida, sino que reconoce que éstos se encuentran sujetos a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.” (Sentencia C-327, 2016).

Lo cierto, entonces, es que, en el ámbito médico “el tratamiento médico requiere la concurrencia del consentimiento del paciente y, como indica Bacigalupo, la aceptación del tratamiento convierte al médico en garante y su omisión, dolosa o imprudente daría lugar a un homicidio cometido por omisión. Pero, al tiempo, partiendo del principio de la autodeterminación, es claro que si el paciente se niega al tratamiento desaparece la posición de garante del médico; es más, el médico no puede imponer un tratamiento a un paciente que no lo quiere. (López Barja de Quiroga, 2011, p. 191).

#### **b. Del Derecho al Aborto**

El aborto ha sido definido como “toda expulsión del feto, natural o provocada, en el periodo no viable de su vida intrauterina, es decir, cuando no tiene ninguna posibilidad de sobrevivir” (Conferencia Episcopal Española y Comité para la Defensa de la Vida, 2004, p. 13). En términos generales, el “aborto es toda situación que importe la interrupción del embarazo antes del estado de viabilidad fetal, ya sea que se produzca por medios artificiales o naturales, con resultado de muerte del concebido.” (2014, p. 54)

Al respecto han surgido varias posturas que resume Ochoa Ávalos en dos: “La postura que propone la legalización – a últimas fechas la



equiparación de códigos penales— argumenta que las funciones reproductivas son un derecho de las mujeres y que son ellas, o junto con sus parejas, las que deben tomar una decisión sobre la interrupción de un embarazo. Otra postura, que encabezan la Iglesia Católica, Pro-vida y, según su vocero oficial, el Partido Acción Nacional (PAN), centra la discusión en el derecho a la vida desde la concepción y que ésta ya no le pertenece a la madre, que el aborto es un asesinato en todas las modalidades”. (1998, p. 309)

En Colombia ha sido un tema ampliamente debatido en la jurisprudencia, en ese sentido la Corte Constitucional en el año de 1994 estableció “que el no nato es titular del derecho a la vida. Por ejemplo, los magistrados que votaron a favor de la penalización del aborto afirmaron que “... La dignidad que concibe al ser humano valioso en sí mismo como objetivo primordial del orden jurídico sería lastimada de fondo si la legislación ignorara o dejara impunes los crímenes cometidos contra él en cualquiera de las etapas de su ciclo vital.” (Sentencia C-133, 1994)

Por lo tanto, desde el punto de vista planteado en esta sentencia “aceptar el aborto de cualquier manera sería admitir que es lícito cometer un crimen a nombre de la sociedad organizada, debido a que esta ha aceptado que es “válido” discriminar el derecho a la vida y a la libertad que tiene un grupo poblacional sobre otro”. (Lamus; Rocha, 2005, p. 15)

Posteriormente, en Sentencia C-013 de 1997 la Corte Constitucional resalto que “El derecho a la vida aparece como el primero y más importante de los derechos fundamentales y tiene, según el texto de la norma, el carácter de inviolable. La disposición no establece excepciones respecto de su amparo. Se trata, sin duda, de



un derecho inalienable de todo ser humano, garantizado además con claridad en los pactos internacionales de derechos, que prevalecen en el orden interno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución. El 94, por su parte, declara sin rodeos que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Carta y en los convenios internacionales no debe entenderse como negación de otros -la intangibilidad de la vida del nasciturus, por ejemplo- que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”

Ahora bien, como ha sugerido Shelton (1987) “aun cuando se reconociera una personalidad jurídica al feto, ésta no podría ser absoluta, pues estaría sujeta a la ponderación de derechos propia del sistema internacional de derechos humanos” (1987)

Ya en el año 2006, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de analizar nuevamente el tema, donde, en virtud del reconocimiento de los derechos a la mujer resolvió despenalizar el aborto en tres eventos: (i) cuando embarazo es resultado de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, (ii) cuando embarazo es resultado de incesto, acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas y (iii) cuando esté en riesgo la salud física o mental de la madre. (Sentencia C-355, 2006)

Concluye la Corte Constitucional en el citado pronunciamiento que: “Si se concibe a la mujer como un ser libre y en desarrollo de esa libertad tiene derechos fundamentales como el libre desarrollo de su personalidad, su libertad reproductiva, la libertad de conciencia, su derecho a la privacidad, etc.; solo es constitucionalmente admisible la



penalización del aborto que se realiza contra la voluntad de la mujer embarazada; a contrario sensu no puede ser penalizado el aborto realizado con el consentimiento de la mujer así se trate de una mujer menor de edad. Impedir que niñas menores de edad no puedan interrumpir su embarazo es consagrar una discriminación con fundamento en la edad que sería irrazonable y contraria al Art. 13 de la Constitución”

Hermosilla y Van Weezel, han señalado respecto a la tercera causal que “la expresión “aborto terapéutico” alude a dos realidades cuyo significado es totalmente diferente: Por un lado, puede significar “matar a la criatura como medio para lograr un buen fin (curativo)”, pero también puede significar “realizar un procedimiento donde la muerte de la criatura no es el medio para curar, pero puede sobrevenir como consecuencia no deseada”. En el primer caso, la decisión depende de una ponderación entre los bienes que se salvan y los que se sacrifican, como la que se hace a propósito de la causa de justificación llamada “estado de necesidad”. En el segundo caso, no hay ponderación alguna entre bienes, pues no se sacrifica uno como medio para salvar al otro, y por eso es que para realizar el procedimiento basta con que exista una razón suficiente. Un ejemplo de esto último es la administración de analgésicos a un enfermo terminal, aunque estas sustancias puedan tener también el efecto de acortar un poco la vida del paciente”. (2009, p. 205)

Desde la teoría de la diferenciación, “dependiendo de sus características concretas, una situación de necesidad puede eliminar la antijuridicidad de la conducta cuando se evita un mal mayor que el que se causa, o puede que solo excluya la culpabilidad, si se trata de males equivalentes en gravedad o, eventualmente, se ocasiona un mal mayor. Estas posibilidades permiten afirmar que el estado de



necesidad “destaca particularmente la delimitación fundamental en el sistema del delito, del injusto y la culpabilidad, así como las consecuencias a ellos vinculadas” (Ossandón Widow, 2012, p. 360)

Al respecto García Cavero explica que “la afirmación de la falta de antijuridicidad del aborto terapéutico no es consecuencia, por lo tanto, de un análisis estricto de las estructuras de descargo de la imputación comprometidas, sino de una decisión político-criminal que requiere introducir ciertas permisiones o limitaciones en relación con el aborto”. Por ejemplo, para evitar los riesgos que suponen las prácticas abortivas clandestinas, para asegurar la disponibilidad de los médicos para la realización del aborto, para poder aplicar ayudas públicas e impedir la interferencia de terceras personas para defender la vida del nasciturus”. (2010, p. 72)

Por otra parte, la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo, El Cairo (1994), y la Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing (1995), han desarrollado nuevos paradigmas entorno a este tema, en ese sentido, “la separación entre sexualidad y reproducción ha dado paso a la construcción de los denominados “derechos sexuales y reproductivos”, que buscan refundar la relación entre lo público y lo privado en forma de un cambio de paradigma. Se definen como derechos y libertades fundamentales de todas las personas –sin discriminación–, que permiten adoptar libremente, sin ningún tipo de coacción o violencia, una amplia gama de decisiones sobre aspectos consustanciales a la vida humana” (Dides, 2007, p. 204)

Desde este punto “El reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos como parte constitutiva de los derechos humanos marca un avance en la conceptualización de los derechos



individuales y sociales. No obstante, en la actualidad los desafíos acerca de los derechos sexuales y reproductivos se vinculan fuertemente a niveles fácticos y políticos, con la determinación de quiénes y bajo qué circunstancias acceden a estos derechos”. (Zurbriggen y Anzorena, 2013, p. 157)

Son variados los instrumentos que contemplan una regulación exhaustiva sobre los derechos sexuales y reproductivos en el marco de las actividades de prevención desarrolladas por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y de la Organización de Estados Americanos (OEA). De este modo se puede citar la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Según el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer especifica que “la negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria”. Establece, además que “las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones” constituyen un obstáculo para el acceso de las mujeres a la atención de salud.<sup>15</sup>

---

15 *Sobre esa misma línea se han pronunciado el Comité de los derechos del niño (CDN), el comité de Derechos Humanos (CDH), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERDI) y el Comité contra la Tortura (CCT)*





Medina Quiroga ha sostenido que “los derechos que pueden verse afectados por las decisiones que el Estado tome frente al embarazo de una mujer provienen de variadas fuentes: los derechos a la vida y a la integridad personal de la mujer emergen de la propia Convención y de los artículos 6 y 7 del Pacto; subsumido en ellos, está el derecho a la salud, que además se consagra en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador y en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el derecho a decidir el número de hijos que la mujer quiera tener, en condiciones de igualdad con el hombre, derivado del artículo 10.h). y del artículo 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer; y también del derecho a la privacidad, que permite tomar libremente decisiones sobre su propia persona, que se establece en el artículo 11.2 de la Convención Americana y en el artículo 17 del Pacto Internacional”. (p. 74 y 75)

La Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo como lo indica Amnistía Internacional reconoce que los servicios de salud sexual y reproductiva exhaustivos abarcan el acceso de las mujeres a servicios de aborto seguro y a la atención de sus consecuencias y La Organización Mundial de la Salud ha señalado que cuanto más restrictiva es la legislación sobre el aborto, mayor es la probabilidad de que éste no sea seguro y cause la muerte (Amnistía Internacional, 2002, p. 22)

Las discusiones filosóficas sobre el aborto giran en torno a multitud de cuestiones como la santidad de la vida y en qué consiste decir que una vida es sagrada. La respuesta a la pregunta que suele convertirse en central para el debate de cuándo empieza la vida humana es filosófica, biológica, jurídica y también una construcción cultural. (Casado, 2008, p. 17)



Desde el liberalismo la moral y el derecho no se relacionan en ningún punto “por lo que el Estado no debe inmiscuirse en la vida moral de las personas, defendiendo o prohibiendo estilos morales de vida, su único deber es garantizar la igualdad, la seguridad y los mínimos vitales” (Ferrajoli, Ibáñez, 2006, p. 3)

El problema como lo señala Laporta Citando a Brown (1995) es “expresar la idea de que los derechos humanos son irrenunciables hasta por sus propios titulares. La idea base es que “la aserción de un derecho es incomparable con el consentimiento moral de la negación de un derecho”, que “un hombre por miedo o por ignorancia, puede aceptar o someterse a una violación, pero no puede entenderse que ha consentido moralmente a ello” (p. 43)

En ese sentido, “se debe distinguir entre titularidad, capacidad y ejercicio de derechos. Mientras que bajo la primera categoría un sujeto tiene, posee o se le reputa un derecho, bajo la segunda se tiene jurídicamente la posibilidad de ejercicio. El ejercicio del derecho es, entonces, una actividad potencial de parte del titular del derecho y dependerá no sólo de su capacidad de goce, sino también de su capacidad de ejercicio” (2017, p. 126)

Tal como lo expone Zúñiga Fajuri, “Si bien hay autores que sostienen que, además, los derechos humanos son inalienables o irrenunciables, la mayoría de los teóricos políticos rechaza este concepto por su carácter paternalista y, en cierto modo, autoritario, pues sostener la irrenunciabilidad de un derecho lo transformaría, por definición, en un 'derecho-deber', lo que es un contrasentido que no se justifica moralmente. Por lo mismo, esta tesis –que cae en la contradicción derivada de suponer que los derechos humanos son irrenunciables hasta por sus propios titulares– puede superarse



siguiendo a Laporta, quien distingue entre la 'titularidad' de los derechos y su 'ejercicio'. En general, la titularidad de los derechos humanos sería inalienable, pero su ejercicio puede ser voluntariamente limitado por el propio titular". (2011, p. 167)

La perspectiva del derecho a la vida "No pudiendo disponer el hombre de la vida propia ni de la ajena, no solo le están prohibidos el homicidio y el suicidio, sino también la destrucción de cualquier parte de su cuerpo o del cuerpo del prójimo, pues en todas ellas se realiza la vida y cada cual existe para servir al todo y en él tiene su razón de ser, afirmación esta última que constituye el llamado *principio de totalidad*" (Ugarte Godoy, 2006, p. 517)

Volviendo a las causales de despenalización, Barraza Morelle y Gómez López, sostienen que "Las tres causales despenalizadas son resultado, por una parte, de la ponderación entre el deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer embarazada y, por otra, de desarrollos jurisprudenciales que confluyen en la materialización del deber estatal de respetar y garantizar a la mujer su derecho fundamental a tomar decisiones libres e informadas sobre su propio cuerpo como medio necesario para alcanzar su emancipación y para mitigar los actos de discriminación, reivindicando así su condición de sujeto(a) moral y autónomo(a). (2009, p. 34)

Para la Corte Constitucional "La determinación de la existencia legal de la persona desde el nacimiento no viola el deber de protección de la vida desde la concepción, establecido en el artículo 4.1. De la Convención Americana, ya que la vida como valor es un bien constitucionalmente relevante, pero no tiene el mismo grado de protección que el derecho a la vida. La expresión acusada del artículo



90 del Código Civil tiene en cuenta esta realidad, la cual a su vez protege otros derechos en juego. Por lo tanto, una lectura sistemática del bloque de constitucionalidad indica que la vida prenatal no ostenta la titularidad del derecho a la vida y así la determinación de la existencia legal de la persona desde el nacimiento, no viola esta garantía por lo que se encuentra ajustada a los parámetros constitucionales.” (Sentencia C-327, 2016)

Así mismo, resulta fundamental el pronunciamiento más reciente realizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-055 de 2022 en la cual se retoma la premisa de que el aborto consentido constituye una de las barreras más importante para la materialización del derecho a la salud y de sus derechos reproductivos. En tal caso, el punto de partida después de 15 años de haberse proferido la sentencia c-355 de 2006, es el hecho de que las mujeres que no se encuentran incursas en alguna de las tres causales previstas no pueden acceder a los servicios que garantizan su salud reproductiva, a pesar de los diferentes pronunciamientos de los organismos protectores de los derechos humanos proferidos posteriormente a 2006.

Desde este punto de vista se resalta que la salud es un derecho y una obligación del Estado, lo que implica el deber de adoptar todas las medidas necesarias para la “asegurar la igualdad de trato y oportunidades en cuanto a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de todas las personas” (Corte Constitucional, sentencia C-055, 2022). Así mismo, que tal situación vulnera la libertad de conciencia de las mujeres en relación con su autonomía reproductiva y en especial las disposiciones contenidas en el artículo 18 de la Constitución Política.



Se evidencia entonces, para la Corte Constitucional un cambio del análisis de la problemática en el sentido que se ha generado un nuevo paradigma jurisprudencial que reconoce el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo que se materializa en la ejecución de principios rectores como es el caso de la solidaridad, la integralidad y la accesibilidad por lo que el estudio del aborto consentido representa un tema de trascendencia.

Ahora bien, con el fin de resolver la tensión existente entre la salud y la libertad reproductiva y la obligación del Estado de Proteger la vida se hace un análisis a la luz de lo dispuesto en la Constitución política, la normatividad vigente y lo dispuesto en el plano internacional. Desde la perspectiva de la autonomía se resaltó el hecho de que “permite la maximización abstracta de los bienes en tensión, pues se refiere al momento en el que es posible evidenciar que se rompe la dependencia de la vida en formación respecto de la persona gestante” (Corte Constitucional, sentencia C-055, 2022). Este aspecto, se constituye en el punto de partida de la actividad estatal pues a juicio de la Corte despenalizar totalmente el aborto con consentimiento determina un incumplimiento del Estado para la protección de la vida en gestación.

Como lo expresa el Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales establece un nivel amplio de entendimiento frente a lo que constituye “el más alto nivel de salud”, sobre lo cual precisa que:

El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho [de las personas] a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a



tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud. (2000).

Es así como, se derivan deberes específicos del derecho a la salud reproductiva en relación con la intervención voluntaria del embarazo, siendo los más importantes la autodeterminación reproductiva lo que abarca el escenario de tener o no tener hijos y el momento para ello. Por lo anterior, se establece que bajo el anterior precepto no es entendible la intervención externa en la toma de tales decisiones y la imposición de restricciones injustificadas y como lo expresa la Corte Constitucional,

“La decisión de llevar a término un embarazo o de no hacerlo es un asunto que impacta a quien está gestando de manera personalísima porque afecta su proyecto de vida; es un asunto individual, pues tiene consecuencias físicas y emocionales sobre su propia existencia y es intransferible porque la autonomía de la decisión no puede ser trasladada a un tercero” (Corte Constitucional, Sentencia C-055, 2022)

En contraste con lo afirmado, “las mujeres como sujetos de decisión se encuentran borradas en el discurso conservador, pues tal “derecho” estaría limitado por la ley natural que establece que deben perpetuar la especie y cuidar la vida humana desde el momento de la concepción, pues ésta gozaría de derechos fundamentales. En esta perspectiva el sujeto es el embrión y no la mujer, quien quedaría reducida a un vientre gestante.” (Amuchástegui et al, 2015, p. 170)



Por ello, “el aborto es bastante más que un asunto de mujeres, aunque es principalmente un asunto de mujeres que acontece en el cuerpo de una determinada mujer. El aborto forma parte de la gran política, de las formas en que las sociedades se dan para organizar la convivencia y para construir las relaciones sociales, especialmente las relaciones de género. Las discusiones parlamentarias en torno al proyecto de Ley de Defensa del Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva refieren a la organización social y sus jerarquías, el control patrimonial del cuerpo o a la autonomía de las personas” (Rostagnol, 2008, p. 673)

Una de las formas de empoderamiento señala “indudablemente es el poder de actuar como un agente moral responsable con la información, la educación y la posibilidad real de acceso a una regulación adecuada de la propia fertilidad. Y, finalmente, el quinto enfoque que hace referencia de un capital social también parece cubierto: saber que la salud reproductiva y los derechos reproductivos se respetan permitirían a las mujeres centrarse en otros recursos o problemas psicosociales” (Vázquez, 2010, p. 26).

### **c. De la reproducción asistida y el alquiler de vientres**

Las técnicas de reproducción asistida han implicado la reinterpretación de los conceptos tradicionales en cuanto al nacimiento de los vínculos paterno-materno-filiales que antes eran biológicos o adoptivos y, ahora, con los avances de la biotecnología se incluyen los procesos de reproducción asistida o artificial, como es el caso del ordenamiento jurídico colombiano

Ahora bien, como lo expone Carcaba Fernández, “las técnicas de reproducción asistida –en especial la heterogénea– han transformado



el derecho de familia, en especial, lo que tiene que ver con el campo de la filiación. Esta repercusión, que no se limita al campo de la ética, sino que invade el derecho (especialmente el privado) obliga a redefinir conceptos como los de paternidad, maternidad y progenitura, ya que, por primera vez en la historia de la humanidad, es factible disociar procreación de acto sexual y fecundación de gestación” (1995, pág. 35).

El tratamiento más conocido es el que tiene que ver con la inseminación artificial en la cual el proceso de fecundación se realiza con el semen de la misma pareja “Homóloga” o con el espermatozoides de un tercero que hace parte de un banco de semen, a lo que la doctrina ha denominado “heterólogo”. Este último fenómeno encuentra soporte en el Decreto 1546 de 1998 que fue modificado por el Decreto 2493 de 2004 desarrollando un marco conceptual alrededor de las Unidades de Biomedicina Reproductiva:

*“Donante homólogo: Es la persona que aporta sus gametos para ser implantados en su pareja con fines de reproducción.*

*Donante heterólogo: Es la persona anónima o conocida que proporciona sus gametos, para que sean utilizados en personas diferentes a su pareja, con fines de reproducción.*

*Receptor. Es la persona en cuyo cuerpo se trasplantan componentes anatómicos biológicos.*

*Receptora de gametos o preembriones. Es la mujer que recibe los gametos de un donante masculino o femenino, el óvulo no fecundado, fecundado, o un preembrión, con fines reproductivos» (el subrayado no es del texto).”*





En el procedimiento heterólogo, como lo señala la ley citada, es un tercero quien dona sus gametos para que sean usados en el proceso de la inseminación a una receptora de gametos o preembriones. Este procedimiento ha sido ampliamente debatido en la medida que implica la reinterpretación de los preceptos básicos de la filiación y las obligaciones conyugales.

Como lo señala Martínez Calcerrada, a raíz de la aplicación de las técnicas es posible identificar una serie de principios frente a la reproducción asistida o artificial:

- a. Voluntarismo Jurídico: Hace alusión a que las técnicas de reproducción asistida han surgido como consecuencia de la solución de problemas de esterilidad y la protección de la especie humana a través de la reproducción. Lo anterior, ha conllevado a que los Estados reglamenten y legitimen estas técnicas a la luz de los regímenes de filiación y en general del derecho a la familia.
- b. No perjuicio a tercero: Es principio esencial que los procedimientos de reproducción asistida no pueden afectar a quien se somete al proceso, ni al nuevo ser.
- c. Protección al orden público: “El desarrollo de estas técnicas se sujeta a las directrices normativas que en los ordenamientos jurídicos se haya desarrollado, toda vez que no pueden ser declaradas ilegales si no hay ley que las prohíba”. (En Ales Uría Acevedo, 2012, pág., 157)

Entre estos métodos se ha considerado la “Maternidad subrogada” que proviene de la traducción de la expresión inglesa “surrogated motherhood”. Una de las primeras definiciones que se conocieron fue la de Coleman, para quien “la maternidad subrogada



es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene que, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar el niño y darla a luz o procrearla. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte” (En Lamm, p. 23)

También denominada como maternidad de sustitución, maternidad de alquiler o alquiler de útero, como lo expone Gómez Sánchez es “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurara como madre de este” (Gómez Sánchez, 1993, p. 136). Es decir, que una madre de alquiler “es una mujer que gesta y da a luz a un niño, y que ha acordado con otra persona o pareja renunciar a cualquier derecho sobre ese niño y entregárselo, generalmente a cambio de una retribución económica. La mujer que no da a luz suele recurrir a la maternidad subrogada porque no puede llevar a cabo un embarazo, es decir, existe una indicación médica, por lo que algunos sectores defienden su práctica controlada” (En Ruiz, Crespo y Pellicer, 2000)

El arrendamiento de vientres como lo sostiene Gallee es “el acuerdo por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, para que una vez que se produzca el nacimiento del bebé, lo entregue al donante de la espermia y su esposa, renunciando para ello a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido, y en contraprestación, por regla



general, al pago de una compensación que usualmente es una suma de dinero” (1984)

En estos casos, como lo describe González, se habla de un contrato, en el que podrá mediar precio o realizarse gratuitamente, con dos partes intervinientes: por un lado, los futuros padres que efectúan el encargo -en adelante, padres comitentes-, que podrán ser una persona o una pareja, matrimonio o no, de carácter heterosexual u homosexual, y que pueden aportar sus propios gametos o no; y, por otro, la mujer -en adelante, madre subrogada, gestante, portadora, etc.- que se compromete a gestar en su vientre a un niño, al que entregará a los padres comitentes una vez producido el parto, con la consiguiente renuncia a todos los derechos que le pudieran corresponder sobre el niño, fundamentalmente, a la filiación que le pertenecería como madre. (2014, p. 901)

López Guzmán y Aparisi Miralles señalan que “en aquellos países en los que la maternidad por subrogación es aceptada legalmente, se la tiende a considerar como un contrato entre las partes, cuyo contenido suele ser denominado “servicio gestacional”. En realidad, se entiende que “el propio cuerpo, con todas sus implicaciones físicas y psíquicas, racionales y emocionales, puede ser objeto de una transacción económica. Dicha transacción suele estar muy bien retribuida, debido a las consecuencias físicas y psicológicas que la situación puede acarrear a la portadora” (López Guzmán, Aparisi Miralles, 2012, p. 258)

La doctrina ha llegado a considerar la maternidad subrogada o alquiler de vientres como un mecanismo fundamental en la solución de problemas de fertilidad en las parejas, de allí que surja la necesidad imperante de plantear normas que regulen tales eventos.



Sin embargo, su aplicación no supone un reto fácil, pues como lo denunció la Corte Constitucional en sentencia T-968 de 2009 aparecen ciertos problemas, como lo son: la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un convenio de este tipo; la desprotección de los intereses del recién nacido; los actos de disposición del cuerpo contrarios a la ley y los grandes conflictos cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas.

El debate en torno a la validez o invalidez del contrato de arrendamiento de vientres es conveniente como lo expresa Betti “partir de que todo ordenamiento positivo, por primitivo y rudimentario que sea el medio social a que se dirija, tiene siempre que reconocer, en alguna medida, eficacia jurídica a la iniciativa privada, permitiendo que los particulares se encarguen de arreglar entre sí parte, más o menos considerable, de sus relaciones sociales” (1968, p. 45). De allí que surja la duda de si un contrato de este tipo, basado en la autonomía de la voluntad de las partes debe ser intervenido por el Estado o por el contrario se le debe dar el reconocimiento en razón a lo anteriormente dicho.

Si la voluntad de los individuos es fuente originaria de las obligaciones y dicha voluntad es en sí misma la suprema fuente de todos los efectos jurídicos. Entonces, como lo afirma Ospina Fernández, “con mayor razón, la eficacia de los actos jurídicos, privados, deriva directamente de la voluntad de los agentes, a quienes corresponda, por derecho propio y según su mejor conveniencia, organizar sus relaciones, determinar el alcance de ellas y estipular sus condiciones y modalidades” (2005, p. 7).

En razón a la autonomía de voluntad como lo señala el Artículo 1602 del Código Civil colombiano “el contrato legalmente celebrado



es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, por ende, cualquier disposición contenida en sus cláusulas debe ser cumplida por las partes, de no ser así, se exponen a las sanciones establecidas para el incumplimiento determinadas por la ley.

Autores como Camacho, al respecto han señalado que “la maternidad sustituta es una práctica basada en la decisión libre de adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas, sin perjudicarse ni perjudicar a terceros, razón por la cual no puede señalarse ni objetarse a las personas que la ejercen, ni a la práctica en sí misma. Todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de la misma: el niño que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la práctica no se hubiera realizado y encuentra una familia que lo recibe con mucho amor y que lo deseó profundamente, los padres logran acceder a la paternidad y tienen la posibilidad de dar amor y brindarle todos los cuidados necesarios a su hijo, y, por último, la mujer portadora puede satisfacer sus deseos de ayudar a otras personas y obtener un beneficio en general económico a cambio de esa ayuda” (2009, p. 169)

En esa misma línea el comité de bioética de España en un informe presentado en el año 2017, haciendo un estudio del tema, señaló que desde que la gestación subrogada ya sea altruista o comercial siempre que excluya la explotación “se sostiene que la mujer es dueña de su cuerpo y, en el ejercicio de su autonomía, puede disponer de sus capacidades como quiera. En consecuencia, no solo es lícito que una mujer acceda a gestar el niño de otro de manera altruista sino también que lo haga a cambio de retribución. Hay otras dos situaciones que presentan ciertas analogías con ésta, como son la compraventa de órganos y la prostitución.” (p. 25)



Y, desde el libre desarrollo de la personalidad “en tanto fundamento del orden político y la paz social”, cumple una importante función a la hora de interpretar si una determinada conducta encaja en el objeto protegido por el derecho fundamental, lo que no sucede por el mero hecho de que dicha conducta no esté prohibida por el ordenamiento; habrá que indagar si lo que pretende el titular del derecho está incluido en el enunciado constitucional del mismo y en esa indagación habrá de tenerse en cuenta la posibilidad de actuar de acuerdo con las propias convicciones.” (Linera, 2014, p.8)

Entre los opositores de esta práctica se encuentra Elizabeth Anderson quien argumenta que “la maternidad subrogada comercial no se debe permitir. Pagar a una mujer para que sea una madre subrogada implica una visión “materialista” tanto para el niño como a la mujer. Considerar la subrogación comercial bajo la luz de la teoría de los bienes de consumo, se basa en los contratos que involucran a tres partes a saber: quienes pretenden ser padres, el agente de inversiones y la madre subrogada. Los derechos parentales dejan de ser fundamentales y se convierten en algo parecido a los derechos de propiedad, en donde se cuenta con el uso y la disposición del objeto del que se es dueño, porque en la mencionada práctica la madre natural concibe un infante con la intención deliberada de cederlo a cambio de una utilidad material”. (En Yashon, 2010)

Por su parte, Alarcón sostiene que “si una mujer se compromete a entregar su hijo biológico en virtud de un negocio jurídico, pero además, éste lleva su información genética no es otra cosa distinta a la 'trata de un ser humano'" (2003, pág. 125). En el mismo sentido, Gómez expresa que “los pactos de maternidad subrogada carecen de



validez porque los negocios relativos al derecho de familiar están sustraídos de la autonomía de la voluntad de las partes por el interés público, por los fuertes impedimentos éticos y la función social que los preside, de tal manera que las renunciaciones, transacciones, etcétera, quedan como regla general prohibidos en la relación de familia.” (1994, p. 138)

Aunque en el ordenamiento jurídico colombiano, la Corte Constitucional ha hecho un llamado para que se haga una “regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones” para llevar a cabo este procedimiento como los problemas de fertilidad, que la madre gestante se someta a los exámenes pertinentes, que se preserve la identidad de las partes, que una vez firmado el consentimiento informado no puedan retractarse de la entrega del menor, entre otros. (Sentencia T-968 de 2009).

La Corte Suprema de Justicia conoció de una tutela en el caso de la “disposición de embriones” para procesos de reproducción asistida señaló que “ha de expresarse que los acuerdos negociales de la índole de marras, que no afecten los principios éticos básicos ni refieran a ilicitudes, en principio, podrán servir para regular las relaciones entre las partes respecto de los términos plasmados en ellos, de donde surge que el consentimiento mutuo respecto al futuro de los embriones debe tener importancia... obliga a que en los convenios así realizados se tenga el cuidado de planear con suficiente claridad la totalidad posible de aspectos...” (STC20614, 2017)

Así lo expresa Lamm “si bien una de las principales objeciones a la gestación por sustitución es que es inmoral, el argumento de que la ley debe castigar la inmoralidad es antiguo y está desacreditado. La opinión de que la ley debe regular la conducta de acuerdo a la moral



ha sido refutada con éxito hace más de 150 años por John Stuart MILL, que introdujo el “principio del daño”, un hito de valor incalculable para cualquier sociedad liberal y pluralista. Por lo tanto, se argumenta que la moralidad convencional no debe limitar la libertad de las personas a participar en actividades consensuadas cuando éstas no puedan dañar a otros.” (2012, p. 8)

Continúa señalando Lamm que “se sostiene que la gestación por sustitución no viola el interés superior del niño debido a que el niño nace en una familia que lo deseó y no hubiera existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución. Además, el interés superior del niño exige la regularización de la gestación por sustitución, es decir, de un marco legal que lo proteja y le brinde seguridad jurídica. Sin perjuicio de lo dicho, no se puede dejar de advertir que de esa práctica nace un niño y el interés superior exige que las personas que quieren ser padres puedan serlo, y que esa filiación sea reconocida legalmente.” (p. 10)

Así mismo, no debe olvidarse que “en la gestación por sustitución el elemento fundamental reside en que dicha manifestación de voluntad exista, que no se encuentre viciada y que aparezca un control de autoridad de naturaleza judicial o administrativa. De ahí que la libre manifestación del consentimiento, unida a la garantía del superior interés del niño, sean los elementos fundamentales sobre los que se construye la filiación en estos casos.” (Flores Rodríguez, 2014, p. 86)

Respecto a esa manifestación de voluntad debe someterse a lo señalado por la Corte Suprema en el sentido que “El consentimiento otorgado por los miembros de la pareja debe ser informado y previo a la utilización de las técnicas, pues una vez emitido obliga a quien lo





otorga a aceptar las consecuencias jurídicas de dicho acto, con respecto a la filiación, o lo que es lo mismo, la declaración de voluntad de los intervinientes presupone la conformidad con el procedimiento científico y la asunción de las consecuencias jurídicas que lleguen a producirse en caso de que se logre la gestación y se produzca el nacimiento del hijo.” (SC6359, 2017).

#### **d. De las modificaciones del cuerpo**

Es importante recordar en este apartado lo expresado por Barreiro “hay que aclarar el distanciamiento intelectual entre naturaleza y cultura en la sociología. Mientras la sociobiología considera el cuerpo con “una base biológica y presocial sobre la cual se fundan las superestructuras del yo y de la sociedad” (Ch. Schilling, 1993, p. 41), los constructivistas como Douglas, Foucault, Goffman y Turner toman el cuerpo como algo que pertenece a la cultura y no a una identidad biológica.” (2004, p. 128)

Al respecto Ramírez Tovar y García Rodríguez, proponen una definición del cuerpo en los siguientes términos: “El cuerpo constituye un elemento fundamental que impulsa y sostiene la vida, que induce y sustenta la existencia, y que se convierte en artefacto o aparato para ejercer fuerza de trabajo; es de hecho un instrumento por el cual se subsiste y mediante el cual se obtiene un sustento (tanto económico como de identidad). Es un organismo que provee de funciones vitales y constituye el molde al que le procuran forma atractiva y abundante, para deleitar la mirada del espectador. El cuerpo es un aparato de las realidades sociales”. (2018, p. 305).

El cuerpo, establece Sánchez Olvera, citando a Linda McDowell, “es el primer espacio social de los individuos, donde se ven reflejadas



las construcciones socioculturales, la autoidentidad, las heterodesignaciones”. Así mismo, siguiendo a Rossi Braidotti sostiene que “es una encrucijada de fuerzas intensivas de una superficie donde se inscriben los códigos sociales; está, por tanto, subjetivado. Los cuerpos son construcciones geopolíticas marcadas por su posición, con una historia específica, con circunstancias geográficas únicas, con jerarquías espaciales de diversa escala de opresión.” (2009, p. 106)

Para Ihde “el cuerpo humano se divide en tres: el primero “cuerpo uno” un lugar emotivo, perceptivo y móvil; el “cuerpo dos” es el sentido social y cultural que se le da al cuerpo de acuerdo a un contexto determinado; entre estos dos se halla un escenario donde la tecnología y la biología se fusionan. Nuestros encuentros ocasionales con tecnologías que han cambiado no sólo tiene que ver con músculos y fortaleza corporal; son encuentros que remueven de modo mucho más amplio y profundo nuestra noción de ser, procesos que involucran prácticamente todos nuestros deseo e imaginaciones” (Ihde, 2004, p. 13-14).

Para Foucault “resulta superlativa, desde lo más individual el cuerpo encarna un pequeño poder, un micropoder; este micro-poder está en relación con otros micros poderes, y esta articulación se hace palpable en diversos campos, como por ejemplo: en el campo social, económico, político, cultural, entre otros. De las relaciones de los micro poderes, resulta la creación de normas, estipulaciones, acuerdos, en fin, diversas ilaciones que involucran al cuerpo ya la sociedad.” (Sossa Rojas, 2011, p. 4)

En torno a este tema y a la disposición del cuerpo han surgido temas como la disposición del cuerpo en el transgenerismo. La Corte



Constitucional ha definido esta situación como “una denominación genérica con el que se ha designado a aquellas personas cuya identidad de género y/o sexual es diferente a las expectativas convencionales basadas en las características físicas sexuales o el sexo que les fue asignado al nacer. El término es genérico toda vez que es empleado para describir una pluralidad de expresiones, experiencias e identidades, e incluye, entre muchas otras, a personas transexuales, transgénero, travestidos, intergénero, transformistas, drag queens y drag kings.” (Sentencia T-771, 2013)

“El concepto transgénero designa a un conjunto de discursos, practicas, categorías identitarias y, en general, formas de vida reunidas bajo su designación por aquello que tienen en común: una concepción a la vez materialista y contingente del cuerpo, la identidad, la expresión de sí, el género y la sexualidad –es decir, un rechazo compartido a la diferencia sexual como matriz natural y necesaria de subjetivación”. (Cabral, 2013, p. 1)

Esto indica, la comprensión de “los cuerpos, experiencias, identidades y prácticas mancomunadas bajo la designación trans” (Morán, 2015, p. 257), como parte de las manifestaciones de género, y cómo estas “desafían las normatividades instituidas sobre la noción binaria de la diferencia sexual”. (Morán, 2015, p. 257)

Las personas transexuales como lo expresa Soley-Beltran “experimentan una discontinuidad entre las partes corporales, las identidades y los placeres sexuales que creen deberían asociarse con ellos. Los sentimientos de alienación producidos por esta disonancia entre partes corporales y significados de género a menudo se expresan con un tópico que pone en juego nociones dicotómicamente y cuerpo”. (2014, p. 25)



Así mismo, ha establecido “el derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género y a que los datos consignados en el registro civil correspondan a su definición identitaria, se encuentra constitucionalmente protegido por las disposiciones que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 16 CP), el reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 14 CP), y el respeto de la dignidad humana en las tres manifestaciones antes identificadas: (i) derecho a vivir como uno quiere; (ii) derecho a vivir bien; (iii) derecho a vivir sin humillaciones.” (Corte Constitucional, Sentencia T-063, 2015)

En este orden de ideas, “el concepto transgénero surge en el precedente constitucional colombiano como una herramienta necesaria para el reconocimiento de la identidad y amparo de derechos de personas pertenecientes a sectores con identidades no hegemónicas. Un panorama diverso que evidencia la realidad evolutiva del género como categoría discursiva, permitiendo su análisis desde un campo dialógico, que toma como base los contextos” (Ruiz Nieves, 2018, p.96)

Desde este punto, se han reconocido una amplia gama de derechos relacionados con la sexualidad, entre los que encontramos según la iniciativa por los derechos sexuales –SRI, Sexual Rights Initiative-: (a). la no discriminación con base en el sexo, sexualidad, género, identidad y expresión de género, orientación sexual, (b). condición de salud incluida la condición de VIH, y edad, c. la libertad para expresar su sexualidad libre de violencia o coerción, (d). la privacidad para la toma de decisiones libres sobre su sexualidad, (e). la autonomía personal y reconocimiento ante la ley, para decidir libremente en temas relacionados con su sexualidad, (f). los beneficios del avance científico, (g). la información y educación



integral en sexualidad, (h). elegir si casarse o no, a formar y planificar o no, una familia, (i). la protección de su salud sexual y reproductiva, entre otros. (2011)

El respeto por los derechos sexuales y reproductivos señala Amnistía Internacional “es esencial para la dignidad humana, y estos derechos humanos se asientan en tratados internacionales y regionales reconocidos de derechos humanos, así como en constituciones y leyes nacionales. Incluyen derechos y normas tales como el derecho a: la igualdad, la privacidad, la salud, la vida, la ausencia de discriminación, el derecho a decidir el número de hijos y el intervalo entre ellos, y el derecho a no sufrir tortura y otros malos tratos. Estos derechos protegen a las personas y promueven sus posibilidades de tomar decisiones informadas sobre su vida sexual y reproductiva, sin coacción, discriminación ni violencia”. (Amnistia Internacional, 2015, p. 1)

Junto a este concepto surge lo que se ha denominado en los Principios de Yogyakarta, la identidad de Género que es: “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (2007, p. 6)

La Organización de los Estados Americanos ha establecido que “La diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como un dato biológico y el segundo como una construcción social.



El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés, en adelante el “Comité CEDAW”), ha establecido que el término "sexo" se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término "género" se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológica” (OEA, P. 4)

Según Hammarberg “en principio, las herramientas internacionales de derechos humanos protegen a todo el mundo sin discriminación. Aunque ni la identidad de género, ni la orientación sexual suelen mencionarse explícitamente como razones de discriminación en los tratados internacionales, estos tratados son aplicables a todas las personas gracias a la amplitud de las cláusulas contra la discriminación” (Hammarberg, 2010, p. 7)

De acuerdo con los Principios de Yogyakarta, la identidad de género “se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (2007, p. 6)

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es claro que el Artículo 8 del Convenio Europeo establece que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de



su correspondencia". Luego, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictaminado que la negativa de un Estado a modificar el certificado de nacimiento de una persona para que en él conste el género elegido, constituye una violación del artículo 8 del Convenio. Se exige por tanto que los Estados miembros reconozcan legalmente el cambio de Género de las personas transexuales." (Hammarberg, 2009, p. 8)

En este sentido, como lo sostiene Muñiz, "el cuerpo es productor de subjetividad, y ésta a su vez se reproduce en él; esta subjetividad, en cuanto a las prácticas de modificación, se asumirá, pese a lo que la sociedad ofrezca o espere de los individuos jóvenes, como lo plantea Muñiz" (2010, p. 25).

Es preciso señalar, como lo sostiene Bourdieu "que la experiencia práctica del cuerpo se engendra al aplicar al propio cuerpo los esquemas fundamentales derivados de la asimilación de las estructuras sociales. Por lo tanto, la probabilidad de sentirse incómodo en el cuerpo de uno (forma por excelencia de la experiencia del «cuerpo alienado»), el malestar, la timidez o la vergüenza son tanto más fuertes en la medida en que es mayor la desproporción entre el cuerpo socialmente exigido y la relación práctica con el cuerpo que imponen las miradas y las reacciones de los demás" (Bourdieu; 2000, p.85)

Esta necesidad de comunicar a través del cuerpo la expresa Sibilina "es compatible con el giro que sufrieran los modelajes corporales y de la subjetividad; dichos modelajes ya no se dan en las instituciones disciplinarias solamente, ni en la privacidad doméstica, como tampoco la apuesta es por "el homo psychologicus, homo privatus o personalidades introdirigidas, todos términos que aluden a la



'interiorización' característica de cierta manifestación hegemónica del sujeto moderno" (Sibilia, 2012, p. 45)

En términos de una resignificación política de los cuerpos, habrá que señalar que el cuerpo "puede ser concebido como un lugar de articulaciones en cuya construcción han de intervenir actores humanos y no humanos – naturales, tecnológicos, científicos, lingüísticos – que abran su enorme potencial político en la lucha por un mundo propio en el que todos los actores irruman como una vasta configuración de redes de intercambio cultural, étnico, político, etc." (Rodríguez, 2009, p. 41).

Ahora bien, desde el punto de vista utilitarista "el calificativo de las acciones humanas, al carecer éstas de bondad o maldad intrínsecas, depende de las consecuencias reales o probables que se deriven de ellas. Se niega así la existencia de actos que sean intrínsecamente malos, injustos e ilícitos con el ser humano, actos que son malos por sí mismos, con independencia y anterioridad a sus consecuencias" (Zurriarán, 2008, p. 21)

Como lo sostiene Spaemann (1991) "Para esta ética no existe la rectitud interna –y mucho menos la interna corrección– de las acciones. La moralidad de una acción es una función de la totalidad de sus consecuencias comparada con la totalidad de las consecuencias de cualquier otra acción alternativa posible. La prohibición de torturar, de engañar o de romper una promesa no es en principio distinta de la prohibición de cruzar la calle con el semáforo en rojo. Las acciones no tienen una naturaleza interna que limite el universal y fantástico mandamiento de optimización. Cada responsabilidad humana concreta es exclusivamente un elemento variable de la única responsabilidad efectiva del agente, de la





responsabilidad de optimizar el curso del mundo” (En Zurriaráin, 2008)

Aunque autores como Praeli sostienen que existe lo que han denominado la indisponibilidad del sexo por lo que “el sexo forma parte de la dimensión objetiva y que tiene un origen biológico y cromosómico o genético, que lo torna en indisponible para su titular, lo que autoriza a cambiar el nombre pero no el sexo registrado en el nacimiento” (Praeli, 2015, p. 306).

Lo cierto es que, los diferentes organismos internacionales han reiterado en sus pronunciamientos que no reconocer estas manifestaciones se convierte en una forma de discriminación y vulneración de los derechos fundamentales. Así por ejemplo, “En la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) en diciembre de 2008, 70 países entre los que se encontraba Colombia, suscribieron una Declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género en que reafirmaban el principio de universalidad de los derechos humanos, la igualdad de los derechos y del goce efectivo de los mismos; condenaban la violación de los derechos humanos por la orientación sexual e identidad de género y urgían a los Estados a la protección efectiva de sus derechos.” (Bernal Crespo, 2017, p. 230)

Las formas de asumir estos procesos, “nos ubica en posiciones respecto del cuerpo individual y colectivo. La apuesta por la vida hace que las personas se sensibilicen y donen sus órganos para posibles trasplantes de necesitados. La donación de órganos no solo es el reemplazo de una pieza fundida por un repuesto nuevo. Las encarnaciones también se expresan en las donaciones de porciones de órganos para seres queridos revalidando así un lazo de amistad,



fundiendo en esa demostración de amor un vínculo corporal misterioso que se funda en el riesgo de muerte del ofrendante, al someterse a una extracción de un pedazo de hígado, una porción de médula". (Cachorro, 2008, p. 15)

Podría señalarse, siguiendo a Collignon Goribar y Lazo Corvera, "que esta apropiación de derechos, implica una noción de autonomía, entendida como capacidad de producirse a sí mismo/ a. Una autonomía que no consiste en una individualidad carente de vínculos, sino más bien como una convergencia de una multiplicidad de voces que, como discursos y significados, la constituyen. La autonomía no es entonces una meta final sino una serie de prácticas permanentes y dialógicas, que implican un continuo debate al interior del sujeto (en relación con la autorización del deseo y las prácticas sexuales) así como en su relación con otros." (2017, p. 66).

#### **e. De la disposición de órganos: Trasplante y donación de órganos**

Como ya se ha tratado, la bioética nace con el fin de brindar mejoras en los procesos de salud a través del uso de la tecnología, es así que "La historia de la bioética comparte con la de los trasplantes de órganos algunas coincidencias muy significativas.

La primera, es su nacimiento casi simultáneo y por consiguiente el hecho de que ambas compartan una historia todavía breve. La segunda, es una evolución casi paralela, de modo que la serie de problemas que han ido planteando la donación y el trasplante de órganos coincide bastante bien con la propia evolución de los problemas que ha ido afrontando e intentando resolver la



bioética” (Gracia, 2001, p. 13), por lo que se considera tal y como lo afirma Atienza “Cuando se enfrentan cuestiones de bioética es usual referir la discusión a los llamados principios de la bioética, establecidos en los años sesenta, pero que, en realidad, vienen a ser una aplicación, a este campo de la experiencia humana, de lo que bien puede considerarse como principios generales de la ética o, si se quiere, de una ética racionalista”, (Atienza, 2004, p. 88).

Al hablar de bioética se involucra el tema ético, y el de las decisiones que se toman sobre el cuerpo, es así que se empiezan a considerar aspectos “ético jurídicos involucrados en el trasplante de órganos en el que se distinguen tres temáticas: la donación, el acceso y las nuevas tecnologías para el desarrollo de los órganos de reemplazo” (Cely Galindo, 2005, p 243), así mismo es importante destacar que “la ética no puede existir sin el hombre, y siendo el hombre su ámbito de aplicación y en sus acciones donde se realiza su evaluación, no podemos dejar de lado que el ser humano, la persona, el individuo, es libre para actuar y es autónomo en su pensar, por lo menos en algunos aspectos, tal como está contenido en los principios de la bioética” (Atienza, 2004).

Por lo tanto, las personas son libres, y como lo sostiene Da costa, “al menos en tres sentidos: uno biológico, en tanto no responde en forma automática al entorno en que se vive, como lo hacen los demás seres vivos, sino que construye un abanico de posibilidades entre las cuales elige deliberadamente algunas, se compromete con ellas, por último, debe justificar las elecciones que hace” (Da Costa, 2003, p.46).

Ahora desde el punto de vista Axiológico, afirma que como “persona posee una conciencia capaz de representar y realizar valores morales y, por tanto, debe responder por sus acciones



(responsabilidad). Por último, está el sentido racional o intelectual, a través del cual la persona es capaz de darse sus propias leyes (autolegislarse) y no siempre someterse a leyes que le son externas o impuestas (heteronomía)", (Da Costa, 2003).

Es aquí donde la bioética principialista hace parte de la base del tratamiento de órganos, ya que "Los principios de autonomía, beneficencia, no-maleficencia y justicia, pues son los principios éticos básicos que deben regir el proceso de donación y trasplante, al igual que toda terapéutica e investigación médica con seres humanos. Más aún, en el proceso de donación y trasplante tienen especial importancia, los principios de altruismo, solidaridad, equidad y reciprocidad" (Consejo Iberoamericano de Donacion y Trasplante, 2008, p. 25).

Por esta razón, "La mayoría de legislaciones en el mundo prohíben el comercio de órganos; por eso el sistema de aprovisionamiento de órganos se basa en la donación altruista. Esto significa que, bajo las leyes vigentes, las personas donan sus órganos para que sean trasplantados tras su fallecimiento o, en el caso de órganos no esenciales, pueden ser donados en vida. La mayoría de los trasplantes de riñón e hígado con donante vivo son producto del altruismo familiar, es decir, que la donación la realiza un miembro de la familia del receptor" (Chaparro, 2016, p.117).

En consecuencia, se tiene que "históricamente, los inicios de la ética médica occidental se pueden remontar a las pautas de buen hacer de los médicos en la antigüedad, como el Juramento Hipocrático, y se ha ido conformando, desarrollando y transmitiendo a través de los siglos como expresión de elementos culturales tradicionales, unidos a preceptos religiosos y morales, con el aporte



de las diferentes escuelas médicas hasta nuestros días” (Consejo Iberoamericano de Donación y Trasplante, 2008).

Asimismo, el Consejo Iberoamericano de Donación hace referencia a que “La donación y el trasplante de órganos y tejidos como modalidad terapéutica ha sido incluso representada en deificaciones en algunas religiones, como la del Dios Ganesh, o en forma de milagros en otras, como el conocido de San Cosme y San Damián” (Consejo Iberoamericano de Donación y Trasplante, 2008).

Desde el año 1967 se ha referido que la “incorporación de tejidos u órganos en el organismo humano no es muy reciente, pues, se había usado el de piel, la sangre y posteriormente la córnea en ciertas circunstancias. Es desde hace pocos años que se ha generalizado dicha intervención quirúrgica, siendo utilizados órganos de intensa fisiología, como el corazón y los riñones. Es así que desde 1967 se ha dado gran impulso a la práctica de los trasplantes en la especie humana y pese a los múltiples tropiezos, el auge continúa, abriéndose nuevas posibilidades conforme avanza la ciencia de la inmunología, elemento crucial en la práctica de dichos trasplantes” (Hubner, 1974, p. 89).

La trata de órganos considera “la donación como un acto voluntario por el cual una persona en vida o su familia después de la muerte autorizan la extracción de órganos y tejidos para trasplante, con el fin de ayudar a otras personas. La donación es desinteresada y altruista, ya que por ella no existe remuneración o retribución para el donante o su familia. El trasplante de órganos es un tratamiento médico por medio del cual órganos, tejidos y células enfermas son reemplazados por las de un donante. Estos procedimientos ofrecen



excelentes resultados en la calidad de vida de las personas, además de prolongarla” ([www.minsalud.gov.co](http://www.minsalud.gov.co)).

Ahora bien, el procedimiento de trasplante “consiste en la sustitución de un órgano o tejido enfermo, por otro sano, procedente de un donante vivo o de un donante en muerte encefálica. Dicho órgano o tejido sufre una alteración que tiene carácter irreversible y para la cual no existe otra opción de tratamiento que el trasplante. La necesidad de un trasplante de órgano por lo general es la consecuencia de enfermedades crónicas, que han recibido tratamiento por un término relativamente largo de tiempo, sin lograr resultados adecuados o que han presentado complicaciones relacionadas con los medicamentos que se han utilizado para tratarlas.” (Lara Carrión, 2016)

Este se hace “como tratamiento de aquellas enfermedades que anulan la función de un órgano o la reducen de tal manera que la insuficiencia resultante sea incompatible con la vida mientras el resto del organismo mantiene su función indemne. También cuando la calidad de vida sea inaceptable” (Defelitto et a, 2011, p. 411)

En la actualidad “el trasplante de órganos y tejidos constituye el tratamiento idóneo para muchas enfermedades orgánicas terminales, y en otros casos para mejorar sustancialmente su calidad de vida, las consideraciones éticas de la donación y trasplantes de órganos, tejidos y células, adquieren una importancia de primer orden por las implicaciones morales, sociales y económicas de esta modalidad terapéutica, como son, entre otras: la escasez de órganos para trasplante, las relaciones con la familia del donante, las cuestiones relativas al donante vivo, la justa selección de receptores, el alto costo económico de estos procedimientos, la adecuada



regulación y control de los estados sobre la actividad de trasplantes, tanto pública como privada, el xenotrasplante y las nuevas modalidades científicas en desarrollo, fundamentalmente las relacionadas con la terapia celular”, (Consejo Iberoamericano de Donación y Trasplante, 2008, p. 23.)

Es de destacar que la “actividad trasplantadora ha venido encontrando cobertura en los protocolos o convenciones de las sociedades médicas o en la autoridad moral o en su caso administrativa de los comités de ética de los centros hospitalarios. Sin embargo, existe deficiencia en la actuación de organismos o instituciones de controles externos a la administración sanitaria, siquiera de inspección, distintos de la potestad sancionadora general de la Administración y del poder jurisdiccional de los Tribunales de Justicia, lo que existe en otros países incluso de nuestro entorno cultural” (González, 2017, p.132).

Por lo que, no es de extrañarse que, la “donación consentida sigue siendo el más importante recurso para la actividad transplantológica. Los éxitos alcanzados progresivamente en esta actividad han generado simpatía entre los donantes potenciales, y en general, han favorecido la disolución de temores que, en los comienzos de la actividad, hacían difícil la disponibilidad de órganos para trasplante”. (Cely Galindo, 2005, p 243).

A partir de lo anterior, y como lo afirma Cely Galindo, “el área de los trasplantes de órganos requiere organizaciones muy complejas y ágiles, a la vez que poco burocratizadas. Exige un elevado nivel motivacional, con valores fuertes y una clara conciencia ética de lo que se está haciendo. Sólo así se puede asegurar una alta calidad, que en un terreno tan delicado como este es completamente



indispensable. Y por si esto fuera poco, las organizaciones de trasplantes tienen que ser en muy buena medida públicas” (Cely Galindo, 2005, p 27).

En el Convenio de Oviedo, para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano, se contempla que:

“La extracción de órganos o de tejidos para trasplantes sólo podrá efectuarse de un donante vivo en interés terapéutico del receptor y cuando no se disponga del órgano o del tejido apropiados de una persona fallecida ni de un método terapéutico alternativo de eficacia comparable” (Art. 19).

Así mismo, “Las partes garantizarán una protección jurisdiccional adecuada con el fin de impedir o hacer cesar en breve plazo cualquier contravención ilícita de los derechos y principios reconocidos en el presente Convenio”, (Art. 23).

De este modo, tal y como lo afirma Escobar, "Los cambios se están dando en forma extraordinariamente rápida en las fronteras de la investigación con una forma de conocer más libre, más flexible y más comprensiva: es una nueva visión del mundo y de la realidad que hace necesario un replanteamiento de la cultura tradicional hacia nuevas maneras de entender el presente y el futuro inmediato que se está gestando. El centro de ese nuevo paradigma es la vida como visión diferente de la realidad de la que había prevalecido hasta la fecha” (Escobar, 2005, p. 13).

En concordancia con Escobar, María Luisa Pfeifer afirma en cuanto a la concepción real del trasplante de órganos como “Una concepción dual del hombre, en que el mayor valor se atribuye a la





conciencia o la mente, sigue enfrentando al cuerpo como a un mecanismo; si sumamos a ello la hipervaloración de la eficacia y el éxito y la reducción del concepto de vida a sobrevivida, tendremos el sustento de la aceptación sin discusión de la práctica del trasplante”, (Pfeiffer, 2006, p.13).

De otro lado, y continuando con tema bioético, Hottois “reconoce que en la literatura bioética la dignidad del cuerpo humano generalmente es asociada a la idea de integridad del cuerpo. Esta manera de describir es de hecho parcial. Holística y simbólica, ella es implícitamente hostil al pensamiento tecnocientífico que analiza y opera, separa, distingue e identifica. Muy rápidamente la famosa diferencia antropológica considerada como antropológicamente fundante de la dignidad intrínseca del cuerpo humano se desvanece a nivel orgánico, celular, génico y de las proteínas. Compartimos con los otros organismos vivos (comprendidas plantas y microorganismos) una multitud de identidades y una diversidad de diferencias que la tecnociencia explota siempre primero” (Hottois, 1999, p. 56)

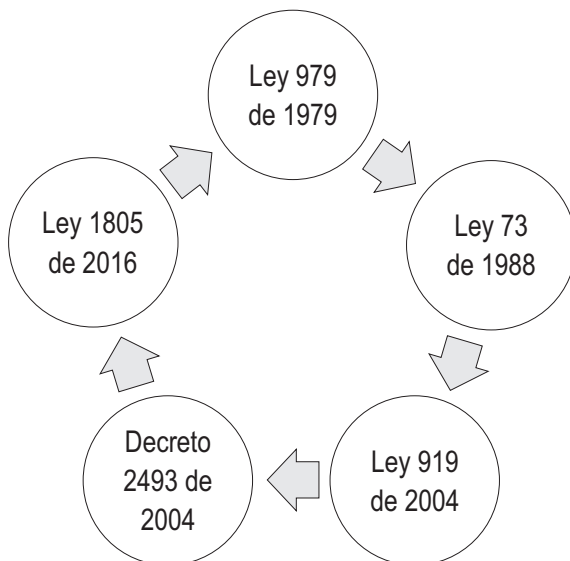
De igual forma, “la idea de dignidad en la que se funda el principio de no comercialización del cuerpo humano debe necesariamente extenderse a sus elementos componentes y a sus productos, es decir a todo lo que nos concierne como especie. La técnica no puede llegar al extremo de cosificar al cuerpo fragmentado, aun cuando dichos fragmentos carezcan de dimensión o no sean perceptibles por el ojo humano” (Bergel, 2007, p. 139), sin dejar de un lado que “Ninguna libertad individual puede primar sobre la voluntad general o el bien público que el estado expresa. En lo que concierne específicamente al cuerpo de cada individuo, se lo concibe como componente del



entramado social y los individuos son usufructuarios más que propietarios del mismo” (Bergel, 2007, p. 143).

Por último, se tiene que “La bioética tiene un campo de estudio privilegiado en el análisis de todo el proceso del trasplante de órganos, desde los dilemas éticos asociados a las diversas técnicas y modelos institucionales de obtención de órganos, hasta los problemas que enfrenta al momento de asignación de órganos disponibles entre los potenciales donantes, o los criterios de ordenación de la lista de espera. En todos los casos la bioética, con su conocimiento amplio de las posibilidades tecnológicas, su juicio en el estudio de las relaciones entre ética y derecho y su conocimiento del entorno, puede contribuir a identificar los peligros potenciales y proporcionar información útil para que la población” (Chaparro, 2017, p. 105)

Ahora bien, el tratamiento de órganos en Colombia ha sido legislado desde 1979, y a partir de este año, se han venido realizando mejoras que han contribuido en cuanto al tratamiento de órganos en Colombia, de tal modo se encuentra la siguiente legislación como modo de regular esta actividad en el país:



Normativa colombiana en trata de órganos

Fuente: Donación de órganos y tejidos (2019). Recuperado de

<https://www.ins.gov.co/Direcciones/RedesSaludPublica/DonaciónOrganosYTEjidos/Paginas/Marco-Legal,-Documentos-Tecnicos-y-Estadisticas.aspx>

- **La Ley 979 de 1979**, por la cual se dictan Medidas Sanitarias, consagra en el “**Artículo 1.** Para la protección del Medio Ambiente la presente Ley establece: a) Las normas generales que servirán de base a las disposiciones y reglamentaciones necesarias para preservar, restaurar u mejorar las condiciones necesarias en lo que se relaciona a la salud humana; b) Los procedimientos y las medidas que se deben adoptar para la regulación, legalización y control de los descargos de residuos y materiales que afectan o pueden afectar las condiciones sanitarias del Ambiente. **PARAGRAFO.** Para los efectos de aplicación de esta Ley se entenderán por condiciones sanitarias del ambiente las necesarias para asegurar el bienestar y la salud humana”.



- **La Ley 73 de 1988**, por la cual se adiciona la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes y otros usos terapéuticos, establece:
  - “Sólo se podrá proceder a la utilización de los órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos a que se refiere este artículo, cuando exista consentimiento del donante, del receptor, de los deudos, abandono del cadáver o presunción legal de donación” (Art. 1)
  - “Para los efectos de la presente Ley existe presunción legal de donación cuando una persona durante su vida se haya abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos o componentes anatómicos después de su fallecimiento, si dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de a iniciación de una autopsia médico-legal, sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido” (Art. 2.)
  - “La extracción y utilización de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos, podrá realizarse en los siguientes casos:
    - a. Mediante donación formal de uno de los órganos simétricos o pares, por parte de una persona viva, para su implantación inmediata; b. Mediante donación formal de todos o parte de los componentes anatómicos de una persona, hecha durante la vida de la misma pero para que tenga efectos después de su muerte, con destino a su implantación inmediata o diferida; c. Mediante presunción legal de donación, de conformidad con el artículo 2 de esta Ley”. (Art.3)



- **La Ley 919 de 2004**, por medio de la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico estipula en el artículo primero “La donación de componentes anatómicos; órganos, tejidos y fluidos corporales deberá hacerse siempre por razones humanitarias. Se prohíbe cualquier forma de compensación, pago en dinero o en especie por los componentes anatómicos. Quien done o suministre un órgano, tejido o fluido corporal deberá hacerlo a título gratuito, sin recibir ningún tipo de remuneración por el componente anatómico. Ni el beneficiario del componente, ni sus familiares, ni cualquier otra persona podrá pagar precio alguno por el mismo, o recibir algún tipo de compensación. **Parágrafo.** Las instituciones que funcionen con la debida autorización como bancos de tejido y de médula ósea y las instituciones prestadoras de servicios de salud con programas de trasplantes habilitados, podrán cobrar los costos ocasionados por la hospitalización del donante vivo, el cuidado médico del mismo, el diagnóstico, la extracción, la preservación, las pruebas o exámenes requeridos previamente para la donación o el suministro, el transporte, el valor de las pruebas inmunológicas y de histocompatibilidad indispensables para la realización del trasplante, el valor del trasplante, gastos de hospitalización, cirugía y cuidado médico postoperatorio del paciente trasplantado y del donante, el suministro de medicamentos y los controles subsiguientes a dicho procedimiento” (Art. 1)
- **La Ley 1805 de 2016**, por medio de la cual se modifican la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos y se dictan otras disposiciones. “Tiene por objeto ampliar la presunción legal de donación de componentes



anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos” (Art. 1). Establece:

- “Solo se podrá proceder a la utilización de los órganos, tejidos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos a que se refiere este artículo, cuando exista consentimiento del donante libre, previo e informado o presunción legal de donación” (Art. 2).
- “Se presume que se es donante cuando una persona durante su vida se ha abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos, tejidos o componentes anatómicos después de su fallecimiento” (Art. 3.)
- “Toda persona puede oponerse a la presunción legal de donación expresando su voluntad de no ser donante de órganos y tejidos, mediante un documento escrito que deberá autenticarse ante Notario Público y radicarse ante el Instituto Nacional I de Salud (INS), También podrá oponerse al momento de la afiliación a la Empresa Promotora de Salud (EPS), la cual estará obligada a informar al Instituto Nacional de Salud (INS)” (Art.4).
- “El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud y Protección I Social, o quien haga sus veces, implementará estrategias de información a la I población que sean claras, objetivas, idóneas y oportunas sobre la existencia de la I presunción legal de donación; las implicaciones de la ablación de órganos o tejidos; el derecho de oposición a la presunción legal de donación y los mecanismos para manifestarlo” (Art.5).
- “La obtención de tejidos y de médula ósea y la práctica de cualquiera de las actividades relacionadas con la obtención, extracción, procesamiento y distribución de los mismos, deberá



hacerse por: los bancos de tejidos o de médula ósea sin ánimo de lucro autorizados para tal fin por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA); o por las entidades habilitadas que cuenten con los requisitos técnicos y normativos para dicho trasplante” (Art.12).

En el caso colombiano, nace una entidad conocida como Red Nacional de Donación y Trasplante de órganos y tejidos, la cual “fue creada por el Ministerio de la Protección social en el año 2004. La Red es el conjunto de entidades relacionadas con los procesos de donación y trasplante en el país. El Instituto Nacional de Salud por medio de la Resolución 214 de marzo de 2005, y de acuerdo con el Decreto 2493 del 4 de agosto de 2004, resuelve crear el grupo de donación y trasplantes, el cual tiene a su cargo la Coordinación Nacional de la Red de Donación y Trasplantes” ([www.ins.gov.co](http://www.ins.gov.co)).

Sus funciones fueron establecidas mediante el Decreto 2493 de agosto de 2004, en su Artículo 5:

- “Establecer su organización interna y manual de funciones.
- Implementar un sistema de información que permita integrar las bases de datos de las coordinaciones regionales e incorporarlas al sistema integral de información en salud.
- Determinar la asignación de componentes anatómicos, con base en los criterios técnico científico de asignación única vigente, cuando la asignación del componente no ha sido posible en el nivel regional.
- Emitir los conceptos o certificados para efectos del ingreso y salida de tejidos y órganos.



- Vigilar y controlar la gestión de las actividades de las coordinaciones regionales
- Coordinar con el Ministerio de la Protección Social y las entidades territoriales de salud las actividades de promoción de la donación.
- Desarrollar y mantener registros de las estadísticas remitidas por los bancos de tejidos y medula ósea e IPS a las coordinaciones regionales.
- Cooperar con organismos e instituciones internacionales.
- Presentar semestralmente al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud un informe sobre la situación actual de trasplantes”. (Art. 5 Decreto 2493 de 2004)

A partir de la referida legislación, está claro que, la voluntad del paciente que dona los órganos se encuentra enmarcada en la bioética principialista, dejando ver como base la autonomía de las personas y por tanto del fallecido, así entonces Carral & Pasarella, indican “criterios destacan que en los procesos de Donación de órganos, hay que prestar especial atención a la voluntad del Donante Fallecido, por lo cual, consideran pertinente acudir a uno de los principios básicos de la Bioética: el principio de la Autonomía, que refleja el consentimiento del individuo que ha fallecido con donar o no sus órganos para procesos de trasplante” (Carral, J; Parellada, J; 2003).

El Decreto 2493 de agosto de 2004 tiene por objeto regular la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos de trasplante o implante de los mismos en seres humanos, e involucra los siguientes aspectos:





“1. Todos los Bancos de Tejidos y de Médula ósea: Es la institución sin ánimo de lucro encargada de la obtención, extracción, procesamiento, preservación y almacenamiento de tejidos y de médula ósea con el propósito de conservarlos y suministrarlos.

2. Todas las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud habilitadas con programas de trasplantes, y

3. A las personas, instituciones y establecimientos dedicados a todas o algunas de las siguientes actividades: Promoción, obtención, extracción, procesamiento, preservación, distribución, transporte, destino y disposición final de los tejidos y órganos y a los procedimientos para trasplantes e implantes, incluido el rescate de órganos y tejidos en seres humanos” (Art.1)

Este mismo decreto establece la conceptualización para que se lleve a cabo la donación de órganos, dentro de estos encontramos:

**Donante.** Es la persona a la que durante su vida o después de su muerte, por su expresa voluntad o por la de sus deudos, se le extraen componentes anatómicos con el fin de utilizarlos para trasplante o implante en otra persona, con objetivos terapéuticos. La voluntad de donación expresada en vida por una persona, solo puede ser revocada por ella misma y no podrá ser sustituida después de su muerte por sus deudos.

Indica que los tipos de donantes pueden ser Donantes efectivos, fallecidos, potenciales o vivos, de esta manera crea un entorno claro en cuanto al funcionamiento del tratamiento de órganos:

**Donante efectivo.** Es el cadáver en el que se han cumplido con todos los requisitos de donación conforme a lo establecido en el



presente decreto y se le ha practicado la ablación quirúrgica de órganos y tejidos.

**Donante fallecido.** Es aquel que ha fallecido bien sea por muerte encefálica o por cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias y a quien se le pretende extraer componentes anatómicos con fines de trasplantes o implantes.

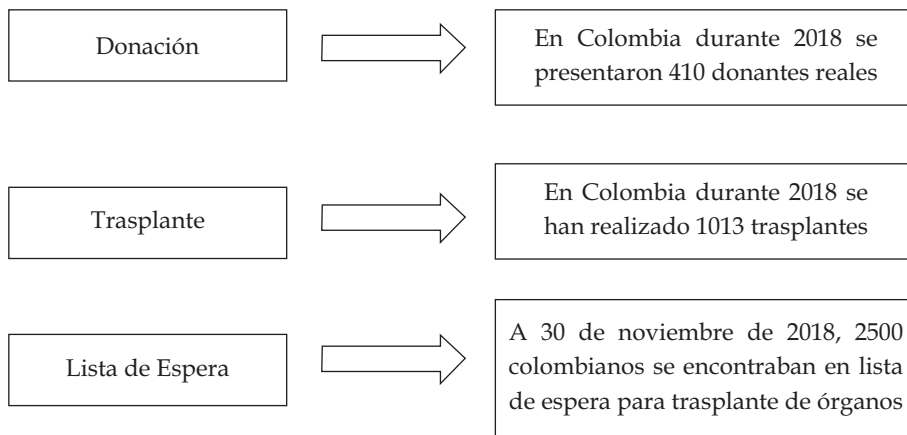
**Donante potencial.** Es aquel a quien se le ha diagnosticado muerte encefálica y que ha sido aceptado por parte del programa de trasplantes como donante de órganos y tejidos.

**Donante vivo.** Es aquella persona que conoce con certeza la totalidad de los riesgos que puedan generarse dentro del procedimiento y que cumpliendo los requisitos establecidos en el presente decreto efectúa la donación en vida de aquellos órganos o parte de ellos, cuya función es compensada por su organismo de forma adecuada y segura. (Decreto 2493, 2004)

Es de destacar que las estadísticas en Colombia indican que aunque existe la actividad de la Red nacional de donación y trasplante de órganos y tejidos, aún existen en lista de espera muchos pacientes, por la falta de disponibilidad de órganos, el ministerio de Salud presenta las siguientes cifras:



### Situación de Trasplantes en Colombia



#### Situación de Trasplantes en Colombia

Fuente: Información tomada de: Ministerio de Salud y Protección Social Colombia.

Situación de trasplantes en Colombia. (2018). Recuperado de:

<https://www.minsalud.gov.co/salud/MT/Paginas/donacion-y-trasplantes-de-organos.aspx>

Sin embargo, Colombia es un país en el que existen temores debido a la falta de información en cuanto al trasplante de órganos de forma segura y eficiente, aunque el Ministerio de Protección Social realiza “campañas públicas de promoción de la donación, mediante estrategias de información, educación y de comunicación para toda la población, con el fin de fomentar la conciencia solidaria que incremente la donación a favor de los enfermos que necesiten órganos y tejidos para trasplantes. Estas campañas serán financiadas con recursos del Estado a través de las acciones de salud pública, sin perjuicio de que se puedan realizar campañas de carácter privado” (Decreto 2493, 2004, art. 41)

Ha surgido otro debate en cuanto a la presencia en el mercado de temas como el trasplante de órganos en donde autores como



Berlinguer, señala que “En el debate bioético se olvida o subestima el papel asumido hoy día por el mercado. Se consideran sujetos dignos de reflexión bioética a los hombres y a las mujeres, a los gametos y a los embriones humanos, a las especies vivientes y a su ambiente, a las ciencias médicas y biológicas y a las profesiones vinculadas a éstas, a las instituciones públicas, a las leyes civiles y penales, a los comportamientos y a las orientaciones morales. El mercado es casi siempre mantenido fuera o considerado de manera general” (Berlinguer, 2002).

Este mercado “presupone la aplicación de la categoría cosa, objeto, propiedad. El mercado o la compraventa se refieren a los bienes u objetos de propiedad. Si el cuerpo no es una propiedad del hombre, por ser la emanación de la persona humana no es asimilable a una mercadería de cambio. Si el cuerpo no es objeto, sino sujeto asume una dignidad infinitamente superior a la cosa. Entre el cuerpo humano y la cosa subsiste un salto ontológico y cualitativo inconmensurable” (Sgrecia, 1993).

Sin embargo, “La bioética no puede convertirse en un campo propicio a la especulación filosófica que ignore las bases sobre las cuales se asientan los hechos a valorar. Los argumentos que se esbozan para justificar el mercado parten de un mundo imaginario construido en base a desconocer los datos de la realidad” (Bergel, 2007, p. 150), por lo que no se puede hablar de un mercado y este darle un valor económico ya que “El valor económico –apunta en esta misma dirección Seve- suplanta al valor ético. En el caso del ser humano es el dinero lo que va a jugar el rol piloto de fin en sí mismo: personificación de esa “cosa” y cosificación de la persona son corolarios”, (Bergel, 2007, p. 147).



#### f. Del reconocimiento de la dosis personal

La expresión de la libertad, se ha convertido en unos de los pilares fundamentales en el desarrollo de las actividades de los sujetos en comunidad. Esto ha configurado situaciones que reflejan el libre albedrío de las personas, representado en acciones como lo es el consumo de sustancias psicoactivas y la despenalización en el caso del porte de la dosis mínima. La anterior situación ha sido consecuencia del planteamiento de que Colombia ha pasado de ser netamente productor, a incrementar su demanda interna, es decir pese a que el gobierno ha luchado en contra del narcotráfico “dando lugar a que el país deje de constituirse en productor de sustancias psicoactivas pasando a ser consumidor” (Instituto de ciencia política, 2010, p.1).

En torno a esto se ha dicho, que la despenalización del consumo de sustancias psicoactivas ha generado todo un debate pues significa la contraposición del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la protección del bien jurídico de la salud pública. Así entonces, la Corte Constitucional estableció frente a la dosis mínima en sentencia C-221 que “sólo incumbe a quien la observa y, en consecuencia, está sustraída a la forma de control normativo que llamamos derecho y más aún a un sistema jurídico respetuoso de la libertad y de la dignidad humana, como sin duda, lo es el nuestro” (1994). Esto siempre que no ponga en riesgo derechos de terceros no será objeto de investigación penal.

En concordancia con lo anterior, la concepción de la dosis mínima, ha estado rodeada de polarización en cuanto a si es bueno o no que se apruebe, ya que si bien es cierto también se han propuesto



argumentos a su favor. Como consecuencia de estos planteamientos se han establecido los siguientes conceptos según Téllez y Bedoya así:

“ ...

- a. Dosis terapéutica: Se entiende como la cantidad de sustancia que, administrada a un ser vivo, produce un efecto terapéutico benéfico o deseable en el individuo. Dentro del contexto de las ciencias de la salud y la ética médica, es aquella cantidad de una sustancia que prescribe un terapeuta (un médico generalmente) de forma individualizada por un tiempo limitado, para alcanzar un efecto benéfico en ese individuo
- b. Dosis tóxica: Se define como la cantidad de sustancia que administrada a un ser vivo produce algún efecto dañino en su fisiología bioquímica o anatomía.
- c. Dosis letal: Comprendida como la cantidad de sustancia que, administrada a un individuo o a una población homogénea, produce la muerte en la totalidad o en una parte de la población expuesta. Para este tipo de clasificación, se han determinado mediante experimentación animal las siguientes dosis letales equivalentes: 100 (dL100), 50 (dL50) y 75 (dL75). En un orden respectivo, la primera es aquella cantidad de sustancia que administrada a una población homogénea, produce la muerte en la totalidad de los individuos expuestos. La segunda se refiere a aquella cantidad de sustancia que administrada a una población homogénea, produce la muerte en el 50% de los individuos expuestos. La última alude a aquella cantidad de sustancia que administrada a una población homogénea, produce la muerte en el 75% de los individuos expuestos”. (Tellez y Bedoya, 2015).



Ahora bien, se ha establecido que esta disposición debe sujetarse a restricciones frente al porte de estas sustancias, como lo establece la Ley 30 de 1986, “Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís la que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos” (art. 2, Lit. J).

Sin embargo, este planteamiento no entra en pugna con el deber del Estado de proteger la Salud Pública, por lo que el consumo de sustancias psicoactivas mediante el Acto Legislativo 02 de 2009 se constituyó como un problema que afecta este bien jurídico y por lo tanto el Estado debe adelantar todas las acciones posibles para protegerlo a través de campañas de prevención contra el consumo de drogas y la recuperación de los adictos. Como lo sostiene López Daza “la política aplicada al tema de drogas, ha estado dirigida hacia el mantenimiento del control, a al menos a hacer controlable, el consumo de drogas tomando en cuenta el riesgo como problema sanitario” (2004, p. 52)

A partir de lo anterior, se concluye que el consumo de sustancias psicoactivas se encuentra enmarcado en la funcionalidad que se le quiera dar al poyo de la dosis mínima, ya que como se ha mencionado, el fin para lo cual se use estas dosis reflejara el carácter legal o ilegal de cada situación. Aunado a esto, establece la Corte Suprema de Justicia: “a. Que si bien se prohibió a nivel constitucional el porte y el consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, también lo es que se limitó la respuesta estatal ante las conductas que violen la prohibición, a medidas de carácter administrativo; b. Que la finalidad de la respuesta estatal será siempre pedagógica, profiláctica y terapéutica, nunca la represiva; y, c. Que el consumidor



de drogas y especialmente el adicto o farmacodependiente, fue erigido como sujeto de una protección estatal reforzada. (CSJ, SP15519, 2014)

Desde este punto de vista la autonomía del ser humano toma plena relevancia en el desarrollo de sus actividades y en este caso, el derecho a libertad de expresión que se ejerce en estos casos no puede verse limitado arbitrariamente por el Estado toda vez que se enmarca en la esfera interna del sujeto. Aspecto que admite intervención en los tratamientos de rehabilitación en el que medie consentimiento por parte del sujeto.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C- 221 de 1994 con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Diaz respecto a la Libertad Individual y el Libre Desarrollo de la Personalidad, como derechos en juego en la prohibición de consumo de estupefacientes, indicó:

“El legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquéllas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución.

La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena.

El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más





importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarse brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia.

Que las personas sean libres y autónomas para elegir su forma de vida mientras ésta no interfiera con la autonomía de las otras, es parte vital del interés común en una sociedad personalista, como la que ha pretendido configurar la Carta Política que hoy nos rige. Si el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene algún sentido dentro de nuestro sistema, es preciso concluir que, por las razones anotadas, las normas que hacen del consumo de droga un delito, son claramente inconstitucionales”.

Y, en la misma providencia, se expuso:

“¿Qué puede hacer el Estado, si encuentra indeseable el consumo de narcóticos y estupefacientes y juzga deseable evitarlo, sin vulnerar la libertad de las personas? Cree la Corte que la única vía adecuada y compatible con los principios que el propio Estado se ha comprometido a respetar y a promover, consiste en brindar al conglomerado que constituye su pueblo, las posibilidades de educarse. ¿Conduce dicha vía a la finalidad indicada? No necesariamente, ni es de eso de lo que se trata en



primer término. Se trata de que cada persona elija su forma de vida responsablemente, y para lograr ese objetivo, es preciso remover el obstáculo mayor y definitivo: la ignorancia. No puede, pues, un Estado respetuoso de la dignidad humana, de la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, escamotear su obligación irrenunciable de educar, y sustituir a ella la represión como forma de controlar el consumo de sustancias que se juzgan nocivas para la persona individualmente considerada y, eventualmente, para la comunidad a la que necesariamente se halla integrada”.

En todo caso, el estado de necesidad, como se ha visto, se proyecta en diferentes escenarios del desarrollo del ser humano donde la manifestación de autonomía y el libre desarrollo de la personalidad presentan nuevos escenarios para el derecho penal como ultima ratio.

# CAPÍTULO III

## **IUS PUNIENDI Y LA ULTIMA RATIO: LA RELACIÓN ENTRE EL ESTADO Y EL SUJETO PUNIBLE Fundamentos**



### CAPÍTULO III

## IUS PUNIENDI Y LA ÚLTIMA RATIO: LA RELACIÓN ENTRE EL ESTADO Y EL SUJETO PUNIBLE.

### Fundamentos

En el presente capítulo se abordarán someramente los fundamentos del principio de “*Ius Puniendi*” y su papel relevante con el criterio de seguridad como obligación Estatal.

El punto de partida está en considerar el derecho de castigar del Estado, o “*ius puniendi*” como doctrinalmente se le conoce, como “la facultad que se le ha otorgado al Estado para imponer una pena o una medida de seguridad, ha adquirido rango constitucional y se integra por un sistema de principios, denominados limitativos al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir una “barrera”, ante posibles arbitrariedades”. (Medina Cuenca, 2016, p. 88).

El “*ius puniendi*” del Estado es, entonces, “el poder que ostentan las autoridades, no sólo penales sino también administrativas, para el adecuado funcionamiento del aparato estatal” (Torrado y Lourdes, 2007, p. 302). Ahora bien, “el Derecho Penal subjetivo se identifica con el *ius puniendi*, que significa el derecho o facultad del Estado para castigar. El *ius puniendi* sólo es potestativo del Estado, pues es el único con facultades para conocer y decidir sobre la existencia de un delito y la aplicación de la pena.” (López Betancourt, 2007, p. 65)



En ese mismo sentido, lo define Polaino Navarrete cuando señala que “es la facultad o potestad del Estado de imponer sanciones jurídicopenales – penas o medidas de seguridad – por la comisión de delitos, esto es, la competencia de hacer valer su cometido constitucional de órgano legitimado para solucionar los conflictos criminales desencadenados en la Sociedad, que conforme a su escala de valores reconoce y se identifica con un ordenamiento punitivo, cuya única legítima titularidad es la estatal en el modelo de Estado de Derecho”. (p. 51)

Para la Corte Constitucional “En cumplimiento de las finalidades que le han sido asignadas -entre las cuales se encuentran, según nuestra Constitución, la de realizar un orden político, económico y social justo, la de asegurar a los integrantes de la comunidad una pacífica convivencia y la de proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades- el Estado goza del llamado "ius puniendi", en cuya virtud corresponde a sus autoridades imponer los castigos previstos en la ley a los miembros de la sociedad que infringen sus preceptos.” (Corte Suprema de Justicia, ST62605, 2012).

En igual posición, sostiene García Amado que “el Estado puede cumplir ese cometido de servir de eje o cúspide de la organización social porque dispone de dos tipos de medios: el monopolio del uso (autorizado) de la fuerza, con los correspondientes instrumentos a tal efecto, y herramientas económicas que detrae de la propia sociedad. Cuando estamos en un Estado de Derecho, ambos tipos de medios se procuran y se emplean con arreglo a las normas jurídicas, no libérrimamente” (2008, p. 13) y, en esos términos, concluye que no es otra cosa que “quién, desde el Estado, a través del Estado o por medio



del Estado (de los aparatos del Estado) puede disponer castigos para los ciudadanos". (p. 17).

Este poder del Estado "se traduce en una serie de atribuciones, facultades o competencias que se radican en cada una de las ramas del poder y que se materializan en la existencia de distintas funciones, que constituyen el instrumento para el cumplimiento de los cometidos estatales" (Corte Constitucional, sentencia C-853, 2005). Sin embargo, como lo indica la Corte Constitucional en el ejercicio de esta función, "los mandatos constitucionales exigen la sujeción a dos criterios fundamentales: Por un lado, el castigo oficial solo puede ser utilizado para la defensa, protección y garantía de bienes jurídicos esencialmente ligados, de manera directa o indirecta, a los derechos fundamentales y, por el otro, su uso no puede, correlativamente, invadir la dignidad humana ni restringir irrazonablemente los derechos fundamentales" (Sentencia C-038, 1995)

Ahora bien, "el *ius puniendi* tiene un titular único que es el Estado, el cual se somete al Ordenamiento Jurídico, pero serán los Jueces y Tribunales quienes hayan de desempeñar la tarea y la labor de aplicar las penas e interpretar las normas. Y para ello es preciso trazar con precisión milimétrica los límites y racionalizar las sanciones." (De Vicente Martínez, 2016, p. 211).

Tal como lo señala Horvitz "en la construcción ideológica del nuevo orden post-revolucionario, el derecho penal constituye un mecanismo de defensa de los ciudadanos frente a las intervenciones coactivas del Estado. Por ello, el ejercicio de la potestad punitiva estatal debe estar sometido a control y a una estricta vinculación a los principios de previsibilidad, igualdad y proporcionalidad, y la



persecución penal debe estar libre de las presiones y de la influencia política.” (2012, p. 100)

Es de destacar que aunque el derecho penal se constituye como un medio de represión frente a los derechos y libertades su desarrollo debe limitarse y, en ese sentido, debe siempre concebirse dentro del desarrollo de tres principios fundamentales que son: i) el principio de legalidad, ii) la intervención mínima, y iii) el principio de culpabilidad. En ese orden de ideas, es posible encontrar restricciones como la prohibición de la pena de muerte en virtud de la protección del derecho fundamental a la vida, el sometimiento a tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otras.

Ha sido reiterativa la Corte Constitucional al establecer que “el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius puniendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas.” (Sentencia C-038, 1995)

Un sentido de materialización del “*ius puniendi*” se da en la formulación jurídica del proceso penal al interior de los ordenamientos jurídicos internos. El derecho penal se ha definido como “el conjunto de normas jurídicas (de derechos publico interno), cuya función es definir los delitos y señalar las penas y medidas de seguridad impuestas al ser humano que rompe el denominado contrato social y daña con su actuación a la sociedad” (López Guardiola, 2012, p. 12). Desde este punto Zugandia Espinar citando a



Roxin señala que “el Derecho Penal es un sistema normativo un conjunto de normas de conducta (prohibitivas y preceptivas) y de reglas para su aplicación— que vincula al delito como presupuesto, la pena (y/o la medida de seguridad) como su consecuencia jurídica” (2016, p. 12)

Jiménez de Asua define el Derecho Penal, como un “conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora” (2005, p. 18)

Ferrajoli, por su parte, concibe al derecho penal como la “técnica de definición, comprobación y represión de las desviaciones que ameritan reacciones punitivas de parte del Estado” (2009, p. 209). En ese sentido “es posible afirmar que el derecho penal protege una extensa gama de derechos humanos, algunos de forma directa y otros de manera indirecta (...) Por una parte, el derecho penal protege de forma directa los derechos humanos de los perseguidos penalmente, en la medida en que su finalidad prioritaria, y a su vez criterio de legitimidad interna, es precisamente el reconocimiento y respeto de ciertas garantías que funcionan en favor de todo aquel que pueda verse hostigado por el sistema penal” (Ferrajoli, 1995).

Fernández concibe que “el derecho penal existe porque sin él, es decir, sin la sanción de los comportamientos delictivos, la convivencia humana sería imposible; la pena es una condición indispensable para el buen funcionamiento de los sistemas sociales, una amarga necesidad a la que no parece posible renunciar en este





momento histórico y quizá tampoco en un futuro inmediato” (Fernández, 1994, p. 88).

Así pues, “el Derecho Penal constituye la máxima expresión del poder sancionatorio del Estado, que se dirige a la protección de los bienes jurídicos y a la preservación de un orden social justo, cuya aplicación, como ya dijimos, atiende al carácter de *ultima ratio*, en atención a la necesidad de privilegiar la libertad personal, la dignidad humana y demás derechos e intereses ius fundamentales reconocidos por el Derecho Internacional como inherentes a todas las personas.” (Escobar Gil, 2011, p. 41).

Ha señalado Torres Herrera (et al) que “el Derecho Penal es un mecanismo de control social que tiene por finalidad evitar comportamientos indeseables respecto de expectativas sociales indispensables para la convivencia (delitos). A través de él, y mediante la amenaza del castigo (“la pena”), se intenta que los miembros del grupo social respeten unas normas básicas de conducta y unos valores elementales para la convivencia.” (2019, p. 23)

El derecho penal, como lo sugiere Ávila Santa María, “está legitimado por el derecho internacional de los derechos humanos y también por el derecho constitucional. Sin embargo, dicha legitimación es condicionada. En primer lugar, existe reserva de ley para toda regulación de carácter penal. En segundo lugar, los derechos humanos son intrínsecamente normas limitadoras de todo poder. Desde esta perspectiva, el derecho penal no admite regulación a nivel reglamentario (además atentaría contra el principio de legalidad), que es una garantía formal, ni tampoco puede ser maximalista, que es una garantía sustantiva.” (2013, p. 13)



Explica Fernández Carrasquilla que el derecho penal “son verdaderas normas de garantía y por serlo no solo resulta jurídicamente imposible que se utilicen para agravar, desmejorar o desfavorecer los derechos fundamentales del ciudadano, o bien para expandir el sentido de los tipos o el alcance de las penas legales, sino que, además, no garantizarían nada si cualquier otra norma pudiera vulnerar, agraviar o mermar los derechos que ellas amparan, o los marcos hermenéuticos que fijan” (2011, p. 132)

En el derecho penal, como lo sostiene Diez Ripolles, dada “la profunda imbricación entre poder y derecho a que da lugar ese acertado condicionamiento, constitucionalmente prescrito, del ejercicio de los poderes públicos a la consecución de determinados objetivos, origina un notable enriquecimiento de los poderes públicos a la consecución de determinados objetivos, origina un notable enriquecimiento de los contenidos del contrato social, ya no limitado a describir el procedimiento acordado que va a legitimar el uso de la fuerza, sino interesado en asegurar que ésta persiga determinados fines, que sin duda trascienden al mantenimiento del orden o la paz públicos” (1997, p. 10)

Esta forma de limitación se circunscribe a un control social sobre el proceso penal y “se ejerce mediante mecanismos no formalizados jurídicamente, como las normas morales, las ideas religiosas, la educación, etc., y también, naturalmente, a través de las normas jurídicas, las generales y las penales, junto con el aparato institucional destinado a aplicarlas y hacerlas cumplir, como son los Jueces, la Policía y el sistema penitenciario. Todas estas normas establecidas formalmente con disposiciones legales y los aparatos institucionales son las instancias que realizan el llamado control social formal” (Gómez de la Torre et al, 2010, p. 2)



Por otra parte, “el derecho penal protege por regla general de una forma indirecta los derechos de las potenciales víctimas del delito. Se trata de una protección indirecta por cuanto pretende proteger solo hacia el futuro, a través de la amenaza de la pena; por lo tanto, en este caso la protección dispensada no es tanto a una víctima real, sino potencial, por cuanto en el momento de la amenaza penal no existe aún una víctima, por la misma razón que tampoco existe un delincuente: potencialmente todas las personas podrían ser tanto lo uno como lo otro.” (Sotomayor Acosta, 2018, p. 212)

En ese sentido, el proceso penal que se desarrolla en esas instancias no debe establecer penas más allá de las que son necesarias en la sociedad. Lo que implica como lo establece la Declaración Francesa de Derechos Humanos de 1789 que “la Ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente” (Art. 8) lo que establece las primeras bases de un proceso penal garantista.

En este primer nivel decía Kant en su texto *Metafísica De Las Costumbres* que “el grado de imputabilidad (imputabilitas) de las acciones ha de valorarse subjetivamente, según la magnitud de los obstáculos que han tenido que superarse”, y, como lo expone, “si bien el filósofo alemán estaba pensando en obstáculos de tipo natural (de la sensibilidad, como el “apasionamiento”), actualmente sabemos que junto a ellos (y a menudo confundidos) existen obstáculos de tipo social, que pueden condicionar la orientación conforme a normas de un modo análogo a como lo hace un estado pasional o incluso una enfermedad mental, o si se quiere un estado de necesidad” (p. 171)



En palabras de Beccaria “El fin de la pena no es (...) atormentar y vejear a un ser sensible, para hacer inexistente un delito ya cometido. (...). La finalidad es (...) impedir que el culpable cause otros daños a sus conciudadanos, y que los demás también se abstengan de hacerlo. Tales penas y tales procesos ganan en su aplicación la reserva de la proporcionalidad, que ejerce la impresión más firme y duradera sobre el espíritu de los hombres, y son las que menos atormentan los cuerpos de los culpables” (2015, p. 34)

De lo que se concluye que, “la pena no sirve únicamente para prevenir injustos delitos, sino también injustos castigos, y el derecho penal aparece legitimado en la medida en que tenga por objeto la minimización de la violencia en la sociedad. El planteamiento que engloba en un sistema los bienes jurídicos que deben ser protegidos por el derecho penal y la función de encauzamiento del ejercicio de la violencia estatal por medio de las garantías aseguradoras del respeto de los derechos individuales;” (Henaó Cardona, 2004, p. 513)

Es entonces, cuando se puede afirmar que “el derecho procesal penal no cuida los derechos y la utilidad del individuo, sino el bienestar y la seguridad de la colectividad (que sin la resocialización del individuo no se pueden, por cierto, conseguir).” (Baumann, 1986, p. 20)

En este marco pueden observarse tres consecuencias que expone Hassemer para el derecho penal:

“ ...

- a. Solo puede ser un hecho típico la lesión de la libertad asegurada por el contrato social. El bien jurídico tiene una función sistemática, como criterio negativo para una



criminalización legítima: sin bien jurídico no hay injusto penal.

- b. Los límites de la renuncia de la libertad social deben ser absolutamente precisos e impenetrables. Se debe renunciar a ulteriores restricciones o intervenciones del ejecutivo bajo todas las circunstancias. Los límites de esta renuncia tampoco pueden residir en la interpretación de un tercero. De aquí extrae el sentido el positivismo legal y pueden entenderse principios contemporáneos, como la prohibición de analogía; el principio de taxatividad adquiere pleno significado.
- c. El Estado es una institución derivada de los ciudadanos y se debe funcionalizar su poder en aras de los derechos de los ciudadanos." (1998, p. 238)

Sin embargo, "la preocupación por la etiología delictiva y los programas de intervención sobre los condenados, orientados a la resocialización, se ha visto desplazada por exigencias endurecedoras del marco cronológico y del régimen de cumplimiento de las penas privativas de libertad, hasta el punto de reivindicarse no sólo el cumplimiento íntegro de la condena -que puede rebasar las normales esperanzas de vida-, sino también que el mismo se produzca en un medio cerrado." (Landrove Díaz, 2009, p. 18).

Ahora bien, el legislador debe tener en cuenta una serie de criterios que se han estudiado a nivel jurisprudencial para la elaboración de normas penales así:

**a. El principio de Necesidad.**

Conforme al carácter de subsidiariedad y el principio de "*Ultima Ratio*", "el derecho penal se enmarca en el principio de mínima



intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado. El Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer” (Corte Constitucional, Sentencia C-636, 2009)

De su aplicación, sostiene Diez Ripolles, se derivan dos subprincipios a saber “el de carácter fragmentario del derecho penal, que constriñe este a la salvaguarda de los ataques más intolerables a los presupuestos para el mantenimiento del orden social y el de subsidiariedad que orienta al derecho penal como último recurso frente a la desorganización social” (1997, p. 12).

Por tal razón, “el Derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas "formales e informales". Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso.” (Carnevali Rodríguez, 2008, p.2).

Ahora, “la remisión al derecho penal como estatuto sancionatorio debe operar únicamente cuando las medidas incorporadas para controlar los fenómenos antisociales han sido puestas en marcha sin éxito o cuando éstas son insuficientes para someterlos. El derecho penal está enmarcado en el principio de mínima intervención, lo que supone que el ejercicio del poder de punición tiene que ser el último



recurso disuasivo que puede utilizar el Estado para controlar desmanes transgresores de la vida en comunidad”. (Corte Constitucional, Sentencia C-417, 2009). Es por esta razón que “el derecho penal debe reservarse para tutelar los valores o intereses con relevancia constitucional, los bienes jurídicos protegidos por la Constitución, que al recibir la protección de la ley penal, se convierten en bienes jurídicos penales” (Goite Pierre et al, 2016, p. 111).

Por ende, como lo sostiene Martos Núñez, “el principio de intervención mínima” constituye no sólo un límite importante al “*ius puniendi*”, sino que además sitúa al Derecho Penal en su verdadera posición en el Ordenamiento: la última instancia a la que pueden acceder los ciudadanos para dirimir sus conflictos (si se trata de delitos o faltas perseguibles a instancia de parte), o bien el último recurso legal del que dispone el Estado de Derecho para conseguir una Sociedad democrática avanzada, empeñada en la defensa y desarrollo de los valores consustanciales al Derecho Penal democrático.” (1987, p. 101).

Por lo que, autores como Hassemer, han señalado que “el Derecho penal debe reducir su objeto de protección al Derecho penal tradicional, nuclear o básico, mediante el que se tutelarían, exclusivamente, los bienes jurídicos individuales más importantes, quedando conformado por delitos tales como los delitos contra la vida, lesiones, contra la libertad sexual, contra la libertad, los patrimoniales más graves, etc. Por lo que respecta a los bienes jurídicos universales, deben ser precisados del mejor modo posible y funcionalizados desde el punto de vista de los bienes jurídicos individuales” (En Jiménez Díaz, 2014, p. 8).



Y en el mismo sentido, lo ha hecho Salas Beteta, cuando establece que: “Este principio sostiene que el derecho penal a través del Estado, a quien se la he conferido el *jus puniendi*, debe reducir su intervención a aquellos casos en los que sean estrictamente necesario en el término de utilidad social general, es decir habrá de intervenir sólo en aquellos casos cuando no queden otros medios para la protección social. El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el Principio de Intervención Mínima.” (p. 11).

Por su parte, Ferrajoli afirma que “La ley penal está dirigida a minimizar esta doble violencia, previniendo mediante su parte punitiva la razón construida, expresada por la venganza o por otras posibles razones informales (...) Precisamente – monopolizando la fuerza, delimitando los presupuestos y las modalidades e impidiendo el ejercicio arbitrario por parte de los sujetos no autorizados – la prohibición y la amenaza de las penas protegen a los reos contra las venganzas u otras reacciones más severas. (...) De este modo, los derechos fundamentales constituyen precisamente los parámetros que definen los ámbitos y los límites como bienes, los cuales no se justifica ofender ni con los delitos ni con las puniciones”.

De esta forma, como se ha venido sosteniendo, el principio de “*necesidad*” se constituye en un límite al “*ius puniendi*” del Estado que debe siempre responder a criterios como la necesidad, la proporcionalidad y la maximización de la libertad del ciudadano entre otros.

#### **b. El deber de observar la estricta legalidad.**

El principio de reserva de ley o de legalidad “impone limitar el ejercicio de la función punitiva sólo a las acciones previstas por la ley





como delitos: *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine*. Esto excluye, particularmente, la posibilidad de introducir penas en el ámbito de cualquiera de los poderes del Estado que no sea el legislativo.” (Baratta, 2004, p. 306).

Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos cuando establece que “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello” (art. 9)

La Corte Constitucional, ha señalado que el proceso penal se somete a dos reglas a saber “(i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador -reserva de ley en sentido material- y (ii) que es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “*nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa*” (Sentencia C-939, 2002). De allí que esta corporación ha desarrollado “El principio de mera legalidad hace referencia a la reserva legislativa para definir los tipos y las sanciones penales y el principio de estricta legalidad se refiere a una forma de producción de las normas, consistente en la definición precisa, clara e inequívoca de las conductas castigadas”. (Sentencia C-091, 2017).

Sin embargo, no son las únicas reglas, pues, como lo describe Mejía, pueden encontrarse otros postulados derivados de este principio a saber:



<b>Axioma</b>		<b>Principio</b>	
<b>A1</b>	Nulla poena sine crimine	Retributividad: Sucesividad de la pena respecto al delito	<b>Garantías Personales</b>
<b>A2</b>	Nullum crimen sine lege	Legalidad en sentido lato o estricto	
<b>A3</b>	Nulla lex (poenalis) sine necessitate	Necesidad o economía del Derecho penal	
<b>A4</b>	Nulla necitas sine iniuria	Lesividad	
<b>A5</b>	Nulla iniuria sine actione	Materialidad o exterioridad de la acción	
<b>A6</b>	Nulla actio sine culpa	Culpabilidad o responsabilidad personal	
<b>A7</b>	Nulla culpa sine iudicio	Jurisdiccionalidad en sentido lato o estricto	<b>Garantías Procesales</b>
<b>A8</b>	Nullum iudicium sine accusatione	Acusatorio: separación entre juez y acusación	
<b>A9</b>	Nulla accusatio sine probatione	Verificación o carga de la prueba	
<b>A10</b>	Nulla probatio sine defensione	Contradictorio, defensa o refutación	

Fuente: Mejía, 2012, p. 116

De tal suerte, que estos postulados también se encuentran contemplados en el Ley Penal cuando se establece que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco. La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se



aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados (...)" (Ley 599, 2000, art. 6)

Ahora bien, "el principio de reserva de ley impone la limitación del ejercicio de la función punitiva solo a las acciones previstas por la ley como delitos: *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine*. Esto excluye, en particular, La posibilidad de Introducir penas en el ámbito de ejercicio de poderes del Estado, diversos del legislativo. Los otros principios de limitación formal pueden considerarse, a su vez, como especificaciones del principio de legalidad, entendido este en sentido lato." (Baratta, 1986, p. 422).

Por esta razón, es que "cualquier manifestación del poder estatal que afecte a los derechos humanos debe estar sometida a controles estrictos que impidan la vulneración de los atributos inviolables de la persona humana" (Londoño Lázaro, 2010, p. 770); y, bajo este punto de vista, como lo sostiene Ruiz Antón, "el principio de legalidad implica seguridad para el ciudadano, entendidas en sentido formal -como reserva absoluta de la ley para definir los delitos y sus penas-, y en sentido material, es decir, como previsión calculable de los actos propios y garantía de la orientación que se va a dar el comportamiento personal" (1989, p. 149)

Ahora bien, "las exigencias constitucionales o normativas, o imperativos de deber ser en el Derecho penal, cuya máxima corrección y mínima desviación con respecto a la actuación de los poderes públicos, que encarnan el ser en el derecho, debe asegurar el principio de legalidad penal en el estado constitucional de derecho, como procedimiento o mecanismo dispuesto por el sistema jurídico" (Mejía, 2012, p. 115)



De lo anterior se concluye que, el principio de Legalidad es fundamental en un Estado Social de Derecho y vincula a todas las autoridades e instituciones que lo conforman para que actúen en la medida que han sido autorizadas por la ley, ya que cualquier desviación implica la vulneración de garantías mínimas y derechos fundamentales.

### **c. Principio de culpabilidad**

Tiene su origen en el Artículo 29 de la Carta Política que destaca el respeto a la dignidad de la persona humana y en especial consigna la máxima de que no hay delito sin conducta, al establecer que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”, lo que ha consolidado el derecho penal de acto y no de autor.

Derivado de este enunciado surge el principio de culpabilidad que ha sido desarrollado jurisprudencialmente bajo los siguientes criterios:

“(i) El Derecho penal de acto, por el cual “sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente. (ii) El principio según el cual no hay acción sin voluntad, que exige la configuración del elemento subjetivo del delito. De acuerdo al mismo, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción, sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. (iii) El grado de culpabilidad es uno de los criterios



básicos de imposición de la pena es, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad.” (Corte Constitucional, Sentencia c-365, 2002)

No es posible imponer una pena en ausencia de culpabilidad y “de acuerdo con la dogmática penal, no es suficiente, para imponer una pena, que el autor haya realizado un acto típico e ilícito” (Hurtado Pozo, 1988, p. 32)

Así mismo, lo contempla el Artículo 12 de La ley 599 de 2000 -Código penal- cuando establece que “Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva” lo que marca la separación entre el derecho penal “de acto” y “de actor” en el ordenamiento jurídico colombiano.

Lo anterior evidencia una relación directa con el principio de legalidad que se encamina a evitar la inseguridad jurídica garantizando el máximo grado de libertad para el sujeto que hace parte del proceso penal en concordancia con las garantías mínimas reconocidas en los diferentes instrumentos internacionales y que son reconocidos en el ordenamiento jurídico a través del bloque de constitucionalidad.

De forma general, según “puede aseverarse que el principio de culpabilidad hace alusión a que el Estado solo podrá ejercer el ius puniendi a través de la imposición de una pena cuando la culpabilidad del sujeto este demostrada; la potestad punitiva del



Estado es la consecuencia necesaria de la imputación por el injusto y la culpabilidad” (Perdomo Torres, p. 54).

**d. El deber de respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad, como lo sostiene Carbonel Mateu “en sentido estricto, obliga a ponderar la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica. Se trata, por emplear expresiones propias del análisis económico del Derecho, de no aplicar un precio excesivo, para obtener un beneficio inferior: si se trata de obtener el máximo de libertad, no podrán preverse penas que resulten desproporcionadas con la gravedad de la conducta” (2001, p. 132). Por lo que se ha dicho que “es una forma específica de ponderación o de balanceo entre política legislativa y respeto de derechos fundamentales.” (Zúñiga Añazco 2010).

Así las cosas, “todos los poderes públicos se encuentran constitucionalmente obligados a respetar el principio de idoneidad, en tanto que subprincipio de aquel de proporcionalidad, en la creación o aplicación de la normatividad que permita la restricción de los derechos fundamentales y especialmente si se trata de asuntos criminales, incluso en mayor medida que en otras materias, ya que los tipos penales deben ser considerados desde la perspectiva de su funcionalidad, esto es, desde el punto de vista de los fines que persiguen” (Corte Constitucional, Sentencia C-275, 1993).

De manera que, “la actividad de policía no se concibe como un poder ilimitado, sino que se van configurando una serie de normas y principios de los que se deriva que las intervenciones policiales solo son lícitas en la medida que son imprescindibles y adecuadas a los



fines que persiguen” (Domenech, 1997, p. 69). Según “se trata de un principio de carácter relativo, del cual no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, sino sólo por referencia al caso concreto, dependiendo de la relación medio a fin que, eventualmente, guarde el gravamen de la libertad con los bienes, valores y derechos que pretenda satisfacer” (p. 86).

En ese mismo sentido, ha desarrollado este principio la Corte Constitucional cuando indica que “al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad del tipo penal, así como de la sanción. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional (Sentencia C-939, 2002).

Para Caro Coria “las garantías constitucionales del proceso penal se erigen como límite y marco de actuación de la justicia penal; de ahí que resulte de suma importancia relevarlos y ajustarlos a las exigencias de la sociedad moderna. Básicamente, todo sistema procesal penal reconoce dos bloques de garantías procesales: las genéricas y las específicas. Entre las primeras se encuentran el derecho a la presunción de inocencia, la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho de defensa y el debido proceso. Entre las segundas (...) la igualdad, inmediación, inviolabilidad de domicilio, juez natural etc.” (2006, p. 1029),

En este sentido, “el debido proceso está llamado a aplicarse en todas las actuaciones judiciales y administrativas, constituyéndose de este modo en un fundamento de la legalidad dirigido a controlar las posibles arbitrariedades en que puedan incurrir las autoridades



como consecuencia del ejercicio del poder del Estado, privilegiando así el respeto por los derechos y obligaciones de los ciudadanos o de quienes son parte en un proceso o en una actuación administrativa” (Corte Constitucional, sentencia C-271, 2003)

Así las cosas, se han desarrollado tres subprincipios en su aplicación así: “ (i) el de idoneidad nos dirá que la omisión o actuación insuficiente de la autoridad en la protección o garantía de los derechos fundamentales es correcta si contribuye a la obtención de algún otro fin constitucionalmente legítimo; (ii) el de necesidad entraña que la omisión o actuación insuficiente de la autoridad es correcta si produce consecuencias más benignas que su intervención activa, (iii) el de proporcionalidad en sentido estricto debe implicar que la omisión o actuación insuficiente de la autoridad que afecta derechos fundamentales –para que sea correcta– quede compensada por la importancia que éstas tienen para la satisfacción de otro u otros derechos fundamentales o principios satisfechos” (Cárdenas Gracia, 2014, p. 70)

Para la Corte Constitucional los “fines del proceso penal dentro del Estado social de derecho están dados por la realización del ius puniendi en condiciones de justicia, en la pretensión principal de establecer, más allá de toda duda razonable, si una persona es o no responsable de la comisión de un delito. Es el proceso penal “un instrumento racional encaminado a determinar la posible responsabilidad penal de un individuo, cuya conducta habría injustamente vulnerado uno o varios derechos fundamentales (integridad personal, libertad individual, etc.) o bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (salubridad pública, orden económico y social, etc.).” (Sentencia C-828, 2010).





Así pues, “para la imposición de una pena, por ser esto una intromisión manifiesta y grave del Estado en los derechos fundamentales de las personas –no solamente en la libertad sino en varias de las esferas de desarrollo esenciales del ser humano–8 deben tenerse en cuenta necesariamente los criterios constitucionales de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad” (Cote-Barco, 2007, p.195).

Por esta razón, como ha señalado Fuentes Cubillos “se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi” (2008, p.19).

Como quedo expuesto líneas precedentes, los elementos estructurales del derecho penal y sus límites, se debe a continuación referir el nivel de afectación dentro del proceso penal al ejercicio de las garantías de los ciudadanos, la existencia normativa de *medidas de aseguramiento*.

En sede doctrinal se definen las medidas de aseguramiento, siguiendo a Chiovenda como “medidas de conservación o cautelares” (1992, p. 260). Roxin, por su parte, entiende que son dos los fines que caracterizan “las medidas de aseguramiento. El primero enfocado en una fase previa al proceso que se circunscribe a la investigación de los delitos, en la que el objetivo de dichas medidas será asegurar el proceso de conocimiento. El segundo enfoca las



medidas de aseguramiento como garantía de la ejecución penal” (2000, p. 250).

Al hablar de medidas de aseguramiento, es preciso señalar que “esta surge a partir del derecho penal como una medida o forma de tratar con un individuo que se considera riesgoso para la sociedad o para el proceso mismo que se desarrolla con aras de llegar a la verdad de los hechos que la sociedad como foco de protección que el derecho penal exige. Es decir, se erige como una expresión de políticas de prevención y seguridad humana a cargo del Estado”, (Cita & Cubides, 2013, p. 48).

Asi mismo, “la imposición de la medida de aseguramiento hoy por hoy cumple unos objetivos diferentes a la misionalidad que en sentido estricto se persigue en desarrollo del Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004, normatividad garantista por excelencia en la aplicación de cualquier figura, atentando esta medida contra una verdadera política criminal ya que la medida de aseguramiento es una medida provisional, preventiva, la cual requiere un control de legalidad formal y material, parte del Juez de Control de Garantías quien ha de verificar entre otros requisitos la necesidad y la finalidad de la medida, sumado a un análisis material desde el panorama constitucional”, (Pomares, 2015).

Es de destacar que la Administración de Justicia “Representan la columna vertebral de un Estado Social de Derecho. Un Estado liberal tiene como fin, que sus asociados disfruten de sus derechos y las garantías están implícitas en los derechos y no pueden vulnerarse aquellos, teniendo como pretexto la aplicación de los mismos derechos fundamentales. El individuo puede ser considerado titular de los derechos fundamentales, como quiera que son esencialmente



derechos del individuo. De tal suerte, que por ser los derechos humanos derechos fundamentales estos deben ser elevados a la categoría de fundamentales a nivel de la Constitución. Así mismo la garantía de esas libertades conlleva a que se den las condiciones de funcionamiento de la democracia". (Alexy, 2009).

Esta libertad según Malo, "es la facultad natural que todo individuo de la especie humana ejerce para determinar por sí mismo cada uno de sus actos. El hombre tiene abierta, por virtud de su propia naturaleza, la posibilidad de vivir como quiera, mediante acciones que son promovidas por su dinamismo voluntario", (2004)

Segun la jurisprudencia de la Corte Constitucional se tiene que "las medidas de aseguramiento hacen parte de las denominadas medidas cautelares, es decir, de aquellas disposiciones que por petición de parte o de oficio, dispone la autoridad judicial sobre bienes o personas, cuyo objeto consiste en asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad, bajo la premisa por virtud de la cual, de no proceder a su realización, su propósito puede resultar afectado por la demora en la decisión judicial" (Sentencia C-774, 2001).

También son definidas por la Corte "en su concepto a la detención preventiva en cuanto medida temporal orientada a lograr la comparecencia de una persona, sindicada de cometer un delito, al proceso penal, así como a lograr la efectividad de la eventual sanción, haciendo énfasis en que a su adopción procede el funcionario del conocimiento mediante orden interlocutoria en la que se expresen los hechos investigados, su calificación jurídica, la pena correspondiente, los elementos probatorios sobre la existencia del



hecho y la probable responsabilidad del sindicato, fuera de las razones por las cuales no se comparten los alegatos de los sujetos procesales encaminados a lograr la libertad provisional, siendo sustancial la presencia de un indicio grave de responsabilidad” (Sentencia C-425 de 1997).

La detención preventiva “debe atender al criterio de proporcionalidad entre ella y la falta, es decir, el funcionario judicial debe observar un nexo no sólo de causalidad entre ambos factores, sino también de gradualidad en relación con el delito” y acto seguido se detiene en el examen de las causales acusadas, para concluir, finalmente. Que la decisión del legislador es razonable, atendida la gravedad de los hechos y la importancia de los bienes jurídicos involucrados”, (Sentencia C-425 de 1997).

Es pertinente precisar también, como lo indica la citada Corte, “que las medidas de aseguramiento no equivalen a la sentencia condenatoria, ni pueden ser confundidas con las penas que mediante tal providencia se imponen. Son simples medidas cautelares - no sentencias - que sólo pueden dictarse, con carácter excepcional, preventivo pero no sancionatorio cuando se reúnan de manera estricta los requisitos fácticos o jurídicos señalados por la ley para el efecto, y cuando resulten indispensables para alcanzar la finalidad constitucional que con ellas se persigue, esto es, para asegurar la comparencia del imputado al proceso, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de la víctima.” (Sentencia C-390, 2014)

En este orden de ideas, “la concepción de la medida de aseguramiento en nuestro ordenamiento ha variado de la Ley 600 del 2000 (Sistema Inquisitivo) a la Ley 906 de 2004 (Sistema Acusatorio).



En el primer caso, las funciones de investigar, acusar y juzgar estaban definidas en una misma autoridad en quien recae la decisión de otorgar o no la medida de aseguramiento; planteamiento totalmente opuesto en Ley 906 cuando estas funciones se dividen en una autoridad que investiga (policía de investigación), una autoridad que acusa y una autoridad que verifica la procedencia de medidas cautelares frente a las víctimas o a los acusados (Juez de Garantías).

De igual manera, como lo expone Bernal Acevedo “se consagra el control de la medida de aseguramiento y de decisiones relativas a la propiedad, tenencia o custodia de bienes, las cuales podrán ser revisadas en su legalidad formal y material por el correspondiente juez de conocimiento. Para cuestionar la legalidad material, se deberá hacer referencia a la prueba mínima para asegurar en el evento de suponerla o de dejar de valorar una o más pruebas o cuando se demuestre que se distorsionó su contenido; también cuando es practicada o aportada al proceso con desconocimiento de algún requisito condicionante de su validez” (2005, p. 52)

Respecto a la participación del acusado frente al análisis de la procedencia de la medida de aseguramiento en Ley 600 se consideraba muy precaria, pues, el acusado era considerado como un objeto en el proceso, de tal forma, que no participaba activamente y su silencio o inactividad podía generar presunción de culpabilidad lo que en muchos casos permitía el desarrollo de actos arbitrarios. Ahora, en vigencia de la Ley 906 el acusado posee una serie de garantías que le permiten ser escuchado en el trascurso del proceso y participar activamente en las diferentes etapas procesales.

Sin duda, el rasgo fundamental del cambio de legislación es la concepción del derecho a la libertad, ya que ante la Ley 600 la prisión



preventiva era una medida cautelar muy común y la detención operaba como regla general para todos los delitos. A diferencia de lo que ocurre con Ley 906 donde estas premisas dejan de ser regla general y esta clase de medidas adquiere un carácter “excepcional” apareciendo en el proceso penal otras medidas que no privan al acusado de su libertad.

Como lo ha dispuesto la Corte Constitucional “las medidas de aseguramiento tienen un carácter preventivo, mientras se determina la responsabilidad del imputado o acusado. No constituyen por ende una sanción como tal, como quiera que su naturaleza siempre será la de una actuación cautelar, eminentemente excepcional, cuyo carácter es meramente instrumental o procesal, más no punitivo, esto es, no debe estar precedida de la culminación de un proceso, pues tal exigencia... desnaturalizaría su finalidad, se insiste, preventiva” (Sentencia C-695, 2013)

De tal forma que, “si no ha habido declaración de culpabilidad, no podrá haber sanción contra el derecho fundamental de la libertad. La privación de la libertad debe ser simultánea o posterior con (sic) la declaración de culpabilidad y salvo en los casos de certeza anticipada, plena prueba dentro del proceso, o estado de flagrancia, podría el Estado juez excepcionalmente atacar la libertad, antes de la declaración de culpabilidad...” (Sentencia C-106, 1994)<sup>16</sup>

---

16 *En caso de ordenar medida de aseguramiento, precisamente por tratarse de actuaciones que afectan la libertad individual protegida constitucionalmente, precisamente el legislador se ha querido asegurar de que el funcionario judicial haga una juiciosa valoración probatoria, con el fin de que su decisión no sea tomada a la ligera sino con base en fundamentos reales. Así, exige que de ordenarse medida de aseguramiento, ésta cumpla tanto con requisitos sustanciales como formales”, (Sentencia C-106, 1994)*



Y, en ese sentido, continua señalando que “el ejercicio de los derechos reconocidos a la persona no es absoluto; tiene que sufrir limitaciones resultantes de la misma naturaleza y condición humana, de la carencia de idoneidad y de medios adecuados para desarrollarlos, bien del simple hecho de vivir en sociedad”. Y aunque “las medidas de aseguramiento no requieren de juicio previo. Ellas pueden aplicarse, a la luz de la Constitución, si se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 28 de la Carta. Así, si media orden escrita del juez competente, se han cumplido las formalidades que la ley consagre al respecto y el motivo de la detención, conminación, prohibición de salida del país o caución está nítidamente consagrado en norma legal preexistente, tales medidas se ajustan al mandato constitucional y no implican desconocimiento del debido proceso, aplicable en el caso de las penas” (sentencia C-106, 1994)

En la misma línea lo expresa la Corte Suprema de Justicia al afirmar que “las medidas de aseguramiento corresponde a instrumentos procesales aplicables en el curso el trámite cuando se infiere razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva investigada, siempre y cuando sean necesarias para evitar que obstruya el debido proceso de la justicia, constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima o resulte probable que no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia” (SP14361, 2017)

Así mismo, “no se puede dejar de lado el peso que le cabe al derecho a la presunción de inocencia. No se pueden perder de vista, sin embargo, las dificultades teóricas y prácticas que las medidas de aseguramiento implican cuando se proyectan sobre el derecho a la



presunción de inocencia, sobre la garantía de libertad y sobre el derecho de defensa y contradicción.” (Barrera, 2009, p. 188)

De ahí que, la Corte Suprema de Justicia establezca que “la articulación del derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas con las limitaciones propias que legitiman la restricción cautelar de la libertad, permitan afirmar, por una parte, la existencia de una garantía fundamental a ser investigado y procesado dentro de términos razonables; y por otra, el derecho humano a ser dejado en libertad si se es procesado en detención y se traspasan los límites del plazo razonable” (AP4711, 2017)

Para el Consejo de Estado “constituye prácticamente una obviedad que la detención preventiva como medida de aseguramiento en el proceso penal comporta la más intensa afectación del principio-derecho-valor que se encuentra en la base de la organización jurídico-política que constituye el Estado Social y Democrático de Derecho, cual es la libertad, circunstancia que impide soslayar, en este lugar, una referencia, así sea sucinta, a la trascendencia del papel que la libertad desempeña dentro del sistema jurídico vigente y, por tanto, a la evidente excepcionalidad con que deben tratarse los eventos en los cuales resulte legítima y jurídicamente viable su afectación por parte de las autoridades públicas en cuanto no se trate de la ejecución de una sanción en firme,





impuesta mediante sentencia penal condenatoria” (Consejo de Estado, Rad. 23354, 2013)<sup>17</sup>

Con el reconocimiento del Artículo 90 de la Constitución Política surge la denominada Responsabilidad Extracontractual del Estado, basados en la premisa según la cual “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. En este sentido, se reconocen en el Artículo 65 de la Ley 270 de 1996 que el Estado responderá por “el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad”, criterios de responsabilidad que se desarrollarán con mayor énfasis en el capítulo siguiente.

---

17 Continúa el Consejo de Estado señalando en esta sentencia que “el carácter eminentemente excepcional que tanto los compromisos internacionales asumidos por Colombia y las propias leyes de la República, como la Jurisprudencia nacional en diversos órdenes, que aquí se han relacionado y que de manera uniforme atribuyen e identifican como nota que debe acompañar necesariamente al instituto de la detención preventiva que respecto de un determinado individuo pueden decretar, en específicos supuestos, las autoridades judiciales competentes durante el curso de la investigación y/o del juicio penal, esa excepcionalidad –se itera– pone de relieve, por sí misma, que dicho instituto –en tanto excepcional de ninguna manera podría considerarse entonces y menos podría llegar a convertirse en una carga generalizada que todo individuo tuviere que soportar por el solo hecho de vivir en sociedad, cuestión que evidencia, de manera palmaria, la antijuridicidad del daño que se irroga a quien se le impone dicha carga a pesar de que posteriormente se le releva de responsabilidad penal; en modo alguno podría exigírsele a un individuo que asuma como una carga social normal o jurídica una situación que por definición es excepcional y, por tanto, contraria a la regla general constituida por el principio, valor y a la vez derecho fundamental a la libertad. Consejo de Estado, Rad. 23354, 2013)



En este último evento, el Consejo de Estado ha considerado que “cuando una persona privada de la libertad es absuelta porque el hecho investigado no existió, o porque éste no era constitutivo de delito, o éste no lo cometió el sindicado, o este último queda libre en aplicación de la figura del in dubio pro reo, o por preclusión de la investigación por demostrarse alguna causal de exoneración de responsabilidad penal, se configura un evento de detención injusta y, por tanto, procede la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, en virtud del artículo 90 de la Constitución Política.” (Sala Contencioso Administrativa, Rad. 46947, 2018)

Por tal razón, sigue diciendo el alto Tribunal “en virtud de la necesidad las medidas sólo pueden imponerse si concurre algunos de los fines que las justifican como son los de asegurar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad con énfasis en las víctimas. En razón de la gradualidad el juez debe elegir, entre el abanico de posibilidades que le suministra la ley, aquella que resulte más adecuada a los fines de la medida, atendidas las circunstancias personales, laborales, familiares y sociales que rodean a su destinatario, así como las particularidades del caso”.

Así que, es necesario evaluar que “la injerencia de las medidas cautelares se da en diversos ámbitos, uno de ellos es el espacio de libertad personal, que se ve afectado por las órdenes de conducción coactiva, detención, prisión preventiva, encarcelamiento para la realización del juicio oral, internación en hospital psiquiátrico para examinar el estado de salud mental, registro de la persona,



realización de radiografías y privación provisional del permiso de conducir situaciones que observamos constantemente en la práctica cotidiana del desempeño de nuestra labor” (Plascencia Villanueva, 2010, p. 29)

En el caso colombiano el Legislador ha establecido en el Artículo 307 de la Ley 906 la existencia de medidas cautelares en el proceso penal o también denominadas “medidas de aseguramiento” las cuales ha organizado en dos importantes grupos que son las medidas privativas de la libertad y las no privativas de la libertad “siendo posible que el juez imponga una o varias de esas medidas, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para verificar su cumplimiento”, siempre atendiendo criterios de razonabilidad que no vulneren derechos fundamentales como es el caso especial del Derecho a la Libertad.

De esta manera y en concordancia con el Artículo 28<sup>18</sup> constitucional, estos limitantes a la libertad, “deben ser expedidos y realizados con el lleno de las formalidades y condiciones que la ley señale. Este requisito se refiere al cumplimiento, concretamente en materia penal, del debido proceso, primero, porque cualquier orden de privación de la libertad debe hacer parte de una serie de actos procesales, y segundo, porque esta debe cumplir con las exigencias

---

18 *El Artículo 28 de la Carta Política al declarar de manera categórica "toda persona es libre", está reconociendo el derecho a la libertad individual. Sin embargo, a continuación el mismo precepto constitucional prevé limitaciones a este derecho, al establecer los requisitos necesarios que deben llenar las autoridades para detener o reducir a prisión o arresto, los cuales son: 1. La existencia de un mandamiento escrito de autoridad judicial competente, 2. El respeto a las formalidades legales, 3. La existencia de un motivo previamente señalado en la ley". (Constitución Política de Colombia, 1991)*



señaladas en la ley para que sea válida” (Constitución Política de Colombia).

La Corte Constitucional, indica que “entre el conjunto de los derechos individuales la libertad ocupa después de la vida, un lugar preferente dentro del ordenamiento jurídico, concebida como principio y derecho fundante del Estado Social de Derecho y comprende la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios” (Sentencia C-456, 2006)

En ese mismo sentido, el Artículo 29 de la constitución política de Colombia “(debido proceso y presunción de inocencia), las medidas de aseguramiento deben someterse al cumplimiento de las estrictas exigencias que determinan su legalidad. Estas reglas son de dos clases, a saber: los requisitos formales, es decir, la obligación de su adopción mediante providencia interlocutoria que deberá contener: los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios que sustentan la adopción de la medida; y los requisitos sustanciales consistentes en los indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso.

A continuación se describe varias medidas referidas en el sistema jurídico penal:

### **Medidas No Privativas de la Libertad**

Como se ha venido señalando el Derecho penal atiende el carácter de ultima ratio y debe propender por la preservación de la dignidad humana, la libertad personal y otros derechos y garantías



fundamentales que pueden llegar a afectarse con motivo del desarrollo de la acción penal. En este sentido, “las salidas alternativas constituyen claras excepciones al principio de legalidad, toda vez que apuntan a reducir la actividad procesal y evitar la aplicación de la respuesta tradicional del derecho penal: la pena”. (Bovino y Hurtado, 2003, p. 7).

El término “penas alternativas”, como lo sostiene Salinero Echeverría et al “puede ser utilizado para concebir cualquier sanción que no implique la privación de la libertad. Si bien algunos autores utilizan el término genérico de “alternativas a la prisión”, el concepto es bastante amplio, en la medida que no sólo cubre el espectro sancionatorio, si no que considera otras alternativas a la cárcel que puedan imponerse durante el proceso penal, como la prisión preventiva o algunos mecanismos de diversión”. (2017, p. 788).

Algo "distinto de la cárcel" como lo sostiene Pavarini “debe ser, en consecuencia, perseguido para que la pena sea socialmente más útil. Es el movimiento correccionalista, surgido de la cultura positivista, el que particularmente lleva a cabo esta estrategia de alternatividad a fines del siglo pasado y en las primeras décadas del presente; por lo tanto, se afirma que si no es siempre posible emplear un proceso de tratamiento con fines especial-preventivos, en ámbitos carcelarios se puede, en cambio, pensar en "espacios extracarcelarios". (1992, p. 199).

En este contexto “poder punitivo del Estado, vale la pena recordar que la pena que se impone con del ejercicio de conductas que afectan gravemente los bienes jurídicamente tutelados, cumple, en primer lugar, una función preventiva general para que las personas se



abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones y, en segundo lugar, una función preventiva especial mediante la imposición de la pena en concreto, con la represión que implica castigar efectivamente las actuaciones delictivas con el objeto de evitar que aquél que haya cometido un acto ilícito vuelva a tener tal actitud en el futuro” (Escobar Gil, 2011, P. 42).

Así mismo, “la resocialización no deja de ser una hipótesis cuyo fracaso se comprueba con la reincidencia y cuyo eventual éxito no puede imputarse con seguridad a la pena sino a la eficacia del sistema de persecución penal. Así lo demuestra la frecuente comisión de delitos a pesar de que se castigan con penas severas, como el asesinato, el robo agravado o el secuestro, y que la determinación de cuánta resocialización necesitaría el sujeto – de lo que depende tanto la duración de la pena como el tipo de pena que se impondrá – se sustente solo en conjeturas o posibilidades de reincidencia futura” (Meini, 2013, p. 149)

Por lo que debe dejarse de lado “el uso político del derecho penal, que satisfacen las supuestas demandas sociales de endurecimiento efectivo de la ley para una mayor seguridad, [ya que] se presenta como un peligroso instrumento de comunicación que permite trasladar los problemas y conflictos sociales a un tipo de análisis específico. Además, la criminalidad tiene valor comercial para los



medios de comunicación que lo utilizan como una mercancía de la industria cultural.” (Transverssa, 2014, p. 136)<sup>19</sup>

La implementación de penas alternativas desarrolla dos funciones como lo sostiene Morales: “la descriminalización de hechos punibles, evitando la aplicación del poder penal allí donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación; y la eficiencia del sistema penal en aquellas áreas o para aquellos hechos en los que resulta indispensables su actuación como método de control social, procurando el descongestionamiento de una justicia penal” (2006, p. 168)

Autores han justificado estas acciones desde el punto de vista de la crisis carcelaria pues “las condiciones inhumanas de cumplimiento de condenas por el envejecimiento y superpoblación de los establecimientos penitenciarios, los mayores costos de esta forma de ejecución penal frente a otras sanciones, las dudas en cuanto a su eficacia rehabilitadora y resocializadora, son, pues, las principales

---

19 *Al respecto continua señalando este autor que “la pérdida del principio de subsidiariedad y, con él, el de la concepción del derecho penal como ultima ratio de la política social, y, unido a ello, el extravío del carácter fraccionario que tradicionalmente se le atribuyó a partir del principio nullum crimen, conduce, como muchas veces sucede, a la “bastardización” del instrumento como mecanismo útil para la política social y para quienes la soportan. De ahí la afirmación de la transformación del derecho penal en una regulación jurídica simbólica, que sirve a intereses particulares, como la “demagogia política y el espectáculo mediático”, con el agravante de que, a través de la Administración de Justicia, no solo confirma, sino que reafirma y agrava su carácter selectivo.” (p. 137)*



razones que llevan a buscar otras formas de reacción frente al comportamiento merecedor de la pena” (Huber, 1994, p. 163)

Son medidas de aseguramiento no privativas de la libertad contempladas en el Artículo 307 del Código de Procedimiento Penal Colombiano son las siguientes:

- a. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual se reside o del ámbito territorial que fije el juez
- b. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares
- c. La prohibición de comunicarse con específicas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa;
- d. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas
- e. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.
- f. Obligación de someterse a mecanismo de vigilancia electrónica.
- g. Obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o autoridad designada. (Ley 906, 2004)

En la ley se señala que “el juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el





imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: (i) Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, (ii) Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y (iii) Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia. (Art. 308, Ley 906, 2004)

En este aspecto señala el párrafo de este artículo que “el Juez de Control de Garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga.”

De tal suerte que “el juez de control de garantías examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental (i) es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y, (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad.” (Corte Constitucional, Sentencia C-591, 2005)

No puede dejarse de lado lo señalado por las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad” - Reglas de Tokio- en el sentido de que estas deben “asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la



sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas”.

### **Medidas Privativas de la Libertad**

Dentro de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad se encuentran: (i) la detención preventiva en establecimiento de reclusión y (ii) la detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento” (Ley 906 de 2004).

La detención preventiva como medida de aseguramiento, “dada su naturaleza cautelar, se endereza a asegurar a las personas acusadas de un delito para evitar su fuga y garantizar así los fines de la instrucción y el cumplimiento de la pena que, mediante sentencia, llegare a imponerse, una vez desvirtuada la presunción de inocencia y establecida la responsabilidad penal del sindicado” (Sentencia C-425, 1997).

Es así, entonces, que “para imponer medidas de aseguramiento, es obligatorio que ésta tenga sustento en alguno de los siguientes requisitos: i) que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, ii) que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o la víctima o, iii) que resulte probable que imputado no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia” (Palacio, 2017, p.61).



De igual forma, en el Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 74 de 1968, se estipuló, "Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta asimismo la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo" (Art. 9, Pacto internacional de derechos civiles y políticos, 1968).

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica), también aprobado por la mencionada Ley 74 de 1968, establece en su Artículo 7, "Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes y por las leyes dictadas conforme a ellas" (Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En ese mismo sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos en el Artículo 8.1 afirma que, "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter" (Convención Americana de Derechos humanos).

De tal forma, se ha establecido, "que el motivo de la privación de la libertad sea previamente definido por la ley, es realización concreta



del principio de legalidad, en virtud del cual no puede haber delito sin ley que lo defina ni pena sin ley que la determine, así como tampoco medidas cautelares no autorizadas por el legislador; que la orden sea dada por escrito y por un juez, es garantía para la persona pues ello exige al funcionario el acatamiento estricto a los motivos definidos por el legislador y no autoriza a nadie distinto de los funcionarios jurisdiccionales la afectación de la libertad individual; y, que se realice luego de cumplido lo anterior la privación de la libertad con la plenitud de las formalidades legales, supone que quien la ejecuta se someta a ellas para respetar, además de la libertad, la dignidad personal” (Sentencia C-1024, 2002).

En ese mismo sentido la detención, Fenech, la define como “un acto por el que se produce una privación de la libertad individual de carácter provisional y que tiene por fin (a la persona inculpada) ponerla a disposición mediata inmediata, del instructor del proceso penal para los fines de éste, en la expectativa de su posible prisión provisional” (García Ramírez, 1974, p. 571)

Asimismo, y en concordancia con los conceptos de jurisprudencia, se tiene que “las medidas de aseguramiento tienen un carácter preventivo, mientras se determina la responsabilidad del imputado o acusado. No constituyen por ende una sanción como tal, como quiera que su naturaleza siempre será la de una actuación cautelar, eminentemente excepcional, cuyo carácter es meramente instrumental o procesal, más no punitivo, esto es, no debe estar precedida de la culminación de un proceso”, (Sentencia, C-695, 2013)

De otro lado, “el postulado constitucional y abstracto de la libertad individual encuentra una legítima limitación en la figura de la detención preventiva cuya finalidad, evidentemente, no está en sancionar al procesado por la comisión de un delito, pues está visto



que tal responsabilidad sólo surge con la sentencia condenatoria, sino en la necesidad primaria de asegurar su comparecencia al proceso dándole vía libre a la efectiva actuación del Estado en su función de garante de los derechos constitucionales”, (Sentencia C-689, 1996)

Esta libertad individual o personal, “es uno de los derechos fundamentales protegidos a nivel mundial, es el de la libertad personal, cualquier afectación a ese derecho, debe ser rigurosamente examinado por un funcionario con competencia para tal fin y decidir lo que corresponda en un término determinado, bien sea con una medida intramuros como último recurso, con el deber de justificar que el uso del encarcelamiento es necesario para lograr un importante objetivo social, no existiendo otro medio menos restrictivo que permita lograr tal objetivo”, (Zyl, 2010).

Sin embargo “es posible que la libertad, en algún momento pueda pasar cualquier límite, en una ordenación perfecta de la legislación y el gobierno, sin necesidad de la imposición de una pena, como por ejemplo el indulto para alcanzar la paz, pero aun cuando esto no pueda realizarse, la constitución jurídica de los hombres debe alcanzar la mayor perfección” (Kant, 1787).

Así mismo “una cosa es detener al individuo contra el cual existen indicios graves acerca de que puede ser responsable penalmente, para que esté a disposición de la administración de justicia mientras se adelanta el proceso en su contra, y otra muy distinta que, cumplidos los trámites procesales y celebrado el juicio con observancia de todas las garantías, reconocimiento y práctica del derecho de defensa, se llegue por el juez a la convicción de que en realidad existe esa responsabilidad penal y de que, por tanto, debe aplicarse la sanción contemplada en la ley”, (Sentencia C-106, 1994)



La Corte Constitucional en la Sentencia C- 549, indica que “No comporta siempre la privación efectiva de la libertad, pues dada la presunción de inocencia que acompaña el procesado durante toda la investigación penal, la restricción de su libertad sólo puede estar determinada por la necesidad de que se cumplan los fines de la investigación penal” (1997).

La presunción de inocencia, según Picazo Giménez es “una garantía frente al ejercicio de Ius puniendi estatal” (2000-2001, p. 150), asimismo, como ya se ha mencionado el art. 29 de la constitución Política, por el cual “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”, en otras palabras “es un principio y una garantía fundamental que tiene todo aquel que se encuentra vinculado a un proceso penal, puesto que se le considera inocente hasta que no haya una sentencia condenatoria en firme que demuestre su culpabilidad en el delito que se le endilga” (En Rodríguez, 2018, p.50).

De igual forma, Nogueira Alcalá, indica que “la presunción de inocencia es así el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir”, (2005, p. 221).



La Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Artículo 11, define que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”, (Declaración Universal de Derechos humano).

Por lo tanto, “el verdadero respeto del principio de la presunción de inocencia radica en primer lugar en que la privación de libertad para los sindicados debe ser una medida extrema a la que se debe recurrir únicamente en los casos que realmente lo ameriten, porque sólo se debe acudir a la prisión preventiva como último recurso y en segundo lugar es que en los casos en los que se determine indispensable que la detención preventiva deba cumplirse en establecimiento carcelario no se debe mezclar a los sindicados con los condenados” (Rodríguez, 2018, p.55).

Ahora bien con el fin de controlar la medida de aseguramiento establece la Corte Constitucional:

“al lado de la naturaleza excepcional de la detención preventiva y de su vinculación a fines (necesidad), se ha desarrollado el principio de gradualidad de las medidas de aseguramiento, introducido por el propio legislador al establecer un plexo de posibilidades para el aseguramiento de los fines del proceso, que va desde la privación de la libertad en establecimiento carcelario, ó en la residencia del imputado, pasando por otra serie de medidas no privativas de la libertad que pueden resultar más idóneas y menos gravosas, para los fines cautelares de aseguramiento de la comparecencia del imputado, de la prueba, o de la protección de la comunidad y de



la víctima. De acuerdo con este principio el juez podrá imponer una o varias medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento. Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer sanción prendaria” (Sentencia C- 318, 2008).

Es así, entonces, que a través del desarrollo del derecho en materia penal, se consideran “diversos métodos para el castigo de las penas pues nos encontramos con la principal que es la prisión y consiste en restringir al individuo que resultare culpable de cometer un delito su derecho a la libre locomoción, internándolo en un centro penitenciario, donde el estado mediante programas sociales debería trabajara por que el sujeto puede readaptarse a la sociedad como una persona productiva y funcional, hay penas alternativas que pueden hacer referencia a la libre locomoción desde la prisión domiciliaria, donde en vez de que el individuo se recluya en un centro carcelario, este cumpla con su condena en su casa sin poder alejarse de la misma. Pero actualmente se ha librado una discusión en torno a las llamadas medidas de aseguramiento o detención preventiva” (Giorgio, 2015).

Una vez abordado los fundamentos básicos de la potestad de Estado en el “*ius puniendi*”, es relevante pasar a abordar los aspectos normativos de los cuales se desprende la posibilidad de declarar responsable al Estado. Luego de ello, se fijará teóricamente la piedra angular del presente trabajo, el cual se fundamenta y origina en la potestad del Estado de investigar y restringir la libertad de sus asociados causando daño al *sub judice* que no está en el deber legal de soportar y que en la actualidad viene representando una “*zona de inmunidad jurisdiccional*”, por lo que no se asume responsabilidad alguna.



# **CAPÍTULO IV**

## **DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA ACTIVIDAD JUDICIAL. Aspectos Básicos**



## CAPÍTULO IV

### DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA ACTIVIDAD JUDICIAL

#### Aspectos Básicos

#### I. Responsabilidad Patrimonial del Estado. Fundamentos e historicidad.

El concepto de “*responsabilidad*” es de relación, esto es, indica la vinculación de un sujeto frente a otro. El término responsabilidad tiene su origen en la palabra “*responsable*” que, a su vez, procede del latín “*respōnsum*”, supino de “*responderē*”, que significa “*responder*” en el sentido de “*obligarse*”, de “*comprometerse a algo*”.<sup>20</sup>

Para el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, se entiende por “*Responsabilidad*”:

- “1. f. Cualidad de responsable.
2. f. Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.
3. f. Cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado.

---

20 Tomado de <http://etimologias.dechile.net/?responsabilidad>



4. f. Der. Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptarlas consecuencias de un hecho realizado libremente.”<sup>21</sup>

Uno de los significados de la palabra *responsabilidad*, entonces, es sujeción a las consecuencias derivadas de un hecho. Según que el deber pertenezca al orden moral, al orden político o al orden jurídico; se habla de responsabilidad ética, responsabilidad política o *responsabilidad jurídica*. Dentro de la responsabilidad jurídica cabe diferenciar varias modalidades, entre ellas, la responsabilidad de carácter sancionador (penal, administrativa o disciplinaria) y la responsabilidad por el hecho de los daños.

En el derecho romano clásico nunca existió una cláusula general de responsabilidad civil. La regla *alterum non laedere* (no dañes a nadie), atribuida a Ulpiano, se entendió como una norma moral, mas no una norma jurídica, fundante de la obligación de reparar los daños causados a otro de manera injusta.

Los delitos privados del antiguo *ius civile* sólo producían una responsabilidad por dolo. La *lex Aquiliana* –de naturaleza delictual– comprendía pocos eventos particulares y utilizaba el término genérico de *iniuria* (*damnum iniuria datum*), el cual reconocía una especie de imputabilidad que daba por admitida la presencia del elemento subjetivo del delito al no ser el hecho que lo causa ajeno al sujeto. (Bello, 1981, p.169 y ss.)

Así mismo señala Bello, como obligaciones *quasi ex delicto* únicamente eran consideradas por el derecho pretoriano i) el caso del

---

21 Tomado de <https://dle.rae.es/?id=WCqQQIf>



juez que dicta una sentencia inicua por simple falta, ii) el daño causado por objetos que caen desde lo alto a un lugar por donde el público tiene la costumbre de pasar, y, iii) el daño causado a un pasajero o viajero por pérdida de las pertenencias que tenía en el barco o la posada. (1981, p. 179)

Ni la ley, ni los cuasicontratos, ni los cuasidelitos eran en el período clásico fuente formal de derecho. La prueba de ello se encuentra en la división tripartita de las obligaciones según Gayo, para quien «*las obligaciones nacen o de un contrato, o de un delito, o por cierto derecho propio, según las varias especies de causas*»; y, por 'varias especies de causas' (*variae causarum figurae*) entendía el mismo autor la aceptación de una herencia gravada con legados *per damnationem* o con deudas, la gestión tutelar, la gestión de negocios ajenos y el pago de lo no debido. (Institutas III, p. 91, En Digesto 44, 7, 1).

Al no ser la ley ni el cuasidelito fuentes formales de obligaciones, no pudo existir un concepto abstracto de culpa tal como se conoce en la actualidad, ni una cláusula general de responsabilidad. La noción de la culpa –sostienen MAZEAUD y TUNC– siempre fue en Roma un concepto esquivo. (Tratado teórico y práctico... t.I, v.I, p.44)

La división tripartita de Gayo pasó a ser cuádruple en el derecho justiniano: “La siguiente división se determina en cuatro especies: pues, o nacen de un contrato, o de un cuasi contrato, o de un delito, o de un cuasi delito”. (Institutas de Justiniano III, 13, 2)

En la era postclásica como lo sostiene Betti no había lugar para obligaciones que pudiesen generarse por sí misma (*ope legis*) sin que mediara la voluntad de la persona que iba a ser vinculada. Faltaron muchos siglos de evolución jurídica para que la ley fuera considerada fuente formal de obligaciones. La *condictio ex lege* generaba



obligaciones que no dependían de un acto de parte, pero los compiladores justinianos no le atribuyeron el rango de fuente formal pues nunca se desligaron de la concepción clásica. (Betti, 1970, p. 34 y ss.)

Fue en el periodo derecho común –Siglo XIV–, agrega Betti cuando los juristas comenzaron a hablar de un principio generador de la responsabilidad civil, influidos por la filosofía iusnaturalista, la teología escolástica y la necesidad de justificar la legislación de los príncipes de los Estados nacionales emergentes.

Domat dedicó pocas líneas a los cuasidelitos: «como si por una imprudencia se arroja por la ventana una cosa con la que se manche un vestido de una persona que esté debajo; si unos animales mal guardados causan algún daño; si se ocasiona un incendio por efecto de poca precaución; si un edificio que amenaza ruina por no haberse reparado oportunamente se desploma sobre otro y causa en él algún daño». (2015, p. 73)

Pero Domat acuñó la cláusula general de responsabilidad, acudiendo a otras especies de daños, en los siguientes términos: “Todas las pérdidas y todos los daños que puedan sobrevenir por obra de alguna persona, sea por imprudencia, ligereza o ignorancia de lo que debe saber, o por faltas semejantes, por más leves que sean, deben ser indemnizadas por aquel cuya imprudencia o falta haya dado lugar a ellos; pues son un mal que ha hecho aún cuando no tuviese intención de dañar. Así, aquel que jugando imprudentemente a la barra en un lugar peligroso para los transeúntes, hiere a alguno, quedará responsable del mal que habrá ocasionado”. (2015, p. 83)

Pothier abandonó la noción romana de daño fundada en situaciones casuistas y típicas. Sin embargo, en su obra no hace un



desarrollo del instituto de la responsabilidad extracontractual, pero respecto a la figura del cuasi-delitos como fuente de obligaciones dice que es “el hecho por el cual una persona, sin malignidad, sino por imprudencia que no es excusable, causa algún daño a otro”. (1947. p. 72)

“El antiguo derecho francés –explican MAZEAUD y TUNC– podrá establecer así, y con ello se distingue muy claramente del derecho romano, un principio general de responsabilidad civil, apartarse de procedimiento que consiste en enumerar los casos en los cuales la composición es obligatoria. En efecto, desde el momento en que admite que la acción de la víctima no se le concede para castigar al autor del daño, para ejercer la venganza, se es conducido necesariamente a establecer el principio fundamental de que un daño cualquiera, causado con una culpa cualquiera, da lugar a reparación”. (Pothier, 1947, p. 51)

La regla “*neminem laede*” adquirió en la modernidad la categoría de principio del derecho, entendiéndose en adelante como “*a nadie hagas algo injusto*”, y abandonándose la traducción latina que literalmente significaba “*no dañes a nadie*”.

Así, al explicar las diferentes especies de leyes y su naturaleza, Domat enseñaba que la regla “*no dañar a nadie*” es un Principio General del Derecho Natural, aplicable a toda clase de materias (2015, p. 97). Posteriormente Kant, en su *Introducción a la Doctrina del Derecho*, aludió al referido principio como una *lex iuridica*. (1993. p. 47)

En el derecho moderno se partió de la base según la cual todo daño realizado con culpa debe ser resarcido, lo que contribuyó al Código de Napoleón y las legislaciones que en él se inspiraron para la constitución de una cláusula abstracta de responsabilidad que se entendió como lesión de derecho ajeno imputable al agente.



La cláusula de responsabilidad civil dominante en las legislaciones del Siglo XIX plantearon que había lugar a reparación siempre que se vulnera injustamente un bien tutelado por el ordenamiento jurídico. En consideración a lo anterior, está obligado a reparar el que con dolo o culpa lesiona la propiedad, la integridad personal, la vida, la libertad, el buen nombre u otro bien jurídico ajeno.

Desde esta perspectiva, la regla *alterum non laedere*, en su nueva visión, es una limitación a la facultad de obrar, a la libertad de actuar, porque su desconocimiento genera un vínculo obligatorio entre quien produce el daño y quien lo padece, es decir que concede a la víctima la facultad de reclamar al causante del daño la reparación del bien jurídico vulnerado.

Dadas estas generalidades de la responsabilidad patrimonial, la problemática de la responsabilidad del Estado<sup>22</sup> y de sus servidores

---

22 Ver entre otros: Reiriz, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969; "Responsabilidad del Estado," en AA.VV., *El derecho administrativo hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 227 y ss.; Mertehikian, *La responsabilidad pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2001; Altamira Gigena, Julio i., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Astrea, 1973; Perrino, Pablo e., "La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio," ED, 185: 781; Liendo, Horacio (h.), "La responsabilidad del Estado Nacional en el derecho positivo," LL, 1983-B, 951; Bianchi, Alberto b., "Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado," LL, 1996-A, 922; Ghersi, Carlos a., "Responsabilidad del Estado por actos dañosos de sus dependientes (artículo 1113, Código Civil)," LL, 1985-C, 319; Cuadros, Oscar Álvaro, *La responsabilidad del Estado y el derecho civil*, Universidad Austral, Buenos Aires, Rap, 2007; Galdós, Jorge M., "La relación de dependencia y la responsabilidad del Estado, como principal, por el hecho del policía," LL, 1996-C, 557; "Peaje y ley de defensa al consumidor," JA, 2000-I, 186, p. 18 y ss.; Andrada, Alejandro Dalmacio, *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*, Buenos Aires, La Ley, 2008.



públicos, junto con la protección de los administrados como usuarios de los servicios que ésta presta, constituyó uno de los puntos esenciales del Derecho Administrativo del Siglo XX.

La responsabilidad es una institución que estudia el daño -fuente y grado o nivel del mismo- como un problema intersubjetivo entre el agente que lo causa (sujeto activo) y quien lo padece o sufre (sujeto pasivo).

El Derecho de la responsabilidad por daños, en general, cumple una función resarcitoria o compensatoria. Su elemento teleológico es reparar el estado personal o patrimonial alterado y proporcionar a la víctima medios económicos que le sirvan para lograr contrarrestar las experiencias desagradables derivadas del daño padecido.

De conformidad con el Artículo 90 de la Constitución Política, el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, regla que se expresa en los siguientes términos:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste” (resalto fuera de texto).

Esta cláusula general de responsabilidad trajo como consecuencia la constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los





administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés. De esta forma se afirma que la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos” (Rivero, 1984, p. 293).

En tal sentido, según la Corte Constitucional, el Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: “El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”. (Sentencia C-832, 2001)

La “responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público” (Mir Puig, 2001, p. 120)

La responsabilidad patrimonial del Estado, tal como se ha estructurado en el ordenamiento jurídico colombiano constituye una herramienta, más que de protección, de reparación de un daño ya ocasionado y sufrido por la víctima, esto es, se presenta como un mecanismo “*est post facto*”, al no estar dirigida a prevenir o evitar un perjuicio sino a repararlo. Por ende, para que proceda la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado es necesario que la



victima haya soportado el daño, que este ya se haya concretado, que el riesgo se haya convertido en siniestro en cabeza de un sujeto. Así las cosas, la obligación de reparar un daño por parte del Estado implica que el sujeto pasivo del acto dañino (victima) ya haya padecido el sufrimiento en su patrimonio o persona.

Entonces como lo indica la Corte Constitucional:

“La responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. (C-333, 1996)



El mandato constitucional que consagra la responsabilidad del Estado refleja la consolidación de la fórmula de Estado como Social de Derecho, superando la otrora irresponsabilidad de la Administración pública. La responsabilidad estatal se presenta como presupuestos del Estado moderno, respetuoso de los derechos y protagonista de la protección de los mismos de la mano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, logrando un verdadero “garantismo constitucional”. (Santofimio Gamboa, 2014)

Una lectura sistemática del Artículo 90 de la Constitución Política en la que se integre el Preámbulo, los Artículos 1, 2, 4, 13 a 29, 90, 93 y 229 de la Carta Política, según la cual a la Administración pública le es imputable el daño antijurídico que ocasiona coloca de protagonista a la “víctima” y no la actividad del Estado, ya que prima el principio “*pro homine*”, los derechos constitucionalmente reconocidos y de los derechos humanos.

Ahora bien, “a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos” (Mir Puig, 2001, p. 120)

La institución de la responsabilidad Estatal, en particular, en el ordenamiento jurídico colombiano, se forja a partir de la siguiente evolución histórica:



En Colombia la responsabilidad patrimonial del Estado surge como evolución jurisprudencial, en la Jurisdicción Ordinaria, Corte Suprema de Justicia, la cual se fundamentó en el Código Civil y utilizó los principios del Estado de Derecho para imputarle el daño y el deber de reparar. Y, en tal sentido, “tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos” (Corte Constitucional, Sentencia C-832, 2001)

Sobre el origen de la responsabilidad patrimonial, la Corte Constitucional en sentencia C-957 de 2014, expresó:

“La idea de que el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado fuera de creación básicamente jurisprudencial, obedeció a dos circunstancias históricas determinantes. En primer lugar, hasta principios del siglo XX, la tradición clásica de soberanía que imperaba en el campo jurídico y político, reforzaba y justificaba la idea de la potestad absoluta del Estado en el ejercicio del poder, y su correspondiente “irresponsabilidad”, por daños a terceros. En segundo lugar, ni en la ley, ni en la Carta Política anterior, se establecía una cláusula expresa que consagrara este tipo de responsabilidad, -en gran parte por la razón previamente enunciada -, lo que exigió respuestas de los jueces, al actuar en casos concretos.

(...)

En consecuencia, bajo reglas de derecho privado, la Corte Suprema de Justicia desarrolló entonces la jurisprudencia inicial en estas materias, y tal y como lo destacó la sentencia C-644 de 2011 de esta Corporación, con la providencia del 22 de octubre de 1896, la Corte Suprema de Justicia sostuvo por



primera vez, que “ a pesar de que las entidades estatales eran personas jurídicas, y por tanto, irresponsables penalmente por los daños que ocasionaran a los ciudadanos, sí se encontraban obligadas a las reparaciones civiles por los perjuicios que resultaren de una conducta punible imputable a los funcionarios públicos”.

A partir de este momento, se fue consolidando paulatinamente una jurisprudencia por parte de esa Corporación, que puede describirse en tres etapas distintas, en las que el concepto de responsabilidad estatal fue evolucionando paulatinamente, así: (a) el de la responsabilidad *indirecta* del Estado, - que suponía que las personas de derecho público respondían por las acciones u omisiones de sus agentes, bajo el entendido de que se trataba del hecho de otro, ante el daño causado-; (b) el de la responsabilidad *directa*, -que admitía que quien provocaba el daño finalmente, era la persona natural al servicio del Estado, lo cual implicaba en últimas, que el verdadero causante del daño era la entidad pública de manera directa-(Corte Constitucional, Sentencia C-832 de 2001); y, (c) el de la falla del servicio”.<sup>23</sup>

---

23 Frente a este tema la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del junio 30 de 1962 con ponencia del Dr. José J. Gómez sostuvo que la tesis de falla del servicio público o culpa de la administración, se estructuró bajo el supuesto de que “entre los deberes sociales del estado sobresale el de prestar a la colectividad servicios públicos eficientes, así que fallando éstos, deja de cumplir el ordenamiento constitucional y debe reparar el daño”. Como lo reconoció esta Corte previamente en la sentencia C-285 de 2002, la responsabilidad indirecta del Estado se sustentó por la Corte Suprema de Justicia básicamente, en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, mientras que la responsabilidad directa, lo hizo en el artículo 2341 de ese mismo estatuto, incorporando la teoría de la culpa de la administración a la explicación de los fundamentos de la responsabilidad patrimonial del Estado



Con la expedición de la Ley 167 de 1941 se le otorgó competencia al Consejo de Estado para conocer de acciones reparatorias contra la Administración pública, posteriormente con el Decreto 528 de 1964 se ratificó esta competencia quedando el Consejo de Estado como máximo tribunal contencioso administrativo. Sin embargo, a pesar de ello, no existía una norma que reconociera la responsabilidad del Estado y que permitiera a los jueces hacer tal imputación, teniendo que acudir a los principios constitucionales de legalidad, la garantía de la propiedad privada, derechos adquiridos por los particulares con justo título, el deber del Estado de proteger la vida, honra y bienes de sus asociados.

El Consejo de Estado acudiendo, entonces, a teorías importadas del derecho francés basadas en la idea de la falta o falla del servicio, “derivó la responsabilidad estatal del acto administrativo, de la expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra, de trabajos públicos, del almacenaje, de las vías de hecho y del daño especial” (En Corte Constitucional, Sentencia C-957, 2014). Así las cosas, continua esta sentencia, “antes de crearse la cláusula de responsabilidad del Estado a nivel constitucional le era atribuída, básicamente, “no por el hecho de otro, sino por el hecho propio, en razón a que las acciones u omisiones de los agentes del Estado se consideraba inescindiblemente vinculadas a la función pública que desempeñaban”.

El Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) en el Artículo 86 estableció la acción de Reparación Directa como una de las herramientas para lograr atribuir la responsabilidad patrimonial del Estado, permitiendo a quienes sufrían daños el demandar de manera directa su reparación.



Con la Constitución Política de 1991, en el Artículo 90, como se ha mencionado en varias oportunidades, se estableció el principio general de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos ocasionados con la acción u omisión de las autoridades públicas.

En la sentencia C-333 de 1996 la Corte Constitucional analizando el Artículo 90 afirmó que para su creación el Constituyente colombiano se inspiró en la doctrina española, que define el daño antijurídico *“no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, postura acogida por la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana”*.

Así mismo se ha establecido que la responsabilidad es institucional, ya que comprende las actuaciones de todas las autoridades públicas *“sin importar la rama del poder público a que pertenezcan, lo mismo cuando se trate de otros órganos autónomos e independientes creados por la Constitución o la ley para el cumplimiento de las demás funciones del Estado”*. (Corte Constitucional, C-484, 2002)

La Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) reprodujo la Reparación Directa como un medio de control para lograr la reparación del daño antijurídico, consagrando en el Artículo 140 que el *“Estado responderá, ente otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma”*.



En conclusión, la responsabilidad patrimonial del Estado es una institución de carácter constitucional cuya finalidad es la de permitir a los ciudadanos acudir a la Administración de Justicia para obtener del Estado la indemnización integral de los perjuicios ocasionados por sus agentes.

A partir de la fijación a nivel constitucional (art. 90 CP) del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, la institución del daño antijurídico se consolidó como fuente única de responsabilidad. Las siguientes son razones que sustentan esta premisa.

Etimológicamente la palabra “*daño*” encuentra su raíz en el latín “*damnum*” y transmite la idea de molestia, dolor, deterioro. Vale decir que los romanos entendieron por “*damnum*” la destrucción de la res (cosa-bien); y, por “*iniuria*”, los padecimientos o sufrimientos de la víctima del daño, distinción que se presenta como una evolución del término.

Esta distinción es planteada por el profesor Carlos Medellín al afirmar que el *damnum*, es, el “daño, perjuicio”; mientras que la *iniuria*, es, la “lesión o violencia corporal, injuria (delito privado); antijuridicidad, en sentido amplio.” (Medellín, 1999, pp. 291-300)

Valencia Z. afirmaba que “el elemento común de toda clase de responsabilidad es el daño o perjuicio. En general, existe perjuicio cuando se destruye o menoscaba alguno de los derechos subjetivos de las personas”. Nótese cómo el profesor utiliza la disyunción “o” con la que denota la equivalencia de los términos; no obstante, en un apartado posterior sostiene que “no es suficiente la noción según la cual el daño es la supresión o disminución de cualquiera de los bienes





que sirven al hombre para satisfacción de sus necesidades porque la palabra es bien vaga” (2004, p.179)

Gilberto Martínez Rave (2003) manifiesta que “el daño es la lesión o menoscabo que se ocasiona a un interés protegido o no por las normas, como un derecho real o subjetivo. Basta que se afecte un interés lícito del ofendido, para que exista el daño”... “si ese interés se encuentra protegido normativamente como un derecho real o subjetivo, no pierde su categoría de interés, y su desconocimiento, violación o detrimento origina el daño indemnizable, desde el punto de vista jurídico” (2003, p. 256)

El profesor Tamayo Jaramillo sostiene que el “Daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extra patrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima” (Tamayo, 2007, p. 326).

El profesor Henao define el daño como “toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátese de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil –imputación y fundamento del deber de reparar– se encuentran reunidos”. (2015, p. 280)

El daño según Henao, es un hecho: es toda afrenta a la integridad de un bien, de una persona, de una actividad, o de una situación [...] el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima



del mismo. Mientras el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada. (Henaó, 1998, p.76)

Por su parte, la Honorable Corte Suprema de Justicia tiene como elemento estructural de la responsabilidad civil, contractual y extracontractual, el daño definiéndolo como “todo detrimento, menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad”. Además, sostiene que es el requisito “más importante (...), al punto que sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna” (Corte Suprema de Justicia, SC 1994- 26630-01, 2013).

Para que sea “susceptible de reparación, debe ser 'directo y cierto' y no meramente 'eventual o hipotético', esto es, que se presente como consecuencia de la 'culpa' y que aparezca 'real y efectivamente causado'” (Corte Suprema de Justicia, SC 6879, 2003).

En el fallo citado, la Corte añadió que “cuando se pretende judicialmente el pago de perjuicios, al actor le corresponde demostrar, salvo los casos de presunción de daño, como ocurre con la cláusula penal y el caso del numeral 2º del artículo 1617 del Código Civil, la lesión o menoscabo en su patrimonio, bien por una pérdida real y efectiva, ora de una ventaja o ganancia, ocasionado por la inexecución o ejecución defectuosa o tardía de las obligaciones del deudor. Significa esto que el daño susceptible de reparación debe ser 'directo y cierto' y no meramente 'eventual o hipotético', esto es, que se presente como consecuencia de la 'culpa' y que aparezca 'real y efectivamente causado'” (Corte Suprema de Justicia, SC 6879, 2003).



Respecto al requisito de existencia y veracidad del daño la Corte, entre muchos otros pronunciamientos, ha puntualizado:

“No en balde se exige, a título de requisito sine qua non para el surgimiento de la prenotada obligación resarcitoria, la certeza del eslabón en comento, calidad que deberá establecerse, inexorablemente, con sujeción al tamiz de la jurisdicción. De allí que si no se comprueba o determina su existencia -como hecho jurídico que es-, a la vez que su extensión y medida, el Juez no poseerá argumento válido para fundar, en línea de principio, una condena cualquiera enderezada a obtener su resarcimiento, debiendo, en tal virtud, exonerar de responsabilidad al demandado, por más que el demandante, a lo largo de la litis, haya afirmado lo contrario, salvo las restrictas excepciones admitidas por la ley o por la jurisprudencia (v. gr.: intereses moratorios). (...).

Sobre este particular ha señalado la jurisprudencia de la Sala, 'repitiendo un principio fundamental de derecho, que el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y cuánto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración” (Corte Suprema de Justicia, SC 6623, 2002).



En sentencia del 28 de agosto de 2014 la Sala plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado estableció que para que un daño sea indemnizable debe ser cierto, actual, real, determinado o determinable, anormal y protegido jurídicamente, pero también señaló que no es suficiente la simple verificación de la lesión de un derecho o de un interés legítimo, pues se requiere la constatación de “los efectos derivados de la lesión que inciden en el ámbito patrimonial o extra patrimonial, los cuales son injustamente padecidos por la víctima”. (Rad. 32988, 2014)

Parece claro que la indemnización depende de las consecuencias que el daño produce en la víctima o en terceros; sin embargo, el mismo fallo rescata la nueva tipología del perjuicio configurado a partir de las sentencias de la Sala Plena de la misma sección de septiembre 14 de 2011 en las cuales se sistematiza la tipología del perjuicio inmaterial que debe reconocerse y se diferencia entre el daño moral, el daño a la salud y otros derechos o intereses que merezcan protección.

Para citar otras definiciones sobre el daño podría tenerse: “daño es lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que le acongoja” (Hinestrosa, 2001, p. 529). El argentino, Eduardo Zannoni, dice que “el daño se define como el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio, dejando por fuera el aspecto moral y espiritual” (2005, p. 1)

En materia de responsabilidad patrimonial del Estado, no todo daño es indemnizable, para que surja el deber de indemnizar éste



debe cumplir con unas características esenciales, toda vez que el daño objeto de la reparación sólo es aquel que reviste la característica de ser antijurídico, personal, cierto y directo. Mazeaud señala que “es un principio fundamental del derecho francés, aun cuando no esté formulado en ningún texto legal, que, para proceder judicialmente, hay que tener un interés: «Donde no hay interés, no hay acción». Una vez establecido el principio, ha surgido el esfuerzo para calificar ese interés que es necesario para dirigirse a los tribunales: debe ser cierto, debe ser personal. Pero se agrega: debe ser «legítimo y jurídicamente protegido” (1959, p. 150)

El carácter cierto, como elemento constitutivo del daño se ha planteado por la doctrina tanto colombiana como francesa por Chapus como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual. En efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto, esto es, no un daño genérico o hipotético sino específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio.

La existencia es entonces la característica que distingue al daño cierto como lo indica Chapus, pero, si la existencia del daño es la singularidad de su certeza no se debe sin embargo confundir las diferencias entre la existencia del perjuicio y la determinación en su indemnización (Chapus, p.403). De igual forma, como lo sostiene Henao para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente se produjo, bien sea probando que, el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual (Henao, 2007, p. 131).



En lo que respecta a la exigencia de que el daño sea *antijurídico* se tiene que éste concepto no tiene una definición constitucional expresa, por lo cual es un término constitucional indeterminado, cuyo alcance puede ser desarrollado por el Legislador. Ahora bien, partiendo de una interpretación holística de la Constitución Política y de los antecedentes de la norma es posible determinar los elementos constitutivos del concepto.

En los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente puede observarse el interés de consagrar la noción de daño antijurídico, partiendo de la referencia consagrada en el Artículo 106 de la Constitución española que establece la responsabilidad patrimonial del Estado en los siguientes términos:

“Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”

Como puede notarse, en el derecho español la responsabilidad patrimonial del Estado no representa un mecanismo sancionatorio contra el agente del daño en razón de su culpa, sino que es una herramienta que se funda en la posición de la víctima del daño, ya que busca garantizar que el perjuicio sufrido sea reparado sin consideración al victimario. Por esta razón puede haber daño antijurídico sin que exista culpa del funcionario o autoridad, o falla en el servicio. Así, pues, la doctrina española entiende el régimen de responsabilidad de la siguiente manera:



"Quedan de este modo incluidos en la fórmula legal no sólo los daños ilegítimos que son consecuencia de una actividad culpable de la Administración o de sus agentes, supuesto comprendido en la expresión "funcionamiento anormal de los servicios públicos", sino también los daños producidos por una actividad perfectamente lícita, como indica claramente la referencia explícita que el legislador hace a los casos de "funcionamiento normal" (o "funcionamiento de los servicios públicos", simplemente, en el artículo 106.1 de la Constitución).

(...)

Al construir la institución de la responsabilidad de la Administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquella se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción de una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo adecuado de reparación que se pone en funcionamiento solo si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial" (García de Enterría, Ramón Fernández, 1993, 371-372).

La doctrina española, señalada de ser la madre de la figura del daño antijurídico, lo ha definido no como aquel que es producto de una actividad ilícita o irregular del Estado sino como el perjuicio que sufre una persona sin tener el deber jurídico de soportarlo. Esta visión fue el fundamento conceptual de la propuesta que generó la



consagración del Artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, tal como puede leerse en la ponencia para Segundo Debate en la Plenaria de la Asamblea Constituyente:

"En materia de responsabilidad patrimonial del Estado, se elevan a la categoría constitucional dos conceptos ya incorporados en nuestro orden jurídico: el uno, por la doctrina y la jurisprudencia, cual es el de la responsabilidad del Estado por los daños que le sean imputables; y, el otro, por la ley, la responsabilidad de los funcionarios.

La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.

La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares.

Esta figura tal como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo." (Ramírez Ocampo, 1991, p.7-8)





Esta definición de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado quien en múltiples oportunidades ha definido el daño antijurídico como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extra patrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar", por lo cual "se ha desplazado la antijuridicidad de la causa del daño al daño mismo". Por consiguiente, concluye el alto Tribunal que "el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva"(Consejo de Estado, 1993).

Así pues, daño antijurídico es aquél menoscabo, lesión, afectación o perturbación a la esfera personal (carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural), a la esfera de actividad de una persona jurídica (carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades), o a la esfera patrimonial (bienes e intereses), que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma jurídica, o lo que es lo mismo, es aquel que se irroga a pesar de que no exista una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo.

El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado, Según Santofimio Gamboa impone considerar dos componentes: "(a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, "el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio"; o, la "lesión de un interés o con la alteración "in pejus" del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece



inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”; y, (b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable (i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o (ii) porque sea “irrazonable”, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, (iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general, o de la cooperación social”<sup>24</sup> (2013)

La jurisprudencia constitucional señala, respecto al daño antijurídico, que la “*antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no*

---

24 Este presupuesto puede orientar en lo que puede consistir una carga no soportable, siguiendo a Rawls: “la noción de cooperación social no significa simplemente la de una actividad social coordinada, organizada eficientemente y guiada por las reglas reconocidas públicamente para lograr determinado fin general. La cooperación social es siempre para beneficio mutuo, y esto implica que consta de dos elementos: el primero es una noción compartida de los términos justos de la cooperación que se puede esperar razonablemente que acepte cada participante, siempre y cuando todos y cada uno también acepte esos términos. Los términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben salir beneficiados y compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado [...] El otro elemento corresponde a “lo racional”: se refiere a la ventaja racional que obtendrá cada individuo; lo que, como individuos, los participantes intentan proponer. Mientras que la noción de los términos justos de la cooperación es algo que comparten todos, las concepciones de los participantes de su propia ventaja racional difieren en general. La unidad de la cooperación social se fundamenta en personas que aceptan su noción de términos justos. Ahora bien, la noción apropiada de los términos justos de la cooperación depende de la índole de la actividad cooperativa misma: de su contexto social de trasfondo, de los objetivos y aspiraciones de los participantes, de cómo se consideran a sí mismos y unos respecto de los demás como personas”. (Rawls, 1993, p. 279)



soportabilidad del daño por parte de la víctima”<sup>25</sup>. Siguiendo la misma jurisprudencia, se ha señalado “que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”.<sup>26</sup>

25 Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía– sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.168. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuricidad (sic)”. (Corte Constitucional, sentencia C-484, 2002)

26 Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual, ob., cit., p.297. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuricidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”.



Se advierte que a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, un *“Estado solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”*<sup>27</sup>. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida.

Esta concepción de la posibilidad de indemnización de un daño antijurídico incluso originado en una actividad lícita del Estado armoniza además con el principio de solidaridad (Art. 1º C.P.) y de igualdad (Art. 13 C.P.), que han servido de fundamento teórico al régimen conocido como de daño especial, basado en el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas. En efecto, si la Administración ejecuta una obra legítima de interés general (Art. 1º C.P.) pero no indemniza a una persona o grupo de personas individualizables a quienes se ha ocasionado un claro perjuicio con ocasión de la obra, entonces el Estado estaría desconociendo la igualdad de las personas ante las cargas públicas (Art. 13 C.P.), pues quienes han sufrido tal daño no tienen por qué soportarlo, por lo cual éste debe ser asumido solidariamente por los coasociados (Art. 1º C.P.) por la vía de la indemnización de quien haya resultado anormalmente perjudicado. Se trata pues, de un perjuicio especial sufrido por la víctima en favor del interés general, por lo cual el daño debe ser soportado no por la persona sino por la colectividad, por medio de la imputación de la responsabilidad al Estado. Por ende, la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que

---

27 *Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550. Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirse al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”.*



debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo.

Ahora, es claro que no es suficiente que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación (regular o irregular) u omisión de una autoridad pública. Esta imputación está ligada pero no se confunde con la causación material. Por ello, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado coinciden en que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño "es menester, que además de constatar la antijuridicidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un "título jurídico" distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la "imputatio juris" además de la "imputatio facti"<sup>28</sup>.

## II. DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA ACTIVIDAD JUDICIAL. Modalidades.

Expuesto lo anterior, dentro de las particularidades de la aceptación en el ordenamiento jurídico, de la responsabilidad del Estado, sobresale un sub-tipo de responsabilidad estatal desde el campo de la actividad judicial -

---

28 Consejo de Estado. Loc- Cit



Como se ha explicado, la Carta Política de 1991 estableció por primera vez en el ordenamiento constitucional colombiano el principio general de responsabilidad patrimonial del Estado, en su Artículo 90, amparando la posibilidad de declarar patrimonialmente responsable al Estado y a cualquiera de sus entidades, cuando con sus acciones u omisiones causen perjuicios a un sujeto.

Partiendo de la teoría de la separación del Poder Público, el Estado asumirá responsabilidad por los daños que se ocasionen por la actividad ejecutiva, legislativa y jurisdiccional, siempre que la víctima del mismo no este en la obligación legal de soportarlos, enmarcándose en la figura del '*daño antijurídico*'.

La Ley 270 de 1996, "*Estatutaria de Administración de Justicia*", en el Título Tercero, Capítulo VI, reguló la responsabilidad patrimonial del Estado y sus empleados judiciales, lo que significa que cuando se presenten casos donde se genere un daño antijurídico, con relación de causalidad en la actividad judicial, regular o irregular, el Estado será llamado a responder patrimonialmente por los perjuicios. Como puede notarse, el fundamento de esta regla de responsabilidad no es ajeno a la noción de daño antijurídico, para lo cual el citado Estatuto Judicial textualmente reprodujo, en su Artículo 65, el citado Artículo 90 de la Constitución Política, pero referenciándola a la acción u omisión de sus agentes judiciales.

Sobre el caso particular de la responsabilidad del Estado por su actividad judicial, Mariano Brito señaló que: "Puesto que el daño afecta o quebranta la igualdad, lo justo debido, privando a alguno de lo suyo, la actividad jurisdiccional debe tender a su restablecimiento en plenitud. De aquí se sigue que la frustración o negación de ese fin



la causa última por la que obra y a la que apunta (dar a cada uno lo suyo)- compromete necesariamente la responsabilidad” (1984, p. 118-119.)

En tal sentido, “el poder de decidir sobre el honor, la fortuna y la libertad de un semejante constituye la suprema potestad en el orden humano. Del despotismo de los otros poderes del Estado queda un recurso ante el poder judicial, en tanto que del despotismo del poder judicial no queda recurso alguno. Cuando se afirma que el poder judicial es la ciudadela de los derechos individuales, sólo se afirma la existencia de una penúltima instancia. La última la constituye la independencia, la autoridad, y sobre todo, la responsabilidad de los jueces” (Couture, En Dueñas Rugnon, 2008, pág. 10).

La jurisprudencia anterior a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, había identificado las diferentes hipótesis en las que se podía ver involucrada la responsabilidad patrimonial del Estado. Así, en fallo de 1966 el Consejo de Estado declaró la responsabilidad del Estado por el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia como una modalidad específica de la falla del servicio:

“Indudablemente el título fue sustraído, y fue falsificado el oficio; pero como lo primero implica un mal servicio administrativo, que es en el caso el mal servicio de la administración de justicia, que dio a conocer así no sólo la falta de seguridad en las oficinas, sino también la despreocupación de los funcionarios; la Nación debe responder, porque es la persona que presta ese servicio.



“La administración de justicia culmina en las decisiones jurisdiccionales, pero se ejercita a través de una sucesión de actos, varios de ellos de carácter administrativo, y simplemente de este carácter, los que pueden aparejar la responsabilidad estatal. Una cosa es la intangibilidad de la cosa juzgada, presupuesto fundamental de las sociedades y también dogma político, y otras cosas son ciertos actos que cumplen los jueces en orden a definir cada proceso, los que no requieren de más que de la prudencia administrativa. Por eso cuando con esos actos se causan daños, haciéndose patente cómo en el caso en estudio, el mal funcionamiento del servicio público, es ineludible que surja la responsabilidad” (Consejo de Estado, Rad. 867, 1967)

Posteriormente, el alto tribunal en sentencia de 1976, se acogieron los mismos argumentos pero se agregó que: “No es este el primer caso [en] que la Nación es condenada al pago de perjuicios por hechos de esta naturaleza, provenientes unas veces por la inseguridad en que se mantienen los despachos judiciales, y otras por negligencia de sus empleados”. (Consejo de Estado, Rad. 867, 1967)

La responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho judicial se vería comprometida cuando quiera que por la falta de vigilancia en los despachos judiciales o por la negligencia de los funcionarios de la Rama Judicial se extraviaran documentos esenciales para las resultas del proceso, como títulos ejecutivos, pruebas y títulos judiciales, todo ello en el marco de la falla del servicio, sin embargo, se consideraba que existía una carga pública que debía soportar el ciudadano en el ejercicio de la función de Administrar Justicia, cuyo fundamento lo constituía principalmente el efecto de la cosa juzgada y el principio





de la estabilidad de las decisiones judiciales, soportado a su vez en el de la seguridad jurídica.

Con la citada Ley 270, Estatutaria de la Administración de Justicia, el asunto quedó resuelto en torno a los eventos en los cuales se puede atribuir la responsabilidad patrimonial del Estado por las actuaciones de la actividad judicial, las cuales quedaron definidas de manera expresa en los Artículos 65 a 69 de la citada ley, así:

“ARTÍCULO 66. ERROR JURISDICCIONAL. Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley.

“ARTÍCULO 67. PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL. El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos:

“1. El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.

“2. La providencia contentiva de error deberá estar en firme.

“ARTÍCULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.

“ARTÍCULO 69. DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido



un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación”.

En virtud de las normas transcritas queda claro que el legislador consagró tres (3) eventos en los cuales se deben enmarcar los hechos con el fin de lograr la declaratoria de responsabilidad del Estado por la actividad judicial: *i)* el error jurisdiccional; *ii)* la privación injusta de la libertad (cuyos argumentos se hacen extensivos a la retención de bienes muebles e inmuebles y a los casos de limitación de derechos distintos a la libertad física como el de la libre circulación); y, *iii)* el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia. Las dos primeras son hipótesis principales, mientras que la tercera es de carácter residual, lo cual quiere decir que si los hechos del caso no se enmarcan en el error jurisdiccional o en la privación injusta de la libertad, le corresponderá al juez determinar si a la luz de los hechos puestos en su conocimiento se configura un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia.

A continuación se expondrán los fundamentos de los títulos de imputación señalados:

#### **a. Error jurisdiccional**

De acuerdo con el citado Artículo 66 de la Ley 270 de 1996, el error jurisdiccional, denominado también error judicial: “Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley.”



Luis Maiorano define al error jurisdiccional como “(...) la grave equivocación sobre los hechos del caso y la consiguiente aplicación del derecho a hechos que no existen”, y, enumera los siguientes supuestos que le originan: “Deficiencias procesales; Circunstancias fortuitas; Coincidencias fatales; Pruebas falsas, o fraguadas, viciadas por el error, el odio o los perjuicios; Parcialidad o error de los peritos” (1984, p. 4).

Para Santofimio el error no se puede identificar con la ignorancia del juzgador. Mientras el primero corresponde a una idea falseada de la realidad, reducida por el juez, conforme al estudio de algunos elementos que posee, la segunda corresponde a una categoría de falta o carencia absoluta de conocimiento sobre determinada realidad (2016, p. 107).

Por su parte, el Artículo 67 *ibídem*, establece los presupuestos para su configuración, así:

1. El afectado debió haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.
2. La providencia contentiva de error deberá estar en firme.

El error jurisdiccional “se encuentra comprendido dentro de los ámbitos de responsabilidad del Estado por la función jurisdiccional, el cual se puede materializar por medio de una providencia judicial contraria a la ley” (Rodríguez-Libardo, 2008); en otras palabras, “se trata de una irregularidad de naturaleza autónoma, contenida en una providencia que adolece de una decisión adversa a la ley, capaz de producir un daño antijurídico sobre los administrados” (Ruiz, 2010);



de modo que puede ser entendida como una “actuación cometida por los jueces en sus decisiones, consistente en el incumplimiento de sus deberes y obligaciones a la hora de resolver los conflictos, toda vez que se alejan de la aplicación efectiva a la ley vigente, siendo consecuente con la desatención injustificada de los precedentes jurisprudenciales y de los principios e imperativos procesales” (Sánchez, 2015)

El error jurisdiccional solo puede ser cometido por una autoridad investida con facultades jurisdiccionales (Rodríguez-Libardo, 2008), y se puede manifestar como un error jurisdiccional de hecho o un error jurisdiccional de derecho, mediante la equivocada interpretación fáctica, normativa o la declaración efectiva de un derecho, cuyo ámbito de aplicación se puede hacer extensivo, incluso a otros agentes del Estado, que sin ser jueces pueden estar desarrollando la función jurisdiccional de administrar justicia (Ruiz, 2010).

“Ante las decisiones judiciales erradas existen en la teoría jurídica tres sistemas para tratar de subsanarlos o de indemnizar los daños causados al perjudicado con la providencia: el primero lo conforma todo el conjunto de recursos ordinarios y extraordinario señalados en los códigos de procedimiento, pues es claro que cuando la providencia que contiene el error es revocada por el mismo funcionario, o por su superior con la utilización de los recursos, no se configura el error judicial; el segundo lo constituye el sistema de responsabilidad personal del juez; y en tercer lugar, el sistema de responsabilidad institucional de la función jurisdiccional” (Dueñas Rugnon R., 2008, pág. 64).



Murcia (2005) citado por Sánchez (2015) el error jurisdiccional también puede ser procesal o de forma “in procedendo” y material o de fondo “in iudicando”; frente a ello, Ruiz (2010) agrega que también se puede presentar el “error iuris” cuando se interpretan o aplican normas de forma equivocada y el “error facti” cuando los hechos son apreciados de forma distinta a la realidad.

Santofimio precisa que “(...) solo podrá entenderse configurado el error jurisdiccional cuando se produzcan decisiones carentes de argumentación o justificación jurídicamente plausible, o que desconozcan el presente o jurisprudencia de unificación aplicable. En otras palabras habrá error judicial cuando la interpretación o el razonamiento jurídico expuesto como fundamentación de la decisión sea irrazonable o abiertamente contrario al orden Convencional, la Constitución, la ley, los precedentes, las jurisprudencias de unificación, y los reglamentos que gobiernan la materia o excluyan situaciones fácticas o probatorias manifiestamente acreditadas en el proceso, pues, se reitera que la mera divergencia interpretativa no constituye error jurisdiccional (...)”.(2016, p. 128)

Igualmente, el error jurisdiccional se puede presentar en un sentido amplio y en un sentido estricto como lo expresa Sánchez: “el primero hace referencia a que la decisión adoptada por el juez no requiere de una condición especial para que se pueda configurar, y no interesa que sea o no producto de una actuación dolosa o culposa, esta clase de error se manifiesta cuando una providencia contraviene alguna o cualquiera de las respuestas correctas establecidas para un determinado problema jurídico. Ya en sentido estricto, el error judicial se debe ajustar a los presupuestos establecidos en la Ley 270 de 1996; también puede ser simple, cuando corresponde a



equivocaciones de poca trascendencia, y puede ser inexcusable, cuando quien profirió la decisión procede de una forma irrazonable o su decisión carece de fundamentos validos” (Sánchez, 2015).

Si bien es cierto, el error jurisdiccional no se configura si no es porque se encuentra contenido en una providencia judicial, que haya sido proferida por un funcionario investido con autoridad judicial y que el afectado no disponga de otros recursos judiciales para defenderse (Ruiz, 2010), no tiene entidad para trascender a la realidad jurídica sin la existencia de un daño antijurídico sobre el administrado, el cual debe estar ligado a un nexo de causalidad entre la providencia judicial contentiva del error y el daño producido; providencia que debe estar en firme desde luego y, tener una magnitud suficiente como para desbordar el hecho de una mala interpretación, o una indebida solución del conflicto (Sánchez, 2015).

Malem afirma que: “el error judicial debe ser indubitado e incontestable y ha de conducir a decisiones ilógicas, irrazonables, esperpénticas o absurdas. Han de ser errores que provocan la ruptura de la armonía del orden publico” (2008, p. 106).

Finalmente, se puede aceptar que el error judicial presenta ciertas similitudes con otras figuras jurídicas como la vía de hecho (aunque no se subsuma a esta) contrario a como lo plantea Flores, et al. (2000), y también que este se encuentre emparentado dentro del sistema de responsabilidad extracontractual del Estado por falla en el servicio, pero aun y con eso, no está llamado a cuestionar la intangibilidad de la cosa juzgada de las decisiones judiciales, o a subsanar las irregularidades o equivocaciones de los jueces como tercera instancia. Es importante distinguir que cuando se hace referencia a la



decisión judicial, necesariamente se habla de dos situaciones. Por un lado, del acto de decidir propiamente dicho, que es la facultad jurisdiccional de la que está investido el juez y, por el otro, del contenido mismo de la decisión, que es la que debe estar sometida a unos parámetros mínimos de validez y racionalidad (Moreso et al. 2001, p. 247-267).

En estos términos, se puede decir que la decisión judicial corresponde al acto jurisdiccional de tomar una resolución en un caso determinado, por parte de un funcionario especializado que está investido de la facultad y la competencia (validez) de conocer, intervenir y resolver sobre una determinada controversia litigiosa, cuyo contenido debe estar fundamentado en los preceptos legales y los postulados de la razón (racionalidad).

En tal sentido, el error jurisdiccional es el error contenido en la decisión judicial que puede tener origen bajo diferentes circunstancias o condiciones tales como el error de hecho y el error de derecho (Consejo de Estado, Sentencia, Rad. 39422, 2017). El primero a su vez puede tener lugar en la denominación, situación o la condición física de la persona o puede corresponder a un error en cuanto a la naturaleza de la decisión judicial, que es una especie de error de hecho que de acuerdo con Santofimio (2016) se refiere a la decisión absurda carente de sentido, que: “más que un verdadero descuido, determina la presencia de un impedimento u obstáculo para el surgimiento de una verdadera decisión judicial” (p. 109).

El error de derecho, que, en contraste con el error de hecho, según Llinás (...) se confunde nominalmente con la violación directa de norma sustancial, razón por la cual es necesario precisar que no se está hablando de lo mismo, pues la violación directa, aunque



también es un vicio in judicando, se presenta con respecto a la norma sustancial en la ue se deja por fuera de controversia la apreciación de los hechos y el cumplimiento de normas probatorias (2011, p. 78).

La Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 1996, llevó a cabo la revisión constitucional del Proyecto de Ley número 58 de 1994 (Senado) y 264 de 1995 (Cámara de Representantes), correspondiente a la Ley “Estatutaria de la Administración de Justicia”, en este fallo se pronunció respecto del error jurisdiccional en las siguientes palabras:

“...el error jurisdiccional no puede ser analizado únicamente desde una perspectiva orgánica como parece pretenderlo la norma bajo examen. Por el contrario, la posible comisión de una falla por parte del administrador de justicia que conlleve la responsabilidad patrimonial del Estado, debe ser estudiada desde una perspectiva funcional, esto es, bajo el entendido de que al juez, por mandato de la Carta Política, se le otorga una autonomía y una libertad para interpretar los hechos que se someten a su conocimiento y, asimismo, aplicar las normas constitucionales o legales que juzgue apropiadas para la resolución del respectivo conflicto jurídico (Art. 228 C.P.). Dentro de este orden de ideas, se insiste, es necesario entonces que la aplicabilidad del error jurisdiccional parta de ese respeto hacia la autonomía funcional del juez. Por ello, la situación descrita no puede corresponder a una simple equivocación o desacierto derivado de la libre interpretación jurídica de la que es titular todo administrador de justicia. Por el contrario, la comisión del error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que demuestre,





sin ningún asomo de duda, que se ha desconocido el principio de que al juez le corresponde pronunciarse judicialmente de acuerdo con la naturaleza misma del proceso y las pruebas aportadas -según los criterios que establezca la ley-, y no de conformidad con su propio arbitrio. En otras palabras, considera esta Corporación que el error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de los mismos presupuestos que la jurisprudencia, a propósito de la revisión de las acciones de tutela, ha definido como una “vía de hecho”.

Por su parte, el Consejo de Estado, sobre el 'error jurisdiccional', ha manifestado que:

“...la censura que el juez contencioso administrativo efectúa mediante la acción de reparación directa por error jurisdiccional, no es más que un juicio de legalidad sobre la providencia cuestionada, en tanto, dentro de él se resuelven pretensiones que implican confrontación normativa, no sólo con relación al ordenamiento positivo, sino, también, frente a los principios y valores edificantes del sistema jurídico, que buscan desde una perspectiva eminentemente teleológica la adecuación permanente del desarrollo institucional y conceptual a lo esbozado por el constituyente o legislador y a los fundamentos conceptuales y filosóficos que sirvieron de sustento para diseñar la Carta Política del Estado y la legislación que la desarrolla. Se trata por ende, en principio, de una justicia de interés general, de necesario acceso ciudadano, permanente y garantizadora de la estabilidad institucional. (...)

Ahora bien, frente al juicio de responsabilidad por error jurisdiccional, sea lo primero decir, que éste debe reunir los



presupuestos del artículo 90 constitucional, es decir, que ocasione un daño antijurídico a la víctima y que sea imputable, en este evento, a la administración de justicia – Rama Judicial o a las entidades públicas que transitoriamente administran justicia, según se dejó dicho. (...)

Asimismo, deben observarse los elementos contemplados en la definición ofrecida por el artículo 66 de la Ley 270 de 1996, (...) y los supuestos del artículo 67 ibídem, es decir que el afectado hubiese interpuesto los recursos legalmente procedentes y que la providencia contentiva del error y, en consecuencia, contraria a la ley, estuviese en firme. (...)

Al respecto, como se anotó ad initio de estas consideraciones, la Sala entiende por “providencia contraria a la ley” aquella que surge al subsumir los supuestos de hecho del caso en las previsiones de la norma (error de interpretación), de la indebida apreciación de las pruebas en las cuales ella se fundamenta (error de hecho), de la falta de aplicación de la norma que corresponde o de la indebida aplicación de la misma. Hay que entender incluida en la definición de error jurisdiccional además las providencias contrarias a la Constitución, que de acuerdo con el artículo 4 es norma de normas.” (Consejo de Estado, 2013)

Así las cosas, se configura el 'error jurisdiccional' como fuente de responsabilidad estatal cuando la decisión judicial se carente de argumentación o justificación jurídica. En otras palabras, cuando la interpretación o el razonamiento jurídico expuesto como fundamentación de la providencia sea irrazonable, abiertamente contraria a la Constitución, a la ley, o a las normas que regulan la



materia, o cuando se excluyan situaciones de hecho o probatorias debidamente demostradas en el juicio, ya que la simple desavenencia interpretativa con el fallador no constituye un 'error jurisdiccional', ya que debe tratarse de un verdadero daño antijurídico provocado por quien administra justicia.

### **b. Privación injusta de la libertad**

Sobre la responsabilidad del Estado en los casos de 'privación injusta de la libertad', el Artículo 68 de la citada Ley 270 de 1996, establece que las víctimas de este hecho podrán demandar al Estado en reparación de perjuicios. La Corte Constitucional en el análisis de constitucionalidad al proyecto de ley estatutaria, en la citada sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, sobre este artículo manifestó lo siguiente:

“(...) Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 60, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término 'injustamente' se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia,



debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención (...)"

Respecto de la responsabilidad del Estado con ocasión a la imposición de medida de aseguramiento de privación de la libertad dentro del curso de un proceso penal, la que luego se levanta, terminando el proceso con sentencia absolutoria, el Consejo de Estado en Sala Plena de la Sección Tercera, en sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, modificó su postura para considerar que de aquí en adelante será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del Artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño; adicionalmente, deberá analizarse si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo -en materia civil-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, dice la citada providencia:

"...como la indemnización se abre paso cuando se demuestra que la privación de la libertad del procesado fue injusta, podría no ser admisible ni justo con el Estado -el cual también reclama justicia para sí- que se le obligara a indemnizar a quien ha sido objeto de la medida de detención preventiva cuando para la imposición de esta, se han satisfecho los requisitos de ley ni cuando a pesar de haber intentado desvirtuar la duda mediante la práctica de pruebas, no se ha podido obtener o lograr ese objetivo, es decir, cuando sobre el investigado persisten dudas acerca de su participación en el ilícito y, por lo tanto, también persisten respecto de lo justo o lo injusto de la privación de la libertad, caso en el cual, si el juez verifica que se cumplieron los deberes y exigencias convencionales, constitucionales y legales



que corresponden al Estado para privar provisionalmente de la libertad a una persona, como aquellos de que tratan los ya citados artículos 28 y 250 constitucionales (inclusive este último después de la modificación que le introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002), las normas de procedimiento penal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mal puede imponer una condena en contra de este último.

(...)

En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.

Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva. Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase



de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.”

Con esta providencia se recoge el criterio que venía sosteniéndose a lo largo de dos decenios, según el cual, el Estado era llamado a responder patrimonialmente por la privación de la libertad, con ocasión de un proceso, cuando el procesado resultaba absuelto o la medida de aseguramiento era levantada o revocada por cualquier causa, ya que, de acuerdo con el Consejo de Estado “con los principios tutelares del Estado Social y Democrático de Derecho, entre los cuales la libertad y la justicia ocupan un lugar privilegiado, frente a la materialización de cualquiera de las hipótesis enunciadas, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible o por in dubio pro reo, se habrá de calificar sin ambages como detención injusta. Es por ello, que se trata de una responsabilidad objetiva, dado que en eventos de esta naturaleza, ambos valores se encuentran en juego y un argumento de tipo utilitarista, en el sentido de afirmar que se trata de una carga que se debe soportar en bien de la mayoría, no tiene justificación alguna” (Consejo de Estado, Expediente N° 35214, 2014)<sup>29</sup>.

---

29 Ver entre otras: i) CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 16 de agosto de 2012. Apelación sentencia. Acción de Reparación directa. Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Expediente N° 35214. ii) CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección A, Sentencia de 17 de octubre de 2013. Apelación sentencia. Acción de Reparación directa. Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Expediente N° 23354. iii) CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección B, Sentencia de 12 de diciembre de 2013. Apelación sentencia. Acción de Reparación directa. Magistrado Ponente: Mauricio Stella Conto Díaz del Castillo. Expediente N° 27252.



Lo anterior, independiente del valor que tenga la sentencia que crea tal modificación, no es de recibo toda vez que cambia el criterio de 'injusto' -adjetivo calificativo- por el de 'injustificado', siendo dos cosas totalmente distintas. Una cosa es que la detención no tenga justicia y otra muy distinta que no tenga justificación, sin embargo esta discusión no es el objeto del presente trabajo.

Un mes antes, la Corte Constitucional en Sentencia SU072 del 5 de julio de 2018, con ponencia del Dr. José Fernando Reyes Cuartas, había advertido que “la única interpretación posible –en perspectiva judicial-- del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo no establece un único título de atribución y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio *iura novit curia*<sup>30</sup>, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante.

Determinar, como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia –aplicación del principio *in dubio pro reo*–, o incluso en otros eventos, por ejemplo, cuando no se acreditó el dolo, es decir, operó una atipicidad subjetiva, el Estado debe ser condenado de manera automática, esto es, a partir de un título de imputación

---

30 El juez conoce el derecho. En la sentencia de la Corte Constitucional T-577 de 2017 se entendió que: “corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes (...) la determinación correcta del derecho”



objetivo, sin que medie un análisis previo que determine si la decisión a través de la cual se restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, transgrede un precedente constitucional con efecto *erga omnes*, concretamente la sentencia C-037 de 1996.”

Ahora bien, a pesar del criterio aplicado por el juez penal, el juez administrativo deberá establecer si está frente a un caso de duda acerca del valor demostrativo de la prueba recaudada o de su absoluta inexistencia y, en tal caso, elegir, si a ello hubiere lugar, un título de atribución objetiva o el régimen de falla del servicio, especialmente cuando la medida de aseguramiento ha sido dictada con ausencia de pruebas de cargo, eventos en los cuales se torna injusta.<sup>31</sup>

### **c. Defectuoso Funcionamiento de la Administración de Justicia**

En relación con el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, la Ley Estatutaria estableció esta modalidad de responsabilidad como residual, esto es, cuando se cause un 'daño antijurídico' en ejercicio de la actividad estatal de 'administrar justicia' y que no encaje en los supuestos del 'error jurisdiccional' o de la 'privación injusta de la libertad' deberá repararse a la víctima apelando a su 'defectuoso funcionamiento'. Sobre este particular ha dicho el Consejo de Estado colombiano:

*“El error jurisdiccional se predica frente a las providencias judiciales por medio de las cuales se declara o se hace efectivo el derecho subjetivo, en tanto que la responsabilidad por defectuoso funcionamiento de la*

---

31 Así lo ha expuesto el Consejo de Estado en varias sentencias, entre ellas, la de la Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia del 14 de marzo de 2016, rad. 39684, M.P. Guillermo Sánchez Luque.





*administración de justicia se produce en las demás actuaciones judiciales necesarias para adelantar el proceso o la ejecución de las providencias judiciales. (...)*

*En definitiva, en el régimen establecido para la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia habrán de incluirse las actuaciones que, no consistiendo en resoluciones judiciales erróneas, se efectúen en el ámbito propio de la actividad necesaria para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado o para garantizar jurisdiccionalmente algún derecho.*

*Así también lo previó el legislador colombiano cuando dispuso que, fuera de los casos de error jurisdiccional y privación injusta de la libertad, “quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación” (Art. 69 ley 270 de 1996)”. (Consejo de Estado, Rad. 13164, 2010)*

Bajo esta modalidad se han venido juzgando los daños ocasionados por 'el retardo injustificado en la toma de decisiones judiciales', fundamentándose en que la Constitución Política establece el derecho a una pronta y cumplida justicia en el Artículo 29, como una garantía propia del debido proceso que se concreta en el trámite sin dilaciones injustificadas. En igual sentido, el Artículo 228 constitucional dispone que “los términos procesales se observarán con diligencia” y que “su incumplimiento será sancionado”, con lo cual eleva a rango constitucional los principios de celeridad y eficacia en la actuación judicial.

Así mismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972, consagra que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y en un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la



determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

El Consejo de Estado definió el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia con las siguientes palabras:

“(…) En cuanto al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, habría que decir que éste, a diferencia del error judicial, se produce en las demás actuaciones judiciales necesarias para adelantar el proceso o la ejecución de las providencias judiciales.

Dentro de este concepto están comprendidas todas las acciones u omisiones constitutivas de falla, que se presenten con ocasión del ejercicio de la función de impartir justicia. Puede provenir no sólo de los funcionarios, sino también de los particulares investidos de facultades jurisdiccionales, de los empleados judiciales, de los agentes y de los auxiliares judiciales. Así también lo previó el legislador colombiano cuando dispuso que, fuera de los casos de error jurisdiccional y privación injusta de la libertad, “quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación (…)”. (Consejo de Estado, Rad. 28857, 2010)

El mismo Tribunal de la jurisdicción contenciosa señaló como características de este tipo de responsabilidad estatal las siguientes:

“(…) El defectuoso funcionamiento de la administración de justicia presenta las siguientes características: (i) se predica de actuaciones u omisiones, diferentes a providencias judiciales, necesarias para adelantar un proceso; (ii) puede provenir de funcionarios judiciales y particulares que ejerzan facultades jurisdiccionales; (iii) debe existir un funcionamiento defectuoso o anormal, partiendo de la comparación de lo que debería ser un ejercicio adecuado de la función judicial; y, (iv) se manifiesta de tres formas: la administración de justicia ha funcionado mal,



no ha funcionado o funcionó tardíamente (...)” (Consejo de Estado Rad. 28857).

Al respecto, esta corporación también estudio la privación de la libertad como consecuencia de una deficiente valoración probatoria la cual permite que la duda sea resuelta en favor del procesado y se relaciona directamente con un mal procedimiento investigativo que deriva en la responsabilidad patrimonial del Estado y “se configura a partir de la materialización del daño antijurídico que se causa a la víctima sin tener que llegar a probar que hubo error judicial por parte del funcionario” (Consejo de Estado, Rad. 16902, 2008). En estos casos se resalta el hecho de que el ciudadano no debe soportar las situaciones que generan un desequilibrio de las cargas públicas.

De la misma forma se estableció por el magistrado Mauricio Fajardo Gómez en el caso de no probarse la comisión de la conducta ya que, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996 cuando una persona es privada de la libertad y luego sea absuelta porque no se logró probar la conducta punible o el sujeto no la cometió se configura una detención injusta a título de responsabilidad objetiva “dado que en eventos de esta naturaleza, ambos valores se encuentran en juego y un argumento de tipo utilitarista, en el sentido de afirmar que se trata de una carga que se debe soportar en bien de la mayoría, no tiene justificación alguna” (Consejo de Estado, Sentencia, 1997-08913, 2012).

Ahora bien, la tesis de responsabilidad objetiva en los casos de privación de la libertad es modificada mediante sentencia de unificación del año 2018, la sala plena de la Sección Tercera avoca conocimiento con el de modificar su jurisprudencia en relación con el régimen de responsabilidad o el título jurídico de imputación aplicable a los casos de privación injusta de la libertad con ocasión del caso de una ciudadana que fue vinculada a un proceso penal por el delito de trata de personas y posteriormente concluyo con la preclusión del mismo.



En estos casos “la responsabilidad del Estado se configura cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de una persona a quien se le precluye la investigación o es absuelta porque nada tuvo que ver con el delito investigado o porque se le aplicó el principio de in dubio pro reo o alguna causal de justificación penal, sin que resulte relevante, generalmente, cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia” (Consejo de Estado, Rad. 46947, 2018). De lo anterior se deriva que en,

“lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño” (Consejo de Estado, Rad. 46947, 2018).

Así mismo, aclara que si se presenta un evento diferente al caso que se estudia debe analizarse si la medida que afectó la libertad fue impartida “injustamente” (Corte Constitucional, sentencia C-037, 1996) caso en el cual el ciudadano debe ser indemnizado por no estar en el deber jurídico de soportarla. Esta posición fue reiterada en sentencia de noviembre de 2019 por el Consejo de Estado con ponencia del magistrado Martín Hernández Bermúdez Muñoz.

Como puede notarse, la legislación colombiana ha previsto que fuera de los casos de 'error jurisdiccional' y 'privación injusta de la libertad', quien sufra un 'daño antijurídico', a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación integral.

# CAPÍTULO V

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA  
CONDICIÓN DE PRÓFUGO INMEREcido.  
Aproximación teórica.**



## CAPÍTULO V

# RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA CONDICIÓN DE PRÓFUGO INMEREcido.

### Aproximación teórica

#### I. FUNDAMENTOS PRELIMINARES. UNA APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE PRÓFUGO INMEREcido.

Es innegable que uno de los valores más trascendentales del ser humano es la libertad. Se podría definir, siguiendo a Martínez Echeverri (1998), como: “El estado de la persona que no es esclava y por tanto tiene la facultad de realizar algo por sí misma, por iniciativa propia.” (p. 339).

Fantásticamente lo expone Vives A., “La libertad es “casi un milagro”, un equilibrio delicado y apenas creíble que no soporta convicciones demasiado entusiastas ni tutelas demasiado enérgicas, de modo que, muchas veces, quienes intentan defenderla con mayor vigor la ponen involuntariamente en peligro”. (Vives, 1995, 388)

Hobbes responde al interrogante: “Qué es la libertad. Por LIBERTAD se entiende, de acuerdo con el significado propio de la palabra, la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que con frecuencia reducen parte del poder que un hombre tiene de hacer



lo que quiere; pero no pueden impedirle que use el poder que le resta, de acuerdo con lo que su juicio y razón le dicten". (Hobbes, 2004 p. 54)

Y, sobre el hecho de ser libre el autor afirma: "Qué es ser libre. De acuerdo con esta genuina y común significación de la palabra, es un HOMBRE LIBRE quien en aquellas cosas de que es capaz por su fuerza y por su ingenio, no está obstaculizado para hacer lo que desea." (Hobbes, 2004, p. 87).

De acuerdo a la conceptualización de Aristóteles, Martínez (op. cit.) expresa: "La libertad se basa en la noción de finalidad o tendencia natural del hombre que conduce a la felicidad". Esto hecho mediante la representación de acciones libres y voluntarias que no son producto de coacción, ni de ignorancia y su conceptualización va ligada a la razón de libertad. "De una manera absoluta y simple, hay que decir que se hace libre y voluntariamente lo que obramos cuando estamos ajenos a toda coacción" (p. 339). Mientras que para Jaspers, citado por Martínez (op. cit.) "La libertad es existencial, lo decisivo de la elección es que yo elijo" (p. 340). Este filósofo plantea que la libertad no es absoluta, pues el hombre se hace en la libertad y como tal, debe guiarse por los principios que el concepto de libertad tiene en lo existencial.

Para Thiebaut (1999), "La libertad es ideal y principio ético, político y jurídico que se refiere a la construcción de las acciones de los individuos y a la capacidad que tienen como sujetos para desarrollar sus ideas, planes de vida o propuestas" (p. 72).

Para Savater F. (1999), el término "libertad" recibe tres usos diferentes, este autor menciona: a) "La libertad como disponibilidad para actuar de acuerdo con los propios deseos o proyectos..., según



esta acepción es libre de moverse, de ir y venir quien no está atado o encarcelado ni padece algún tipo de parálisis” (p. 44), es decir, quien no está privado de su libertad o sometido a tortura, a drogas, ni marginado por la miseria o la ignorancia; b) “La libertad de querer lo que quiero y no solo de hacer o intentar hacer lo que quiero” (p. 45). Es este un concepto de libertad que conlleva cierto grado de sutileza, es decir, podemos realizar acciones producto de nuestros deseos y voliciones: viajar, amar, creer según los dictados de nuestra conciencia; y, c) “La libertad de querer lo que no queremos y de no querer, lo que de hecho queremos” (p. 45).

En el Quijote de la Mancha, el Ingenioso Hidalgo le manifiesta a su escudero: *“La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad así como por la honra se puede y debe aventurar la vida, y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres...”* (1985)

La libertad es quizás uno de los bienes jurídicos más preciados del ser humano, el cual solo se ve restringido o limitado, válidamente, por el Estado a través de normas jurídicas o de una decisión de autoridad judicial en representación suya, una vez desarrollado un proceso penal con plenas garantías del debido proceso. En este último evento, el legislador ha dotado a la Administración de Justicia de herramientas para garantizar el trámite del proceso penal y la comparecencia de cada uno los sujetos al mismo con el fin de ayudar al esclarecimiento de los hechos que son objeto del juicio.

#### **a. El Derecho a la Libertad Personal en el Marco de la Constitución Política**

El derecho a la libertad en Colombia se encuadra en el esquema de





derechos humanos fundamentales, que de acuerdo con los Instrumentos, Convenciones y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos se encuentran consolidados en dos sistemas generales de protección, uno de carácter Global (Universal) y otro de carácter regional, entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1945; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1976; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969; la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) de 1953 (la cual no es vinculante en Colombia, por no ser suscrita); los tratados de Derecho Internacional Humanitario de 1949 en adelante; y, otros acuerdos y protocolos facultativos, dirigidos a promover el respeto y la protección irrenunciable de todos los derechos humanos inherentes a las personas, en tanto su condición de seres humanos, tratados que están consolidados con la teoría del Bloque de Constitucionalidad, de acuerdo con el Artículo 93 de la Constitución Política colombiana.

Desde la perspectiva del derecho internacional se han emitido conceptos sobre la libertad personal, de allí que Sergio Cámara Arroyo de la Universidad de Alcalá recopilara estos conceptos en un Diccionario de Derechos Humanos, a lo cual expresó que existe un ámbito universal dentro del Derecho Internacional relacionado con el concepto de libertad personal y afirmó:

“En el propio preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) ya encontramos una formulación que denota la importancia del derecho a la libertad personal del individuo: “considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienable de todos los miembros de



una familia humana". El propio texto reconoce la vinculación de la libertad con la DIGNIDAD del individuo, confiriéndole una relevancia específica y, por ello, fundamental." (Cámara, 2012, p.1)

La Declaración Universal de los DD.HH., estableció en su Artículo 3 el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Esta exposición se completa con lo contenido en los Artículos 1, 4 y 9, que establecen la prohibición de la esclavitud, la detención arbitraria y el destierro" (Declaración DDHH, citado por Cámara, 2012, p.1).

Así mismo, expresa la Declaración de DD.HH. en el Artículo 29.2 que en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

De tal manera que, "la regulación contenida en la D.U.D.H. constituye un mínimo común denominador cuyo incumplimiento puede generar la repulsa de los órganos internacionales enmarcados en las NACIONES UNIDAS" (Freixa Sanjuán, T., y Remotti, J.C, En Cámara, 2012, p.1).

Por tal razón, en consonancia con el Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP), el derecho a la libertad personal según Cámara (2012) puede ser limitado pero en este instrumento "se establecen una serie de condiciones elementales de procedimiento para realizar detenciones y privaciones de libertad legítimas, que serán las bases de todo



sistema procesal. En el art. 11 PIDCP se prohíbe la prisión por incumplimiento de una obligación contractual. Como herramienta de protección ante los atentados a la libertad personal, el Convenio Internacional contra la toma de rehenes de 17 de diciembre de 1979, declara en su art. 1º el contenido del delito de toma de rehenes y establece la obligación de legislar sobre esta materia a los Estados miembros (art. 5). Existe una estrecha conexión entre la vulneración del derecho a la libertad personal y el derecho a la INTEGRIDAD FISICA Y MORAL del individuo, hasta el punto de que una sola acción puede considerarse una violación de ambos derechos fundamentales (al respecto, vid. Convenio contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984). Al estar contenido en el PIDCP, la interpretación y protección del derecho a la libertad personal le corresponde al Comité de los Derechos Humanos, que dedica a esta cuestión su Observación General N° 8, y en relación a los derechos de las personas privadas de libertad, en su Observación General N°. 21. P." (p.1)

Al igual que la dignidad humana y la igualdad, la libertad tiene una naturaleza polivalente en el ordenamiento jurídico colombiano, pues se trata de manera simultánea de un valor, un principio y, a su vez, muchos de sus ámbitos específicos son reconocidos como derechos fundamentales plasmados en el texto constitucional (Corte Constitucional, Sentencia C-879, 2011)

La Constitución Política desde el Preámbulo incorporó la "*libertad*" individual como valor constitucional que debe ser asegurado por el Estado, dice la norma:



“El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente: (...)”

Posteriormente, en el Artículo 13 establece la libertad como derecho fundamental, al afirmar que *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades...”*

Además, el mismo texto constitucional consagra distintas modalidades de libertad, así: libre desarrollo de la personalidad (Art. 16), libertad de conciencia (Art. 18), libertad de cultos (Art. 19), libertad de expresión (Art. 20), libertad de circulación (Art. 24), libertad de escoger profesión u oficio (Art. 26), libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra (Art. 27), libertad personal (Art. 28), libertad de reunión y manifestación (Art. 37), libertad de asociación (Art. 38), libertad sindical (Art. 39), libertad política (Art. 40), libertad de conformar una familia y a escoger el número de hijos que desea tener (Art. 42), libertad de conciencia (Art. 18).

Estos derechos con carácter de fundamentales fueron incorporados constitucionalmente en los distintos Estados a medida que iban adquiriendo trascendencia política y social en el marco del



Estado Social de Derecho, todos catalogados como Derechos Humanos, los cuales se fundamentaban en principios universales como: la dignidad humana, la solidaridad, la igualdad y la legalidad, entre otros.

Para ello, una vez incorporados en los ordenamientos jurídicos, los Estados diseñaron una estructura compleja que logre garantizar a través de sus órganos y entidades, mediante la implementación y desarrollo de políticas públicas, programas y planes de desarrollo dirigidos a su reconocimiento y protección. Estos derechos han ido evolucionando de manera lenta, sin embargo su reconocimiento e interpretación se ha proyectado sobre la base de principios del derecho internacional como el *pro homine*<sup>32</sup>,

---

32 La Corte Constitucional se ha referido a él como: “El principio de interpretación <pro homine>, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional”. Éste es entonces un criterio de interpretación que se fundamenta en las obligaciones contenidas en los artículos 1º y 2º de la Constitución antes citados y en el artículo 93, según el cual los derechos y deberes contenidos en la Constitución se deben interpretar de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia. En lo que tiene que ver con los derechos, los mencionados criterios hermenéuticos se estipulan en el artículo 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, se debe afirmar que estos criterios configuran parámetro de constitucionalidad, pues impiden que de una norma se desprendan interpretaciones restrictivas de los derechos fundamentales. El principio *pro persona*, impone que “sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera [aquella] que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental” (Sentencia C-438 de 2013)



*pacta sunt servanda*<sup>33</sup>, proporcionalidad,<sup>34</sup> etc.

Como puede notarse, entre las distintas modalidades de libertad se encuentra la “libertad personal”, el cual es principio y derecho fundante del Estado Social de Derecho<sup>35</sup> cuya importancia se reconoce en diversas normas constitucionales, tal como se ha mencionado.

El derecho a la libertad personal comprende “la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios, como la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente” (Corte Constitucional, Sentencia C-176, 2007)

---

33 *La Corte Constitucional manifestó que tal principio constituye la base fundamental del derecho de los tratados y el funcionamiento pacífico de la comunidad internacional, pues no se puede concebir el derecho internacional sin la existencia de una norma que exija el obligatorio cumplimiento de los tratados. En este sentido indicó que los acuerdos internacionales no deben ser formalmente acatados, sino que deben cumplirse de buena fe, es decir con la voluntad de hacerlos efectivos. Finalmente, resaltó que el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte del Estado colombiano tiene sustento constitucional en el artículo 83 Superior, que establece la obligación de los particulares y de las autoridades públicas de ceñir sus actuaciones a los postulados de la buena fe. (ver ente otras las Sentencias C-400 de 1998, C-155 de 2007 y C-269 de 2014)*

34 *Busca por mantener el equilibrio en sus efectos para el reconocimiento de derechos*

35 *Al respecto la Corte Constitucional se ha pronunciado en las siguientes sentencias: C-301 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-578 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-634 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-237 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería y C-850 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería.*



## **b. El derecho a la libertad personal y su posibilidad de restricción**

El derecho a la libertad personal como lo sostiene la Corte Constitucional en Sentencia C-030 de 20003, no obstante ser reconocido como elemento básico y estructural del Estado de Derecho, no tiene un carácter absoluto e ilimitado, este no fue concebido como un derecho inmune a cualquier forma de restricción<sup>36</sup> por parte del Estado. Este derecho en algunas ocasiones exige su restricción por motivos de interés general, sin embargo, su limitación no puede ser arbitraria, irracional o caprichosa, para lo cual, la propia Constitución consagra una serie de garantías que fijan las condiciones en las cuales la limitación de este derecho puede llegar a darse.<sup>37</sup> Estas garantías están estructuradas en forma de reglas, encaminadas a delimitar de manera estricta la actividad del Estado frente a la libertad como derecho fundamental (Corte Constitucional, sentencias C-130 y C-1001, 2005).

El ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de proferir medidas restrictivas de la libertad personal, siempre y cuando

---

36 *Ver Sentencias Sentencias de la Corte Constitucional C-024 de 1994, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero; C- 578 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-327 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz; C-634 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-581 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería; C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-622 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-030 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis y C-330 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.*

37 *Tesis que se mantiene en las Sentencias de la Corte Constitucional C-730 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis y C-1001 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.*



obedezcan a mandatos legales previamente definidos.<sup>38</sup> La restricción del derecho a la libertad debe estar entonces, plenamente justificada en el cumplimiento de fines necesarios para la protección de derechos o bienes constitucionales y, además, ser notoriamente útil y manifiestamente indispensable para el logro de tales objetivos.

De otro lado, como lo indica la Corte Constitucional “se requiere que el efecto negativo sobre la libertad que se restringe, sea notablemente mitigado con el beneficio constitucional que se alcanza a raíz de su restricción impuesta. Todo lo anterior, por supuesto, siempre que no se afecte el núcleo esencial del citado derecho” (Corte Constitucional C-581, 2001).

Como se abordó en extenso en el Capítulo III de este trabajo, el Estado tiene el derecho de castigar o '*ius puniendi*', lo que se presenta como una facultad, frente a aquellos individuos que han vulnerado el orden jurídico afectando intereses, públicos o privados, legalmente protegidos.

Bien lo definió la Corte Suprema de Justicia, en sentencia antes citada, que “En cumplimiento de las finalidades que le han sido asignadas -entre las cuales se encuentran, según nuestra Constitución, la de realizar un orden político, económico y social justo, la de asegurar a los integrantes de la comunidad una pacífica convivencia y la de proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y

---

38 El artículo 6° de la Ley 599 de 2000, materializa el principio de legalidad por medio del cual se establece que “(...) nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.





libertades- el Estado goza del llamado "ius puniendi", en cuya virtud corresponde a sus autoridades imponer los castigos previstos en la ley a los miembros de la sociedad que infringen sus preceptos." (Corte Suprema de Justicia, ST62605, 2012)

La facultad sancionatoria se desarrolla, entre otras herramientas, como se ha explicado, mediante el Derecho Penal, constituido como la máxima expresión del poder sancionador del Estado, dirigido a la protección de los bienes jurídicos y la preservación de un orden social justo, cuyo ejercicio, como se advirtió en su momento, atiende al carácter de *ultima ratio*, en consideración a la necesidad de proteger la libertad personal, la dignidad humana y demás derechos reconocidos por el orden jurídico como inherentes a todos los individuos que componen una sociedad.

Esta facultad estatal se manifiesta en un conjunto de competencias radicadas en las diferentes ramas del Poder Público, entre las cuales se halla la '*investigación*' de los comportamientos determinados como punibles y el '*castigo*' por su comisión a quienes resulten responsables, esto en busca de la defensa, protección y garantía de bienes jurídicos y los derechos fundamentales de quienes resulten lesionados con el comportamiento punible. Sin embargo, esta facultad no puede ser ilimitada, deberá respetar el principio '*pro homine*' de los presuntos responsables y, una vez comprobados los hechos, el '*castigo*' impuesto deberá ser proporcional a los daños generados. Es por esta razón que se afirma que aún cuando el derecho penal constituya un medio de represión frente a los derechos y libertades de los individuos de una sociedad, su desarrollo debe limitarse por tres principios fundamentales que son: el principio de legalidad, la intervención mínima y el principio de culpabilidad. Es en este sentido que se imponen restricciones al '*ius puniendi*' en



virtud de la protección del derecho fundamental a la vida, la libertad, la honra, el sometimiento a tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otras, en especial debido a la posición de inferioridad que tiene el asociado frente al Estado.

En ese mismo sentido, como se citó en su oportunidad, Polaino Navarrete señala respecto al *ius puniendi* que “es la facultad o potestad del Estado de imponer sanciones jurídico penales – penas o medidas de seguridad– por la comisión de delitos, esto es, la competencia de hacer valer su cometido constitucional de órgano legitimado para solucionar los conflictos criminales desencadenados en la Sociedad, que conforme a su escala de valores reconoce y se identifica con un ordenamiento punitivo, cuya única legítima titularidad es la estatal en el modelo de Estado de Derecho”. (p. 51)

Durante siglos como lo indica Zaffaroni (2012, p. 29) el poder punitivo fue el principal mecanismo para el dominio de los pueblos y el castigo de quienes no compartían las ideas de los gobernantes. El aparato de la justicia era utilizado por la voluntad del monarca para sancionar cualquier tipo de desobediencia así: “Toda esta "arbitrariedad" que, en el antiguo régimen penal, permitía a los jueces modular la pena y a los príncipes ponerle fin eventualmente, toda esta arbitrariedad que los códigos modernos le han retirado al poder judicial, la vemos reconstituirse, progresivamente, del lado del poder que administra y controla el castigo” (Foucault, 2003, p. 227)

Sin embargo, surgieron voces que buscaban acallar los excesos y controlar el abuso de los poderosos mediante el establecimiento de unas garantías mínimas que limitarían la privación de la libertad de las personas como lo describía Beccaria en su texto “*De los Delitos y las*



*Penas*”, cuyos principales pilares se encuentran a lo largo de toda la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: (i) la exigencia de lesividad de los delitos (Artículo 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “La ley sólo puede prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad. Lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido. Nadie puede verse obligado a aquello que la ley no ordena”); (ii) el principio de legalidad (Artículo 7 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Ningún hombre puede ser acusado, arrestado y mantenido en confinamiento, excepto en los casos determinados por la ley, y de acuerdo con las formas por ésta prescritas. Todo aquél que promueva, solicite, ejecute o haga que sean ejecutadas órdenes arbitrarias, debe ser castigado, y todo ciudadano requerido o aprendido por virtud de la ley debe obedecer inmediatamente, y se hace culpable si ofrece resistencia); (iii) la necesidad de la pena (Artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “La ley no debe imponer otras penas que aquéllas que son estricta y evidentemente necesarias; y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la ofensa y legalmente aplicada”); y, (iv) la presunción de inocencia como principio (Artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “Todo hombre es considerado inocente hasta que ha sido declarado convicto. Si se estima que su arresto es indispensable, cualquier rigor mayor del indispensable para asegurar su persona ha de ser severamente reprimido por la ley”), los cuales aún se mantienen como garantías irrenunciables para cualquier Estado de Derecho.

En ese orden, los derechos humanos constituyen la expresión más elevada de los valores democráticos, tales como la igualdad, la



libertad, la vida, la honra, etc. Así lo ha expresado el doctrinante Carbonell: “De esta forma, la democracia de nuestros días asegura los iguales derechos de todas las personas y convierte en realidad el principio de la soberanía, el cual pasa de ser entendido como cualidad del estado o de la nación (la soberanía nacional, tal como había sido planteada desde el surgimiento del Estado moderno), a ser una expresión de los derechos fundamentales de todas las personas. El individuo es por tanto el verdadero soberano, como titular de los derechos de libertad, de igualdad y sociales que le permiten desarrollar una vida dotada de sentidos y significados elegidos por él mismo y por nadie más; una vida que esté ajena a actos arbitrarios provenientes de poderes públicos y privados, que sea desarrollada con plenitud y de forma consciente (...)” (Carbonell, 2015, p. 2015)

El Derecho Penal no surge como lo indica Ferrajoli, entonces, como una máquina de castigo, sino por el contrario, como un conjunto de garantías mínimas de los derechos dentro de las cuales se destacan: (i) la existencia de un delito para la aplicación de una pena (*nullapoena sine crimine*); (ii) el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*); (iii) el principio de necesidad (*nullalexpoenalis sine necessitate*); (iv) el principio de lesividad (*nullanecessitas sine iniuria*); (v) el Derecho Penal de acto (*nullainiuria sine actione*); (vi) el principio de culpabilidad (*nullaactio sine culpa*); (vii) el principio de jurisdiccionalidad (*nulla culpa sine iudicio*); (viii) el principio acusatorio (*nullumiudicium sine accusatione*); (ix) el debido proceso probatorio (*nullaaccusatio sine probatione*); y (x) el derecho a la defensa (*nullaprobatio sine defensione*) (Ferrajoli, 2004, 340 y 93).

La Constitución Política, entonces, fue diseñada para el amparo de estos principios, por ende, se consagró un sistema racional de



garantías jurídico-procesales de carácter penal que no solamente buscan proteger a la sociedad en general del delito, sino también a los sujetos investigados como autores de la venganza privada y de los abusos del poder punitivo del Estado, lo que constituyen el fundamento constitucional del derecho sancionatorio, en particular el penal.

El principio de legalidad<sup>39</sup>, derivado del Estado de Derecho<sup>40</sup>, marca el límite a la restricción de la libertad al afirmar que los

---

39 Ver Sentencias de la Corte Constitucional: C – 730 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis. En el mismo sentido: T-079 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-565 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-591 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-139 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-308 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-428 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-146 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-155 de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz; C-1339 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell; SU-1722 de 2000 MP(e): Jairo Charry Rivas; C-710 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-974 de 2001, M.P. Alvaro Tafur Galvis; C-312 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-433 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-1064 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-530 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-499 de 2003, M.P. Alvaro Tafur Galvis; C-431 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-1001 de 2005, M.P. Alvaro Tafur Galvis; T-284 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-649 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-072 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-433 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-864 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-897 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-391 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-117 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-040 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería; T-171 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-370 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis; T-1249 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-1198 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; C-801 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-200 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-936 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y C-442 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

40 MIR PUIG, Santiago: Bases Constitucionales del Derecho Penal, Iustel, Madrid, 71.



requisitos para su procedencia deberán ser fijados por la ley, ya que al ser la libertad personal un derecho fundamental la Constitución establece una estricta reserva legal.

En segundo lugar, se encuentra la exclusiva protección de bienes jurídicos, derivado del carácter social del Estado como lo sostiene Mir Puig, de acuerdo con el cual, el derecho penal está instituido exclusivamente para la protección de bienes jurídicos<sup>41</sup>, es decir, para la protección de valores esenciales de la sociedad (2001, p. 71).

La legalidad como principio inspira la necesidad de la intervención penal relacionada a su vez con su carácter subsidiario, fragmentario y de “última ratio” del Derecho Penal, también derivado del carácter social del Estado. Según ROXIN (1997, 89) de acuerdo al principio de subsidiariedad “se ha de recurrir primero y siempre a otros controles menos gravosos existentes dentro del sistema estatal antes de utilizar el penal”; según el principio de última ratio “el Estado sólo puede recurrir a él cuando hayan fallado todos los demás controles” y finalmente, en virtud del principio de fragmentariedad “el Derecho penal solamente puede aplicarse a los ataques más graves frente a los bienes jurídicos” (Bustos Ramírez, 1997, 65-66).

---

41 ROXIN, Claus: *Derecho penal, Parte general I* (traducción de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel Díaz y García Conlledo, y de Javier de Vicente Remesal), Madrid, Civitas, 1997, 52 y ss; SCHÜNEMANN, Bernd: *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*, en: HEFENDEHL, Ronald: *La teoría del bien jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 197 y ss; AGUADO CORREA, Teresa, *op. cit.*, 1999, p. 159.



El principio de culpabilidad, relacionado con el carácter democrático de Estado y derivado del Artículo 29 de la Constitución Política, tiene las siguientes consecuencias:

(i) El Derecho penal de acto, por el cual *“sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente”*<sup>42</sup> (Corte Constitucional C-239, 1997)

(ii) El principio según el cual no hay acción sin voluntad, que exige la configuración del elemento subjetivo del delito. De acuerdo al mismo, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción, sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer el resultado dañino.<sup>43</sup> (Corte Constitucional C-239, 1997)

(iii) El grado de culpabilidad es uno de los criterios básicos de imposición de la pena, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad. (Corte Constitucional C-239, 1997)

En virtud a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en materia penal se deben ponderar las finalidades de prevención y

---

42 En igual sentido: Sentencia C-179 de 1997, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-228 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

43 En el mismo sentido: C-616 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-928 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería



represión del delito con los derechos fundamentales de los procesados, como el derecho a la libertad y al debido proceso.<sup>44</sup>

Respecto a la finalidad preventiva del derecho penal, la privación de la libertad en un Estado Social de Derecho, la Corte Constitucional en sentencia C-144 de 1997 estableció que, este debe cumplir con ciertas finalidades constitucionales así:

(i) La prevención general negativa busca generar una impresión para que todos los ciudadanos no cometan delitos mediante la disuasión de futuros autores<sup>45</sup>, por lo cual, la pena “debe tener efectos disuasivos, ya que la ley penal pretende que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones” (Corte Constitucional, C-144, 1997).

---

44 AGUADO CORREA, Teresa: *El principio de proporcionalidad en materia penal*, Edersa, Madrid, 1999, 149 y ss.

45 BECCARIA, Cesare: *De los delitos y de las penas*, Alianza, Madrid, 1998, p. 31 y 32; FEUERBACH, Paula Johann Anselm: *Tratado de Derecho penal vigente en Alemania*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 61; ROXIN, Claus: *Derecho penal. Parte general*. Civitas, Madrid, 1997, p. 89. JESCHECK, Hans - Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Comares, Granada, 2002, 5; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*. Reppertor, Barcelona, 2011, p. 82; MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARAN, Mercedes: *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Banch, Valencia, 2007, p. 48; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *Retribución y prevención general*, B de F, Buenos Aires, 2006, 26.





“(ii) La prevención especial<sup>46</sup> negativa señala que la pena puede tener también como misión impedir que el delincuente cometa nuevos crímenes contra la sociedad.

(iii) La prevención general positiva admite que la finalidad de la pena es el reconocimiento de la norma con el objeto de restablecer la vigencia de la misma afectada por el delito.<sup>47</sup>

(iv) La prevención especial positiva señala, por su parte, que la función de la pena es la reintegración del individuo a la sociedad, también llamada resocialización (Roxin, 1997, 87), en virtud de la cual la sanción “debe buscar la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad, pues el objeto del derecho penal en un Estado social de derecho no es excluir al infractor del pacto social, sino buscar

---

46 Entre otros autores que desarrollan esta teoría se encuentran LISZT, Franz: *Tratado de Derecho penal*, T II, Reus, Madrid, 10; ROXIN, Claus: *Derecho penal. Parte general*. Civitas, Madrid, 1997, 85; JESCHECK, Hans – Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Comares, Granada, 2002, 5; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*. Reppertor, Barcelona, 2011, 84; MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARAN, Mercedes: *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 48.

47 En Sentencia de la Corte Constitucional C-806 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández se estableció que: “En cuanto a la prevención general, no puede entenderla solo desde el punto de vista intimidatorio, es decir, la amenaza de la pena para los delincuentes (prevención general negativa), sino que debe mirar también un aspecto estabilizador en cuanto la pena se presente como socialmente necesaria para mantener las estructuras fundamentales de una sociedad (prevención general positiva). Pero igualmente, no solo debe orientarse a defender a la comunidad de quien infrinja la norma, sino que ha de respetar la dignidad de éstos, no imponiendo penas como la tortura o la muerte, e intentar ofrecerles alternativas a su comportamiento desviado, ofreciéndoles posibilidades para su reinserción social”.



su reinserción en el mismo” (Corte Constitucional, Sentencia C-806, 2002)

En un Estado Social de Derecho, la retribución no constituye una finalidad de la ejecución de la pena sino un límite para la determinación de su modalidad y medida, aplicable en virtud del principio de culpabilidad según el cual *“la pena tampoco puede sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad”* (Roxin, 1997, 99).

Finalmente, se encuentra el bloque de constitucionalidad y otras normas constitucionales que deben ser tenidas en cuenta para la redacción de las normas penales, su interpretación y aplicación por parte de los operadores jurídicos.

Como puede notarse, la restricción a la libertad personal es una situación demasiado sensible para el Estado, lo que se refleja en la cantidad de garantía consagradas a favor de las personas que se hallan *sub judice* y que podrían ser objeto de la restricción al imponérseles una medida de aseguramiento de detención preventiva. Sin embargo, estas garantías son esenciales en el Estado Social de Derecho y, por ello, como lo sostiene Gracia Martín “no puede renunciarse a su aplicación para reforzar la seguridad cognitiva de la sociedad frente a individuos considerados peligrosos, pues ello desconoce profundamente la dignidad humana” (Portilla Contreras, 2004, p. 717), la presunción de inocencia y desarrolla un Derecho penal de autor prohibido por la Constitución.

Es así como el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) en su Título IV, consagra el Régimen de la Libertad y su Restricción, en su Capítulo I, Artículo 295, establece que la restricción de la libertad



ha de ser una medida excepcional, necesaria, proporcional y razonable, dice la norma:

“Artículo 295. Afirmación de la libertad. Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.”

Ahora bien, el mismo estatuto procesal penal consagra la función o finalidad que debe cumplir la restricción de la libertad en el proceso penal, como medida de aseguramiento:

“Artículo 296. Finalidad de la restricción de la libertad. La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena.”

En la doctrina, a título de ejemplo, Londoño Jiménez, entre otros, plantea “La libertad individual de toda persona sometida a un proceso penal, debe mantenerse al máximo, respetarse en grado sumo, protegerse por parte de los funcionarios que en un momento dado puedan restringirla. Por eso podemos afirmar que si bien es cierto que el código de procedimiento penal es un instrumento jurídico que traza pautas para el esclarecimiento del hecho punible -la individualización de su autor, autores y partícipes, la determinación de la respectiva responsabilidad penal-, también es cierto que debe considerársele como un vigoroso estatuto legal



protector de las libertades individuales, escudo de la seguridad personal y fuente de muchos y muy sagrados derechos del hombre que es sometido a un proceso penal” (1982, p. 39)

Según lo ordenado por el citado estatuto procesal cualquier estudio sobre la libertad personal de un individuo vinculado al proceso penal como procesado debe tener como punto de partida los mandatos constitucionales que privilegian la libertad personal. Desde la Constitución Política de 1991, conceptualmente sobresale el triple carácter de la libertad en el ordenamiento jurídico al ser entendida como valor, principio y derecho.<sup>48</sup>

En las citadas disposiciones se establece un imperativo: *“Toda persona es libre...”*. Lo anterior lleva un mensaje claro al derecho penal: *“Detener a una persona es un acto de notable preocupación constitucional, pues comporta la afectación de un valor que ha de ser defendido y buscado por las autoridades, de un principio que debe mantenerse en el Estado Social de Derecho y de un derecho fundamental de aplicación inmediata.”*

Además, al lado de las normas constitucionales citadas, el llamado Bloque de Constitucionalidad contribuye a satisfacer cualquier aspecto que pueda ser considerado como insuficiente para justificar o argumentar la primacía de la libertad personal, acudiendo a los tratados de Derechos Humanos suscritos por Colombia y el desarrollo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha

---

48 *Tras este trípode existe todo un desarrollo jurisprudencial, que confluye en la sentencia C-879 de 2011. Para Bernal y MonteAlegre el principio de libertad tiene la doble connotación de principio y de derecho: El proceso penal, cit*



dado a los mismos, lo que es hoy una fuente formal del orden jurídico interno.<sup>49</sup>

En consecuencia, la restricción de la libertad a través de la captura o la detención preventiva –mediante una medida de aseguramiento– es considerada admisible, pues el objeto de tales medidas es “asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad.” (Corte Constitucional, Sentencia C-774, 2001)

En el medio existen posturas que consideran inadmisibles constitucionalmente el aseguramiento preventivo por privación de la libertad, como en el caso de Camilo Sampedro Arrubla, quien considera que “la detención no resiste un análisis serio frente al principio constitucional de presunción de inocencia” (2012, p. 292-296)

Ahora bien, queda claro que la libertad personal no es un derecho absoluto, que el Estado tiene la facultad de restringir o limitarlo en torno a un proceso penal, cuando sea necesario para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena impuesta una vez se desvirtúa la

---

49 Entre otros, sobresalen como instrumentos internacionales: la Convención Interamericana de Derechos Humanos, conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”, Ley 16 de 1972; y, el Pacto Internacional de Derechos Civiles, Ley 74 de 1968. Otro referente se encuentra en las conocidas como “Reglas de Mallorca”, que son en esencia principios mínimos para la Administración de Justicia Penal, desarrolladas por la Organización de las Naciones Unidas.



presunción de inocencia. Por ello, se establece un principio general con carácter vinculante que consiste en que al interior del proceso penal no podrá haber privación de la libertad que no sea fundada en el análisis de la necesidad de la comparecencia de la persona al juicio, sin el examen de la posibilidad de que ésta altere la prueba, o sin un estudio a fondo que permita inferir que ella puede llegar a repetir comportamientos que afecten a la sociedad o ponga a las víctimas en un peligro mayor.

En el mismo sentido lo expresa la Corte Suprema de Justicia al afirmar que “las medidas de aseguramiento corresponde a instrumentos procesales aplicables en el curso el tramite cuando se infiere razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva investigada, siempre y cuando sean necesarias para evitar que obstruya el debido proceso de la justicia, constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima o resulte probable que no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia” (Corte Suprema de Justicia, SP14361, 2017)

Por tal razón, sigue diciendo la Corte en la precitada sentencia que “en virtud de la necesidad las medidas sólo pueden imponerse si concurre algunos de los fines que las justifican como son los de asegurar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad con énfasis en las víctimas. En razón de la gradualidad el juez debe elegir, entre el abanico de posibilidades que le suministra la ley, aquella que resulte más adecuada a los fines de la medida, atendidas las circunstancias personales, laborales, familiares y sociales que rodean a su destinatario, así como las particularidades del caso”.



Del fundamento constitucional y legal indicado, se tiene que la principal limitante de la injerencia procesal penal en la libertad personal se encuentra en el sistema de derechos humanos antes mencionado, lo que a su vez constituye el reflejo de la ideología garantista del Estado en cuanto a la protección de los derechos. Argumento que lleva a pensar que existe una relación directa entre la regulación de la detención preventiva y el grado de democracia existente en un Estado (Sanguine Odone, 2003, 1987, p. 26).

Resulta necesario resaltar que “la injerencia de las medidas cautelares se da en diversos ámbitos, uno de ellos es el espacio de libertad personal, que se ve afectado por las órdenes de conducción coactiva, detención, prisión preventiva, encarcelamiento para la realización del juicio oral, internación en hospital psiquiátrico para examinar el estado de salud mental, registro de la persona, realización de radiografías y privación provisional del permiso de conducir situaciones que observamos constantemente en la práctica cotidiana del desempeño de nuestra labor” (Plascencia Villanueva, 2010, p. 29)

Roxin señala que “entre las medidas que aseguran el procedimiento, la prisión preventiva es la injerencia más grave en la libertad individual; por otra parte, ella es indispensable en algunos casos para una Administración de Justicia Penal eficiente”, Gimeno Sendra, Moreno Catena y Cortés Domínguez, advierten también, en un igual sentido, que “si el juicio oral pudiera realizarse el mismo día de la incoación del procedimiento penal [...] no sería necesario disponer a lo largo del procedimiento medida cautelar alguna” (1999, p. 257)



Como se ha sostenido, el Estado tiene no solo la facultad sino el deber de investigar y sancionar los comportamientos punibles, porque "...sin la sanción de los comportamientos delictivos, la convivencia humana sería imposible" (Fernández, 1994, p. 88); además, "el Derecho Penal constituye la máxima expresión del poder sancionatorio del Estado, que se dirige a la protección de los bienes jurídicos y a la preservación de un orden social justo, cuya aplicación, como ya dijimos, atiende al carácter de ultima ratio, en atención a la necesidad de privilegiar la libertad personal, la dignidad humana y demás derechos e intereses ius fundamentales reconocidos por el Derecho Internacional como inherentes a todas las personas." (Escobar Gil, 2011, p. 41).

En ese mismo sentido, ha señalado Torres Herrera que "el Derecho Penal es un mecanismo de control social que tiene por finalidad evitar comportamientos indeseables respecto de expectativas sociales indispensables para la convivencia (delitos). A través de él, y mediante la amenaza del castigo ("la pena"), se intenta que los miembros del grupo social respeten unas normas básicas de conducta y unos valores elementales para la convivencia." (2019, p. 23). No obstante, a pesar de la potestad y necesidad Estatal y social de investigar, sancionar y prevenir el delito, esta función no puede ejercerse de manera ilimitada, sin consideración al deber y obligación de proteger a cada uno de los asociados en sus bienes, vida, honra, intimidad, y demás bienes jurídicos legal, constitucional y convencionalmente protegidos.

Estas medidas deben ser decretadas por una autoridad judicial, en el desarrollo de un proceso con plenas garantías, y un carácter eminentemente provisional o temporal, con el fin de que no se conviertan en una sanción anticipada.





**c. Las medidas de aseguramiento. El Ius Puniendi-frente al Ius Necessitatis.**

La legislación procesal penal consagra varias clases de Medidas de Aseguramiento que pueden ser impuestas a las personas que se hallan vinculadas al proceso penal –sub iudice-, las cuales agrupa en dos bloques: i) las privativas de la libertad; y, ii) las No privativas de la libertad.<sup>50</sup>

La citada norma, además, establece que el juez podrá imponer una o varias de estas medidas de aseguramiento, conjunta o

---

50 **ARTÍCULO 307. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO.** Son medidas de aseguramiento:

**A. Privativas de la libertad:**

1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión.
2. Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento;

**B. No privativas de la libertad:**

1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.
2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada.
3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe.
4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho.
5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.
6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.
7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.
8. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda\* o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.
9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.”



indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento.

Por su parte, amén de las modalidades de medidas consagradas, el Parágrafo 2 del artículo citado establece que esas “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”, esto es, evitar por parte del procesado la obstrucción de la justicia, o para asegurar su comparecencia al proceso, proteger la comunidad y las víctimas, o para el cumplimiento de la pena impuesta.

El Artículo 308 *ibídem* consagra las causales de procedencia de todas las medidas de aseguramiento en general -privativas y no privativas de libertad-, además esta disposición reitera los fines constitucionales y legales que debe buscar las medidas de aseguramiento. La norma citada establece que el Juez de Control de Garantías, a petición del Fiscal General o su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de la información legalmente obtenida, de la evidencia física recogida y asegurada, y de los elementos materiales probatorios, se pueda inferir razonablemente que el procesado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga.

La medida de aseguramiento deberá decretarse cuando se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya la actividad de la Administración de Justicia; cuando aquél constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; y, cuando resulte probable que el procesado no comparecerá al proceso o que



no cumplirá la sentencia. Sin embargo, el Parágrafo del artículo en mención, tal como fue adicionado por el Artículo 2 de la Ley 1760 de 2015, prevé que la calificación jurídica provisional del delito no será, en sí misma, determinante para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia, es decir, no existe presunción de las causas, estas deben probarse para poder ser decretadas por le juez.

El Artículo 310, por su parte, exige que para estimar si la libertad del procesado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible, se deberá valorar otros aspectos como: la continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales; el número de delitos imputados y su naturaleza; el hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional; la existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional; la utilización de armas de fuego o armas blancas, entre otros.

Como puede notarse, el legislador diseñó unas medidas de aseguramiento con características definidas y criterios orientadores específicos y claros, de tal manera que las restricciones y afectaciones a la libertad, basadas en los criterios de necesidad establecidos en la ley, son un desarrollo constitucional. Entonces, el legislador previó que los fines de todas las medidas de aseguramiento, en mayor o menor medida, son asegurar la comparecencia de los procesados, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.



De la misma manera, sólo se le permite al juez imponer medidas de aseguramiento que impliquen la privación de libertad si se demuestra que las demás resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de sus fines. Además, se insiste en que, el legislador reitera la insuficiencia de la calificación jurídica provisional del delito para concluir el posible riesgo de obstrucción a la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia.

Como puede apreciarse, el ordenamiento jurídico hace una categórica afirmación de la libertad y ordena que las reglas que permitan la restricción de este derecho deban ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, proporcional y razonable. La ley consagró criterios para determinar la causal de “*peligro para la sociedad*”, con el objeto de disminuir la discrecionalidad del juez y proporcionando un mayor nivel de seguridad y certeza a la hora de su aplicación.

Como resumen, la Corte Constitucional afirmó: “(i) la estructura de las medidas de aseguramiento prevista en la Ley 906 de 2004, en términos generales, resulta ajustada a las garantías constitucionales. (ii) El legislador incorpora a través de varias disposiciones los mismos fines de las medidas de aseguramiento previstos en la Carta, es decir, la garantía de comparecencia de los imputados, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas, y prevé elementos adicionales para hacer unívoca su interpretación. (iii) Así mismo, establece un esquema de medidas de aseguramiento privativas de libertad, limitativas de la libertad e impositivas de otras obligaciones, todas con el fin de alcanzar los fines constitucionales citados. (iv) Debido a esta



estructura, el esquema de medidas de aseguramiento es típicamente gradual, diferenciado y proporcionado en torno a las afectaciones a los derechos del investigado, en relación con dichos objetivos. (v) El legislador establece un mandato general de afirmación de la libertad y de su restricción únicamente en condiciones excepcionales, necesarias, adecuadas, proporcionales y razonables. (vi) La regulación procesal penal, además, fija reglas específicas sobre la procedibilidad de la medida de aseguramiento de detención preventiva bajo un estricto criterio de necesidad probada. (vii) En caso de no concurrir este requisito, el juez solo está habilitado para decretar medidas no privativas de la libertad. (viii) Por último, con arreglo al principio de proporcionalidad, la calificación jurídica provisional del delito no es suficiente para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia, pues siempre se requiere la necesidad de la medida en relación con dichos fines". (Sentencia C-469, 2016)

Cumplidas las garantías y presupuestos procesales para el decreto de la medida de aseguramiento, en particular la *"detención preventiva en establecimiento de reclusión"*, podrían presentarse dos eventos distintos:

1. Que se lleve a cabo, efectivamente, la detención intramural del procesado; y,
2. Que el procesado evada la orden y se fugue, haciendo imposible su captura y, por ende, el cumplimiento de la orden judicial.



Ahora bien, ¿qué sucede si una vez terminado el juicio, en ambos supuestos, el procesado resulta absuelto por la causa que se le investigaba?

La resolución al interrogante precedente, da lugar a la producción teórica del “*inmercimiento*”, como se expondrá a continuación. *Inmerezimiento* que se da en la justificación de la “*acción de prófugo*”, pues, la libertad y las condiciones de existencia priman sobre el deber de asistir a juicios. En este aspecto es relevante concebir que la persona que no hace presencia en el juicio no vulnera ningún bien jurídico tutelable, o, lo que es lo mismo, su accionar no afecta gravemente los valores supremos del sistema jurídico-Estatal. Su no asistencia, o lo que se denomina su “*acción de prófugo*”, desconoce el deber de presencia, deber, que sea dicho en estos momentos, puede ser sacrificado legítimamente, por la salvaguarda de un interés superior, en este caso la libertad y la integridad personal. Es esta consideración relevante para identificar el adjetivo jurídico de “*inmerezimiento*”. En pocas palabras, se estaría sacrificando un “*deber jurídico*” –el acatar la orden judicial- por la protección de uno o más “*bienes jurídicos*” –la libertad personal, la vida digna o la integridad personal-.

El primer supuesto no reviste mayor dificultad, de hecho ha sido tratado varias décadas bajo el título de “*Privación Injusta de la Libertad*”, reconociéndole a la víctima de la aprehensión el derecho a una indemnización por los perjuicios padecidos a causa de su encierro, siendo inocente de los hechos por los que le señalaban.

Sin embargo, el hecho previsto en el segundo supuesto, esto es, el procesado que se dio a la fuga –ejerció su “*acción de prófugo*”- y terminó absuelto, es esencial para el desarrollo del presente trabajo,



toda vez que se pretenderá crear un argumento que justifique su comportamiento y, además, el deber del Estado de indemnizarle al haber sido declarado inocente en el proceso penal que dio origen a su orden de detención preventiva, y su ocultamiento o fuga haya generado perjuicios a él o su familia. Para ello habrá que estudiar el estado actual del Sistema Carcelario, los deberes del Estado como garante de los derechos y libertades, así como protector de las personas privadas de su libertad, el concepto de Estado fallido direccionado al Estado prisión y, ente otros temas, la necesidad de auto tutela personal o *ius necessitatis* frente a una agresión real e injusta.

**d. El Estado Prisión, una noción de Estado fallido dentro del marco del Realismo Jurídico.**

Como lo señaló el premio Nobel Nelson Mandela, quien pasó 27 años de su vida en la cárcel: *“Se dice que no se conoce un país realmente hasta que se está en sus cárceles. No se debe juzgar a una nación por cómo trata a sus ciudadanos más destacados, sino a los más desfavorecidos”*.

La condición en que se encuentran los sistemas carcelarios en América Latina ha constituido uno de los objetos de estudio a nivel regional. Organismos internacionales, como el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), quien en sus últimos informes, reseñó las graves deficiencias de los sistemas penitenciarios de toda la región, especialmente en lo que refiere a las condiciones materiales de infraestructura de las prisiones y al hacinamiento carcelario, así como las consecuencias sobre la integridad de los internos.



La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2011, p. 174) también se ha pronunciado reiteradamente sobre los problemas carcelarios y los efectos que esta situación tiene sobre los reclusos, como un terreno fértil para las fricciones constantes entre ellos, con el personal penitenciario y el incremento de los niveles de violencia en las cárceles. El exceso de población alojada por encima de la capacidad real de los centros no permite que las condiciones de salubridad, sanitarias, y de higiene se condigan con el principio de dignidad humana proclamado en los textos jurídicos, impide el acceso a las – generalmente escasas – oportunidades de estudio y trabajo, constituyendo una verdadera barrera para el cumplimiento de los fines de la pena privativa de libertad y constituye, además, un factor de riesgo de incendios y otras situaciones de emergencia (RELAPT, 2016). También concluyó que casi la mitad de la población penitenciaria en los países de América Latina se encuentra en prisión preventiva, congestionando los espacios carcelarios y su uso extendido es de los mayores problemas con los que se enfrenta el continente en materia penal, recordó que: “Las personas en prisión preventiva sufren grandes tensiones personales como resultado de la pérdida de ingresos y de la separación forzada de su familia y comunidad; además, padecen el impacto psicológico y emocional del hecho mismo de estar privados de libertad sin haber sido condenados, y por lo general son expuestos al entorno de violencia, corrupción, insalubridad y condiciones inhumanas presentes en las cárceles de la región” (CIDH, 2013)

Diversas investigaciones han evidenciado que la política penitenciaria no solo está influenciada por discusiones políticas, sino también por el impacto de discusiones mediáticas, lo que se conoce





como Populismo Punitivo<sup>51</sup>. Igualmente, el gobierno de la penalidad<sup>52</sup> está claramente vinculado al gobierno de otras facetas de la vida pública y el populismo punitivo<sup>53</sup> se ha convertido en un instrumento eficaz en las contiendas electorales y en el mantenimiento y reproducción del poder (Calveiro, 2014). La alta tendencia al encarcelamiento de los últimos tiempos está fundamentada en la implementación de políticas públicas represivas y discursos que plantean la privación de la libertad como respuesta a la necesidad de seguridad ciudadana, ampliando la gama de conductas consideradas delitos, la aplicación de las penas, la ligereza en el decreto de medidas de aseguramiento y la mora judicial.

Resulta de vital importancia para el desarrollo del presente trabajo recordar el estado en que se encuentra el Sistema Penitenciario y Carcelario de Colombia, el cual no está permeado al problema latinoamericano, toda vez que es éste el encargado de recibir a las personas que han sido privadas de la libertad por parte del Estado,

---

51 *La literatura académica* (Bottoms, A. (1995), «The philosophy and politics of punishment and sentencing», en C. M. V. Clarkson y R. Morgan (eds.), *The Politics of Sentencing Reform*, Clarendon Press, Oxford; Roberts, J. V. et al. (2003), *Penal Populism and Public Opinion. Lessons for five countries*, Oxford University Press, Nueva York; Pratt, J. (2007), *Penal Populism*, Routledge, Londres) parece haber identificado que el Populismo Punitivo tiene tres componentes en su narrativa ideológica: i) la transformación del papel de la cárcel como represora, ii) la importancia de la opinión de las víctimas y, iii) la politización y uso electoral del tema de la inseguridad.

52 Pavarini, Massimo (2006): *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires, Ad Hoc.

53 Sobre el concepto de populismo punitivo, además de lo enunciado en cita anterior, también puede consultarse la obra del mismo nombre publicada por el Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, en “*Quaderns de Barcelona, Ciutadania i Drets*”, Barcelona, 2005.



sea a causa del decreto de una medida de aseguramiento –estando *sub judice* e incolme su presunción de inocencia- o la imposición de una pena para el sujeto que resulta condenado en un proceso –ya desvirtuada su presunción de inocencia-.

La evolución carcelaria, se remonta desde el Siglo XV, época de los aborígenes, comunidades desarrolladas como los Chibchas mostraban una legislación de gran influencia moral para su época. Pena de muerte al homicida, vergüenza pública al cobarde, tortura al ladrón, etc; no fue frecuente la privación de libertad y su aplicación no tuvo como criterio el castigo (INPEC)

En la época de la conquista, se impusieron las leyes del conquistador: delitos, guarda de presos, tormentos, penas y perdones. El Establecimiento de Reclusión se considera como un sitio previo a la ejecución o un castigo para la población española o criolla. El nativo no disponía de libertad por su carácter de vasallo.

En la época de la colonia se aplicó la confiscación, multa y prisión así como medidas eclesiásticas relacionadas con abjuración, represión, suspensión de órdenes y las penitencias.

Para el cumplimiento de las penas se utilizaron las famosas mazmorras, presidios de Cartagena y Tunja; las cárceles de la Real Cárcel, la Cárcel del Divorcio, la de Zipaquirá y la de Santafé (donde hoy funciona el Colegio de Nuestra Señora del Rosario), entre otras.

En la época de la Independencia con el objeto de contribuir al Estado-Nación se importan modelos penitenciarios franceses y españoles. El estatuto político del territorio colombiano contempló la abolición de la tortura, se autorizó a coartar la libertad del ciudadano



y se prohibió el ingreso a la cárcel de quien no fuera legalmente conducido a ella.

En 1890 se crea la primera cárcel de mujeres, establecida por las religiosas del buen pastor. Para 1914 se expide la Ley 35 que crea la Dirección General de Prisiones; reglamentándose como entidad adscrita al Ministerio de Gobierno. En 1934 se expide el primer Código Penitenciario colombiano.

En la década de 1940 se genera el auge de construcciones penitenciarias: Penitenciaría nacional La Picota, Palmira y Popayán; y, para ese mismo periodo se reestructura la Dirección General de Establecimientos de Detención, Penas y Medidas de Seguridad adscrito al Ministerio de Justicia, que para el año 1960 paso a ser la División de Penas y Medidas de Seguridad.

En 1992 mediante el Decreto No. 2160, se fusiona la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia con el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia y se crea el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC.

La Ley 65 de 1993 en su Artículo 15 determina la integración del Sistema Nacional Penitenciario y la naturaleza jurídica del INPEC, así: "El Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario está integrado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, como establecimiento público adscrito al "Ministerio de Justicia y del Derecho" con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa; por todos los centros de reclusión que funcionan en el país, por la Escuela Penitenciaria Nacional y por los demás organismos adscritos o vinculados al cumplimiento de sus fines."



Como puede notarse, el Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario de Colombia desde su origen ha estado adscrito a la Rama Ejecutiva del Poder Público, en consideración a ello, es tarea de la Administración Pública, y no de la Administración de Justicia, la custodia y cuidado personal de los reclusos en los centros penitenciarios.

En gran parte de América Latina las prisiones comparten problemas y necesidades que suelen resumirse, en una fórmula jurídica más, con el rótulo de graves violaciones a los derechos humanos. La situación se ha salido de las manos de los gobiernos (Carranza, 2009) o, más bien, nunca ha estado en ellas. Así, desde sus orígenes, las prisiones de nuestro continente acusan “falencias estructurales” (Aguirre, 2009, p. 209; Márquez-Estrada, 2013, p. 110) que, lejos de motivar soluciones concretas, parecen operar, más bien, como argumentos retóricos de carácter justificativo.

El estado actual del Sistema Penitenciario y Carcelario de Colombia ha provocado que la Corte Constitucional mediante varias providencias declare el “*estado de cosas inconstitucional*”, al verificar la vulneración sistemática, masiva, intensa e insoportable de los derechos fundamentales de las personas que se hallan reclusas –privadas de su libertad– en los centros carcelarios, sin que se avizore una solución a mediano o largo plazo.

El “*estado de cosas inconstitucional*” se define como un mecanismo jurídico mediante el cual los jueces constitucionales, luego de constatarlo, declaran que un conjunto de hechos, acciones u omisiones resultan manifiestamente contrarios a la Constitución Política, por violación directa a los derechos fundamentales. Estas situaciones pueden provenir de una autoridad pública específica o



de un problema estructural que no solo compromete la responsabilidad de una autoridad sino que incluye la organización y el funcionamiento del Estado, para lo cual requieren a las autoridades competentes, para que en ejercicio de sus competencias, adopten las medidas necesarias para conjurar o superar los hechos catalogados como inconstitucionales.

La Corte Constitucional profirió la Sentencia T-025, mediante la cual declaró la existencia de un “*estado de cosas inconstitucional*”, debido a la vulneración sistemática y masiva (de derechos), producto del incumplimiento estatal en su obligación constitucional de garantizar los derechos de las personas víctimas de desplazamiento forzado a causa del conflicto armado interno, en este fallo enumeró los factores que se deben tener en cuenta para determinar su existencia, así:

“(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) (SIC) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas



afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.” (2004)

Estos elementos, pueden ser resumidos en dos factores principales que son denominados por Rodríguez Garavito, como *condiciones de proceso* (fallas estructurales de las políticas públicas en el país) y *condiciones de resultado* (violación masiva y sistematizada de los derechos fundamentales de un número indeterminado de personas) (2009, p. 15)

En la Sentencia T-1030 de 2003 la Corte señaló como origen de esta figura la jurisprudencia Norte Americana, y afirmó: “Al respecto cabe señalar que la figura del *estado de cosas inconstitucional* parte de buscar una protección objetiva de los derechos fundamentales. En el derecho comparado, hunde sus raíces en una aguda controversia doctrinal y jurisprudencial que surgió, desde finales de los años cincuenta en los Estados Unidos, entre los defensores de la “*political question doctrine*” y aquellos partidarios de los “*structural remedies*”. (T-1030, 2003, p. 17)

La “*political question doctrine*” afirmaba que al poder judicial no le está permitido intervenir en aquellos asuntos de competencia exclusiva de las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público, deben ciñirse estrictamente al principio de “*check and balance*” -separación de poderes-. Por otro lado, los defensores de los derechos fundamentales desde una dimensión objetiva crearon y desarrollaron los “*structural remedies*”, que tienen como antecedente jurisprudencial el caso “*Brown II*”, en el cual, se ordenó el desmantelamiento del sistema educativo racista que dividía a las escuelas de blancos y negros en los Estados Unidos. Esta sentencia



fue seguida de muchas más como las dictadas en los casos *Swann vs Charlotte- Mecklenburg, Board of Education* y *Pitts vs Cherry*. Estos fallos generaron que se sumaran a los mecanismos procesales de defensa clásicos de los derechos fundamentales otros mecanismos los cuales dieron un papel más protagónico a los jueces para procurar la defensa de los derechos fundamentales frente a la desidia de la Administración.

Ahora bien, regresando a Colombia, y para dimensionar la magnitud que representa, el “*estado de cosas inconstitucional*” en que se encuentra el Sistema Penitenciario y Carcelario, debe tenerse en cuenta que éste ha sido declarado en varias oportunidades: en las sentencias T-153 de 1998, T-388 de 2013, T-762 de 2015 y T-267 de 2018.

Si bien es cierto que existe una serie de factores de orden social y político que no son de fácil identificación y atención por parte del Estado en el problema carcelario, es clara la responsabilidad de éste de garantizar plenamente los derechos que no se ven limitados o suspendidos con la sanción de privación de la libertad, a través de la creación de un régimen diferenciado de derechos, por la sujeción especial en que se encuentran las personas que se hallan privadas de su libertad (Observatorio de política Criminal, 2016)

Como puede notarse, no es una excepción la situación crítica de las prisiones. En 1997, el INPEC (INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO) narra la evolución del Sistema Penitenciario y Carcelario, en relación con la ocupación, en cuatro etapas durante el Siglo XX: la época del asentamiento (1938-1956), la época del desborde (1957-1975), la época del reposo (1976-1994) y la época de la alarma (desde 1995). (1997)



Mediante la sentencia T-388 de 2013, la Corte Constitucional estableció que en el Sistema Penitenciario y Carcelario de Colombia existe un estado de cosas contrario al orden constitucional, caracterizado por una reiterada y sistemática vulneración de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad en la que tienen injerencia diversas autoridades. En esta providencia se acumulan para su revisión nueve procesos de tutela de internos de seis establecimientos del país (EPAMSCAS Popayán (San Isidro), EPMSC Barrancabermeja, EC Bogotá (Cárcel Nacional Modelo), EPAMSCAS Valledupar (La Tramacúa), COCUC Cúcuta y EPMSC Medellín (Bellavista)), quienes en términos generales solicitan la protección de sus derechos fundamentales, y en algunos casos, que la Corte haga seguimiento al cumplimiento de la sentencia T-153 de 1998, que ya había declarado el “estado de cosas inconstitucional”, además solicitaron como ultima instancia que se cierren los establecimientos carcelarios o que se declare la libertad por ser las condiciones de reclusión contrarias a la dignidad humana que se predica en un Estado Social de Derecho.

Posteriormente, a través de la sentencia T-762 de 2015 se reiteró la existencia de un “estado de cosas inconstitucional” en el Sistema Penitenciario y Carcelario, al analizar 17 establecimientos del país (más del 10% del total), de los cuales dos habían sido integrados en la sentencia T-388 de 2013 (La Modelo de Bogotá y Cúcuta), y uno (nuevamente La Modelo) había sido, junto con Bellavista, objeto de análisis a través de la sentencia T-153 de 1998. Las órdenes de carácter general proferidas en esta decisión, si bien son complementarias a las establecidas en la sentencia T-388 de 2013, introducen aspectos muy relevantes: i) dotar a la política de fundamentos empíricos a través de la creación de un sistema de información único de la política criminal; ii) definir y defender el estándar mínimo constitucional, no





sólo en la garantía de derechos de las personas que se encuentran privadas de su libertad, sino también en la fase de criminalización primaria, de tal manera que se imponen límites a la libertad de configuración en materia de política criminal del legislador, y que se extienden al Gobierno Nacional y a la Fiscalía General de la Nación; iii) en este mismo sentido, fortalecer institucional y financieramente al Consejo Superior de Política Criminal; iv) modificar el sistema de penas, incluir medidas alternativas, diseñar un plan integral y más robusto de resocialización; y v) finalmente, un avance importante, formular una política de concientización ciudadana (Observatorio de política criminal, *Sf*, p. 8)

Resulta, entonces, evidente que el estado en que se encuentra el Sistema Nacional Penitenciario en Colombia es 'dantesco' o 'infernalo' y que se convierte en un castigo adicional para el recluso, muy distinto al que impuso la Rama Judicial a través de una sentencia condenatoria.

En la citada sentencia T-388 de 2013, puede leerse lo narrado por la Corte Constitucional y, según ella, constatado por la propia Procuraduría General de la Nación, respecto al estado en que se hallan las personas que son privadas de su libertad en Colombia, así:

“En las condiciones de hacinamiento y deterioro de la infraestructura penitenciaria y carcelaria, así como de los servicios que se presentan en cada establecimiento, la posibilidad de que se den tratos crueles, inhumanos e indignos aumenta notoriamente.

La deshumanización de las personas en los actuales contextos carcelarios es evidente. Las condiciones en que son mantenidas



las personas privadas de la libertad, por ejemplo, suelen ser relacionadas con las condiciones en que existen algunos de los animales relegados en nuestra sociedad a los lugares de suciedad. Por ejemplo, las personas que son sancionadas dentro de los establecimientos de reclusión, en ocasiones, son sometidas a condiciones inhumanas e indignantes”

“Así lo constató la Procuraduría en la Cárcel de Medellín, tal como fue reportado por la Prensa: “En Bellavista se pudo observar que estas celdas tienen una proporción de 2 metros de ancho por 8 de largo denominada el 'rastrillo', sin unidad sanitaria ni ducha, ni colchones. Allí encierran a los reclusos que son castigados por convivencia, y que al pasar a esta celda pierden todas sus pertenencias; ropa, colchones, y cualquier otro bien que pudieran poseer. Para el 11 de diciembre se encontraban 15 reclusos quienes manifestaron estar allí desde hace un mes sin recibir sol y hacer sus necesidades fisiológicas en un tarro; sólo los sacan a las duchas en horas de la tarde cuando todo el personal se encuentra encerrado en los pasillos. Su palidez es evidente.

El deterioro de los establecimientos carcelarios y penitenciarios es uno de los problemas estructurales que, sumado al hacinamiento, generan patéticas condiciones de existencia, a las cuales son sometidas las personas reclusas en prisión.”

Y, más adelante, en la sentencia que viene siendo citada, puede leerse:

“A la violencia en el encierro en la región, se suma la violación grave y sistemática del derecho a la salud. El estado de salud



personal, que de por sí se ve amenazado por la reclusión, está expuesto a graves riesgos cuando, además, existen condiciones insalubres, sin higiene y con la posibilidad de sufrir agresiones a la integridad física y mental.<sup>54</sup>

La falta de protección a grupos especiales de la población como las mujeres, los hijos de mujeres en prisión o las personas extranjeras, también son un mal que afecta a la región latinoamericana. Los derechos de estos grupos diferenciales suelen ser desatendidos ante la falta de recursos y la incapacidad de atender, al menos, al grueso de la población. Las situaciones descritas a nivel regional guardan clara relación con los hechos que ocurren en varias cárceles de Colombia.”

(...)

“Las cárceles y penitenciarias están en un estado de cosas, que se han convertido en vertederos o depósitos de seres humanos, antes que instituciones respetuosas de la dignidad, de los

---

54 *Efectivamente, existen muchas personas presas que ingresan sanas y contraen muy diversas enfermedades y patologías en prisión: enfermedades pulmonares, cardiovasculares, mentales, hepatitis, etcétera. Ante ello, las instituciones penitenciarias no desarrollan programas preventivos ni de tratamiento para evitar que la cárcel sea una fábrica de enfermedades, y muy al contrario, la forma en que se actúa ante las personas enfermas presas, está caracterizada por el abandono sistemático, no existiendo en muchas prisiones registros epidemiológicos especializados, administrándose medicación estándar para diversas patologías específicas, dándose problemas de retrasos, cuando no negativos, ante las demandas de atención médica, existiendo carencia de servicios básicos como asistencia odontológica, psicológica, de programas de educación para la salud, de prevención de enfermedades infecto-contagiosas y de enfermedades mentales y, lo que es peor, existiendo una condiciones de vida en las dependencias sanitarias e incluso en las enfermerías equiparables a la del resto de la prisión. (Tomado de <http://www.salhaketa.org/la-pena-de-carcel-como-tortura-institucional/2016/07/07/>)*



derechos fundamentales de las personas y orientadas a resocializarlas. Esta grave afectación a la libertad, constituye una grave amenaza para la igualdad y para el principio de la dignidad humana. Es notorio que la jurisprudencia constitucional haya empleado expresiones como 'dantesco' o 'infernol', para referirse al estado de cosas en que ha encontrado el sistema penitenciario y carcelario. Aunque el Gobierno consideró en el pasado que esta situación dantesca había sido superada, la jurisprudencia constitucional la sigue constatando.”

En el artículo titulado, *Horror en las cárceles argentinas*, extraído del sitio Web del diario Le Monde Diplomatique (Marzo 2005), se destaca una frase aplicable al Sistema colombiano: *“resulta que la experiencia carcelaria se inscribe dentro de una lógica que, de hecho, reduce a cero los derechos de las personas confinadas. Los principios constitucionales que establecen las finalidades resocializadoras de la pena, y las condiciones de higiene y salubridad que deben regir durante su aplicación, verdaderos logros del iluminismo penal, han sido paulatinamente borradas de la superficie política e institucional”*.

Foucault describe las condiciones y las características de emergencia histórica de la prisión en Francia, utilizando cuatro términos que definen su concepción, fracaso y reforma: “Hay que pensar más bien en un sistema simultáneo que históricamente se ha sobreimpuesto a la privación jurídica de libertad; un sistema de cuatro términos que comprende: el “suplemento” disciplinario de la prisión, elemento de sobrepoder; la producción de una objetividad, de una técnica, de una “racionalidad” penitenciaria, elemento del saber conexo; la prolongación de hecho, ya que no la acentuación de una criminalidad que la prisión debía des- truir, elemento de la



eficacia invertida; en fin, la repetición de una “reforma” que es isomorfa, no obstante su “idealidad”, al funcionamiento disciplinario de la prisión, elemento del desdoblamiento utópico” (Foucault, 2003, p. 276).

En las condiciones descritas y siguiendo a Moty Benyakar, podría considerarse las cárceles como “*entornos disruptivos*”. Los “entornos disruptivos son aquellos contextos vitales en los que se dislocan las relaciones entre las personas y entre éstas y el medio físico y social” (Benyakar, p. 69).

Dentro de los aspectos que caracterizan a los “*entornos disruptivos*”, Benyakar propone una serie de elementos que podrían relacionarse con lo que ocurre al interior de las cárceles:

- La ruptura de las reglas de juego como consecuencia de la ineptitud y ausencia de las normas escritas.
- La violación de la mayoría de los derechos y normas que deberían respetarse en la cárcel y que, sin embargo, suelen ignorarse.
- La inversión del sentido de las instituciones sociales que se tornan incapaces de cumplir con las funciones para las que fueron creadas. Esta idea se ajusta perfectamente con el entorno penitenciario: en su forma ideal, las cárceles se plantearon como medio para que las personas que cometieron algún delito puedan reparar el daño y logren luego reinsertarse en la sociedad, a través de la reeducación provista. Sin embargo, ese ideal está muy lejos de la realidad. Al final, se termina concibiendo la cárcel más como un lugar de encierro y castigo, que de recuperación.



- La incertidumbre patológica y la desconfianza hacia todo y todos, que se apodera de los sujetos.
- Una percepción distorsionada de la realidad y de sí mismos que sume a las personas en profundo desconcierto (pp. 72-72).

Es claro que el estado de cosas en el que se encuentra el Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario colombiano constituye una prueba fehaciente de que el compromiso adquirido constitucionalmente por el Estado con la dignidad humana de los reclusos es una verdadera quimera. Por más que la Constitución, las leyes y las sentencias de constitucionalidad aseguren formalmente un compromiso pleno con la dignidad humana del recluso, no se ha logrado materializar a plenitud y se está lejos de lograrlo.

Las personas privadas de la libertad enfrentan condiciones de hacinamiento, padecen sitios de reclusión deteriorados; una amplia probabilidad de recibir tratos crueles, inhumanos, degradantes e indignos; la deshumanización evidente por parte del propio sistema carcelario; deben desarrollarse en condiciones y lugares de suciedad, en celdas que generalmente tienen una proporción de dos metros de ancho por ocho de largo denominada el '*rastrillo*'; sin unidad sanitaria ni ducha, ni colchones; la pérdida de todas sus pertenencias; pueden pasar meses sin recibir sol; deben hacer sus necesidades fisiológicas en un tarro; sólo van a las duchas en horas de la tarde cuando todo el personal se encuentra encerrado en los pasillos; sufren la violencia en el encierro por parte de otros reclusos; se suma la violación grave y sistemática del derecho a la salud al estar expuesto a graves riesgos debido a las condiciones insalubres, sin higiene y con la posibilidad de sufrir agresiones a la integridad física y mental.



Lucía Copello en el libro “Logoterapia en Cárceles. El sufrimiento como escuela de humanización”, hace un análisis acerca de la experiencia de ser prisionero, entre las respuestas típicas de los reclusos, menciona:

“Limitaciones en actividades cotidianas: cuando una persona es privada de su libertad, ya no tiene la posibilidad de realizar una gran cantidad de actividades que cualquier sujeto cumple puertas afuera. “El individuo deja de tener la posibilidad de continuar con su vida social, familiar y laboral. La añoranza de todo lo perdido se vuelve una constante en el pensamiento del preso” (p. 28).

Coraza protectora: en consonancia con la idea de Judith Herman expuesta más arriba, Lucía Copello plantea que para comprender las reacciones emocionales del individuo preso, podemos pensar en una 'coraza o un caparazón protectores', “como forma de aislar el impacto que pueden causarle las condiciones en las que vive y las diferentes situaciones a las que está expuesto en su cotidianeidad carcelaria. Podríamos pensar que el caparazón protector se manifiesta como una reacción defensiva que colabora a que la persona se muestre ausente de sentimientos y hasta con cierta insensibilidad frente a lo que padece” (p. 30). Incluso, se puede pensar la violencia (muy presente en los presos carcelarios) como otra forma de manifestación de esta coraza protectora.

Escala valorativa y baja autoestima: la autora expresa que “la falta de reconocimiento al valor de la vida y a la dignidad del preso” muy vigente en el ámbito penitenciario actual,



contribuyen a generar ese sentimiento de baja autoestima y el de dudar de la propia escala de valores (p. 31-32).

Experiencia condicionante: en el individuo privado de su libertad surgen múltiples condicionamientos, ya sean de tipo psicológico como de origen social. Al respecto, la autora plantea que “la sociedad actual, por lo general, margina a todo aquel que haya estado en la cárcel. Las posibilidades de reinserción social y laboral son mínimas; y esto el individuo lo sabe desde que entra en la cárcel” (p. 32).

Las personas privadas de la libertad enfrentan una tensión sobre sus derechos, dada la doble condición que tienen. Son acusados de ser criminales, o han sido condenados por serlo, y, en tal medida, se justifica la limitación de sus derechos fundamentales, comenzando por la libertad. Sin embargo, teniendo en cuenta, a la vez la relación de sujeción en que se encuentran las personas privadas de la libertad, surgen razones y motivos para que se les protejan especialmente sus derechos. Esta tensión constitucional que surge entre ser objeto de especiales restricciones sobre sus derechos fundamentales y, a la vez, ser objeto de especiales protecciones sobre sus derechos fundamentales, lleva a actitudes y políticas contradictorias. Una política criminal y carcelaria respetuosa de la dignidad humana, debe lograr un adecuado balance entre una y otra condición que se reúnen en las personas privadas de la libertad. Algunos autores resaltan que una persona, al ser privada de la libertad, se enfrenta a un sistema de control y sujeción disciplinaria que implica, muchas veces, que las reglas y límites pierden su carácter escrito y se confunden con la voluntad del guardia encargado. En Colombia, muchas de estas reglas provienen, desafortunadamente, de poderes paralelos como los caciques del patio, o actores ilegales del conflicto,





que imponen, de facto, limitaciones y restricciones irrazonables y desproporcionadas al goce efectivo de los derechos fundamentales (Corte Constitucional, sentencia T-388, 2013).

En este orden de ideas, las personas que se hallan privadas de su libertad en las condiciones descritas, pasan de ser “*victimarios*” a convertirse en “*víctimas*” del sistema carcelario, lo que pueda resultar contradictorio. Se trata de personas que supuestamente han transgredido la ley, cometido algún delito (de mayor o menor gravedad) y que –por eso– la sociedad los considera culpables, victimarios, criminales que deben cumplir una condena. En este sentido, los presos no serían las “*víctimas*” de la situación. Pero si se mira la realidad desde otra óptica, en particular aceptando las condiciones de reclusión, podría considerarse a estas mismas personas como “*víctimas*” de un contexto que debería velar por los derechos de los detenidos, los buenos tratos, la educación y la posibilidad de reinserción en el mundo laboral y social<sup>55</sup>, sin embargo, al interior de los muros encuentran todo lo contrario.

Si bien Galende y Kraut exponen esta problemática en referencia a los manicomios, pero con fundamento en lo que se ha expuesto es aplicable también a la realidad de lo que sucede al interior de las

---

55 A lo largo de la historia se ha dado el debate, que aún mantiene vigencia, sobre los propósitos del encarcelamiento. Muchos opinan que sólo debe utilizarse para castigar al delincuente. Otros insisten en que es no sólo disuadir a los reclusos de cometer nuevos delitos cuando recobren la libertad, sino también disuadir a las personas que puedan estar tentadas de cometer un crimen. Otra perspectiva es que se encierra a una persona con el fin de reformarla o rehabilitarla. En algunos casos, una persona puede ser recluida porque el delito que ha cometido demuestra que representa una grave amenaza para la seguridad pública. Desde el punto de vista práctico, los propósitos de la reclusión se interpretan como una combinación de algunas o todas esas razones.



cárceles. Además, podría considerarse que ambas instituciones (los hospitales psiquiátricos y las prisiones, con sus diferencias) fueron creadas –en cierta forma– por la necesidad de establecer algún tipo de “orden” en la sociedad. Así, a todos aquellos que no se adaptaban a las reglas propuestas o impuestas, se “los metió en depósitos, llamados prisión y manicomio. Detrás de los muros de uno encerró todo el mal, y detrás de los del otro toda la irracionalidad. Como caminamos por fuera de esos muros, estamos seguros de que somos buenos y racionales” (p. 8).

Pero, además de esta particular concepción del delincuente, la respuesta penal asume una racionalidad propia: la pornomiseria. Es cierto, en el fondo, la reacción punitiva siempre tiene como fundamento la “*colère publique*” (Durkheim, 1970), pero de allí a que esta asuma la forma de un espectáculo, cual suplicio medieval, hay siglos de distancia. En este sentido, parafraseando a Foucault, conviene preguntarse: “¿El Humanismo, el siglo XXI, las leyes y las sentencias nos han instalado, realmente, en una era de castigos no corporales?” (Foucault, 2003, p. 105). O, por el contrario, será acaso que todavía Foucault (2003) tiene razón: “(...) la práctica del suplicio ha obsesionado durante mucho tiempo nuestro sistema penal, y *alienta en él todavía*” (p. 22). Y, si fuese preciso matizar esta afirmación, habría que decir que el suplicio no solo alienta el castigo en Colombia, sino que es, realmente, su verdadero móvil. La prisión es, así, una tecnología del cuerpo, en tanto que el cuerpo “está también directamente inmerso en un campo político; las relaciones de poder operan sobre él una presa inmediata; lo cercan, lo marcan, lo doman, lo someten a suplicio, lo fuerzan a unos trabajos, lo obligan a unas ceremonias, exigen de él unos signos” (p. 32). Sin embargo, a diferencia de la descripción foucaultiana, es el cuerpo, y tan solo el



cuerpo, el objeto de la penalidad en Colombia. “Y no me refiero al cuerpo del encauzamiento útil y de la racionalidad mecánica de las disciplinas, sino al cuerpo natural, en su duración y sus fuerzas (p. 159), en su dolor y vitalidad”<sup>56</sup>.

Fedor Dostoievski, en *Memorias de la Casa Muerta: El sepulcro de los Vivos*, expuso:

“Tras de aquella puerta se encuentran la luz y la libertad: allí vive la gente libre.

Dentro de la empalizada no pensaba en aquel mundo que para el condenado tiene algo de maravilloso y fantástico como cuento de hadas; no era así el nuestro, excepcionalísimo, que no se parecía a ningún otro. Aquí, los usos, las costumbres y las leyes especiales que nos rigen, son excepcionales, únicas. Es el presidio una casa muerta-viva, una vida sin objeto, hombres sin iguales.”<sup>57</sup>

“Recuerdo perfectamente que al principio aquella vida me aturdiría porque no ofrecía nada de particular, de extraordinario o, por mejor decir, de inesperado. Sólo más tarde, cuando he vivido largo tiempo en el presidio, comprendí cuán excepcional era aquella existencia y me quedé asombrado.

---

56 Arrieta B., Enián. *El Sistema Penitenciario y Carcelario en Colombia: continuidades y discontinuidades foucaultianas*, 208. Tomado de: [https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/4452/El\\_sistema\\_penitenciario\\_y\\_carcelario\\_en%20Colombia.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/4452/El_sistema_penitenciario_y_carcelario_en%20Colombia.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

57 Dostoievski, Fedor, *Memorias de la casa Muerta: El sepulcro de los Vivos*. Editorial Porrúa, México, 2001, Pag. 5.



Y confieso que este estupor no me abandonó un solo instante en todo el período de mi condena; no podía en modo alguno amoldarme a semejante vida.

Al entrar en el presidio, sentí una repugnancia invencible...”  
(Dostoievski, 13, 2001)

León DUETSCH, en su libro que fue prohibido en Rusia, Diez y seis años en Siberia, narra:

“Ahora todo me era indiferente: hasta diez ó quince años de trabajos forzados en Siberia, todo me era igual. El porvenir no existía para mí, mi vida había terminado. Es duro resignarse con este pensamiento cuando uno se siente fuerte y con buena salud, pero era preciso. Muchas veces, sin embargo, rayos de esperanza, sueños de felicidad inesperada me hacían estremecer; rechazaba inmediatamente estas imágenes engañadoras, porque en la prisión de Friburgo había experimentado una decepción demasiado dolorosa para volver á abrigar ilusiones.

— ¡Loco — me decía;— la fortuna te jugará otra mala pasada!

Y me habituaba á no esperar nada más que lo que lógicamente había de llegar” (Duetsch, 1905, p.89).

Oscar Wilde, en su novela Balada de la Cárcel de Reading, describe:

*“Nos cerraron hasta la tarde,  
y sólo entonces sonó el hierro;  
con sus llaves tintineantes*



*los guardas cada celda abrieron,  
y bajamos las escaleras  
libre cada uno de su infierno.*

*Andábamos al aire libre  
mas no como antes se solía;  
en unos rostros había miedo,  
y eran los otros de agonía:  
Nunca antes ví a hombres tan tristes  
ver con tal sed la luz del día!” (Wilde, estrofas 2 y 3)*

Ho Chi Min, en su libro de poemas:

*“El cuerpo está en la cárcel  
y el ánimo se evade.*

*Y mientras más se eleve el corazón  
más tendrá que templarse” (Garavito, 1995, p.5)*

En la conocida canción de salsa “El Preso”, grabada por Fruko y sus Tesos, lanzada en 1975 con la voz de Wilson Saoko, compuesta por el percusionista de la banda, Álvaro Velásquez, se detalla en parte lo que padece una persona privada de su libertad, dice la letra:

*“En el mundo en que yo vivo, Siempre hay cuatro esquinas...  
Pero entre esquina siempre habrá lo mismo.  
Para mi no existe el cielo, ni luna ni estrella...  
Para mi no alumbrá el sol, pa mi todo es tiniebla.  
Ay ay ay que negro es mi destino...  
Ay ay ay todos de mi se alejan...  
Ay ay ay perdí toda esperanza...  
Ay a Dios sólo llegan mis quejas.*



*Condenado para siempre en esta horrible celda.  
Donde no llega el cariño. ni la voz de nadie.  
Aquí me pasó los días y la noche entera,  
sólo vivo del recuerdo eterno de mi madre.*

*Ay ay ay sólo espero que llegue...  
Ay ay ay el día que la muerte...  
Ay ay ay me lleve a estar con ella...  
Ay al fin a cambiar a mi suerte.*

*Hombre triste soledad,  
Vivir en esta condena  
Que no quiero sufrir más...  
Te lo digo Magdalena eeeee.*

*Ay que sólo estoy...  
Sólo me espera la muerte.  
Ay que sólo estoy  
Pronto cambiará mi suerte.*

*Compañeros de prisión...  
Gente de toda la clase...  
Que no tiene corazón...  
Y no se sabe lo que hace. (...)"*

Como puede notarse, sin ser novelesco, el Sistema Penitenciario Latinoamericano, del cual Colombia no es ajeno, con una frecuencia mayor que la imaginada, sólo se ocupa de humillar la condición humana del recluso, violar la mayoría de sus derechos, someterlo a torturas o permitir que se las inflijan, negarles el acceso a la salud, educación y la posibilidad de reincursión social, so pretexto de que "se lo merecen". Por eso, las ideas que Judith Herman plantea en su libro *Trauma y Recuperación*, se consideran pertinentes para este trabajo, ya que se toma la idea de que el recluso se convierte en



*víctimas de un trauma complejo y repetido*, “Desorden de Estrés Postraumático Complejo” (p. 193). Según esta autora, las respuestas al trauma se pueden comprender mejor si se analizan más como un conjunto de condiciones que como un único desorden. Se toma en consideración esta idea, porque es posible que muchas de las personas sometidas a los tratos y prácticas del ámbito carcelario puedan desarrollar un síndrome complejo derivado del trauma prolongado y repetido. En palabras de Judith Herman: “Un único acontecimiento traumático puede ocurrir en casi cualquier lugar; sin embargo, el trauma prolongado y repetido solo pasa en circunstancias de cautividad (...). El trauma repetido solo sucede cuando la víctima está prisionera, es incapaz de escapar y está bajo el control del perpetrador. Evidentemente, dichas condiciones existen en las cárceles (...)” (2004, p. 127); “la respuesta humana normal al peligro es un sistema complejo e integrado de reacciones que abarcan tanto cuerpo como mente” (2004, p. 64).

Además, la autora plantea que “cuando una persona está indefensa y resulta inútil cualquier forma de resistencia puede entrar en un estado de abandono” (p. 77); en combinación con tal estado, puede aparecer “una sensación de indiferencia, de extrañamiento emocional y una profunda pasividad que hacen que la persona renuncie a toda iniciativa o resistencia. Este estado alterado de la conciencia puede considerarse como uno de los pequeños regalos de la naturaleza, una protección contra un dolor insoportable” (p. 78). Es posible que este mecanismo también opere en los reclusos, frente a la imposibilidad de escapar, y así logren resguardarse del sufrimiento. Y si no consiguieran ese efecto espontáneamente, cabe la posibilidad de que recurran al consumo de sustancias, como alcohol y drogas, para lograr un resultado similar (es conveniente señalar que el



consumo de sustancias en el interior de las cárceles es muy frecuente).

Igualmente, explica que “las reacciones traumáticas tienen lugar cuando la acción no sirve para nada. Cuando no es posible ni resistirse ni escapar, el sistema de autodefensa humano se siente sobrepasado y desorganizado” (p. 65). Podría pensarse que esta impotencia e indefensión resultan típicas en la experiencia de los reclusos frente a las constantes vejaciones y maltratos a los que están expuestos, y sobre todo frente a la indiferencia de la clase política, de la comunidad y del Estado encargado de su protección y custodia.

Teniendo claro el estado en que se desenvuelve la privación de la libertad, la situación de las personas detenidas a la espera de juicio es una cuestión que debe revestir especial interés. Su situación difiere por completo de la de las personas que han sido condenadas por un delito, ya que aún no han sido declaradas culpables de delito alguno y, por consiguiente, la “*Presunción de inocencia*” a su favor se halla incólume. La realidad es que son retenidas en las mismas condiciones del condenado lo que suponen una afrenta para la dignidad humana. En pocas palabras, al interior de las prisiones, al menos en Colombia, no existe una distinción entre el condenado y el detenido de manera preventiva, esto es, ambos reciben el mismo tratamiento, por ende asumen los mismos problemas y riesgos descritos.

Hasta el momento, a pesar de lo delicado del asunto, no se logra evidenciar algún cambio al problema estructural, prueba de ello es que para julio de 2018 la Corte Constitucional expide la Sentencia T-267 en la que declara nuevamente el “*estado de cosas inconstitucional*” en el Sistema Penitenciario y Carcelario de Colombia, además, para agosto del mismo año la Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-





388 de 2013, concluye que la violación masiva y generalizada de los derechos de las personas privadas de la libertad en las cárceles de Colombia persiste, y que es imperativo que el Estado implemente una estrategia para reformar la política criminal y superar el “*estado de cosas inconstitucional*” de las cárceles colombianas.

Así las cosas, el Sistema Nacional Penitenciario que hace parte de Ministerio de Justicia y del Derecho y a cuyo cargo se encuentra la custodia y cuidado personal de los sujetos que han sido privados de su libertad, en virtud de una medida de aseguramiento o de una sentencia condenatoria, proferidas por un Juez de la República, debido al “*estado de cosas inconstitucional*” en que se halla, constituye un verdadero riesgo para la integridad personal y mental del detenido y sus familias, derivado de la vulneración sistemática, masiva, intensa e insoportable de los derechos fundamentales.

En consideración a lo anterior, vistas las deficiencias estructurales del Sistema Penitenciario, la problemática entorno a la vulneración sistemática y prolongada de los derechos de los reclusos, la incapacidad estatal de garantizar una reclusión en condiciones dignas y seguras, la existencia de un para-Estado al interior de las prisiones, la pérdida del control real de la autoridad, la ilegitimidad institucional, entre otros factores, podría afirmarse que el Estado en su función penitenciaria y carcelaria (Estado prisión) ha fracasado casi en su integridad. El Estado-Prisión, tal como se ha descrito por sus propias instituciones, y por la Corte Constitucional, se encuentra enmarcado en el concepto de Estado fallido.

El concepto de Estado fallido es una idea contemporánea que evidencia las problemáticas, deficiencias e imposibilidad de ciertos Estados para satisfacer las distintas demandas y necesidades de sus



ciudadanos. Algunos señalan que fueron Herman y Rartner los primeros en utilizar el concepto de Estado fallido para referirse a un nuevo modelo a través del cual un Estado llegaba a ser totalmente incapaz de mantenerse como un miembro de la comunidad internacional por el incumplimiento de sus obligaciones. Según esos autores un Estado fallido pondría en peligro a sus propios ciudadanos y amenazaría a sus Estados vecinos, a causa del flujo de refugiados, inestabilidad política, conflictos, revoluciones y demás (Di John, 2010, p. 49).

Según Rainer Tezloff, la noción de fracaso estatal es un asunto multidimensional a largo plazo, donde el colapso del Estado es el punto final de dicho proceso (Emeka, 2007, p. 2).

Zartman (1995, p. 5) argumenta que el colapso del Estado ocurre cuando los Estados no pueden llevar a cabo las funciones requeridas para ser reconocidos como tales, “el colapso significa que las funciones básicas de un Estado no se cumplen como se analizan en varias teorías del Estado”.

Para Robert Jackson, los Estados fallidos son “los Estados que se han autodestruido gracias a la anarquía armada que impera al interior de sus fronteras, lo que ha llevado, por ejemplo, a que su gobierno falle o los ciudadanos fallen a su gobierno, es decir, que no exista una institución política que ponga en ejercicio su poder. En otras palabras, plantea que los Estados fallidos son los que no son capaces de salvaguardar las condiciones civiles mínimas para sus conciudadanos” (Jackson, 2009, 10).

Noam Chomsky plantea una tesis sobre la falla estatal, al proponer que: “Entre las prioridades más características de los Estados fallidos



figura el que no protegen a sus ciudadanos de la violencia –y tal vez incluso de la destrucción– o que quienes toman las decisiones otorgan a esas inquietudes una prioridad inferior a la del poder y la riqueza a corto plazo de los sectores dominantes del Estado. Otra característica de los Estados fallidos es que son Estados forajidos, cuyas cúpulas se desentiende con desdén del derecho y los tratados internacionales” (Chomsky, 2007, p. 49).

Una versión más crítica del Estado fallido es entendido como la implosión del Estado (Bates, 2008, p. 1-12), es decir, cuando el Estado se ha convertido en instrumento de depredación o cuando ha perdido el monopolio de la violencia (Dorff, 2005, pp. 20-34)

Para Rotberg, “los Estados-nación fracasan porque no pueden seguir suministrando bienes políticos positivos a su gente. Sus gobiernos pierden legitimidad, y en los ojos y en los corazones de una pluralidad creciente de ciudadanos, el Estado-nación mismo se vuelve ilegítimo”. “Los Estados fallidos son tensos, profundamente conflictivos, peligrosos y combatidos amargamente por facciones en guerra. En la mayoría de los Estados fallidos, las tropas gubernamentales pelean en contra de rebeldes armados dirigidos por una o más facciones en guerra.” (Rotberg 2003, 85).

La función primordial de los Estados es proveer bienes políticos a sus habitantes, bienes que determinan el contenido del contrato social que justifica su existencia y cuya definición depende de la concepción estatal que se adopta, cuando esto no se cumple se está frente a un Estado fallido (Rotberg, 2004, p. 2).

Una concepción *contractualista* del Estado (Hobbes, Rousseau, Locke) permite evaluar su grado de éxito por los orígenes



(*legitimidad*), la seguridad y el nivel de justicia social (John Rawls, Hermann Heller) que garantiza a sus asociados. En esta medida, los indicadores económicos y sociales adquieren tanta relevancia como los jurídicos y políticos para determinar la falla estatal.

Los Estados existen para suministrar los bienes políticos –seguridad, educación, salud, oportunidades económicas que garanticen su dignidad–; y, de otro lado, establecer y hacer cumplir un marco institucional, proveer y mantener la infraestructura necesaria. De manera que para clasificar el grado de falla estatal, Rotberg sugiere que hay una jerarquía de las funciones positivas estatales: a) seguridad; b) instituciones que regulen y arbitren conflictos, imperio de la ley, derechos de propiedad seguros, aplicación contractual; c) participación política; y, d) provisión de servicios sociales, infraestructura, y la regulación de la economía.

Desde la perspectiva de Weber, el Estado se define como aquel organismo que tiene el "*monopolio legítimo de la violencia*" (2008, pp. 97 y 99.), es decir, el ente que controla una porción de territorio y garantiza dentro de él la seguridad y la aplicación del derecho en pro de sus asociados.

Cabe resaltar que no es el grado de intensidad de violencia en mans de particulares la que define un Estado fallido, sino el carácter duradero o la permanencia de esa violencia, la ausencia de autoridad oficial, la presencia de para-Estados o grupos privados imponiendo sus designios, el desconocimiento de las normas, y el grado de demandas y necesidades de los asociados, lo que justifica el uso de violencia masiva y sistematizada.



Lo que respecta a los indicadores de falla, estos parecen más fenómenos normativamente indeseables, pero, sobre todo, indicadores de actividades consideradas nocivas por la comunidad internacional en sus diversas dimensiones políticas o económicas (Gutiérrez, 2009).

Rotberg<sup>58</sup>, sobre los parámetros o indicadores que se han de tomar en cuenta para medir la falla estatal menciona variables tan diversas como:

1. Guerras civiles caracterizadas por una violencia que perdura.
2. Falta de armonía entre las comunidades.
3. Pérdida del control de regiones periféricas ocupadas por grupos al margen de la ley.
4. Crecimiento de la violencia criminal (incluidas bandas, tráfico de armas y drogas).
5. Instituciones defectuosas: inexistencia o sumisión del legislativo y el judicial al poder ejecutivo; en suma, ausencia del debate democrático.
6. Deterioro o destrucción de la infraestructura.
7. Sistemas educativo, médico y social informalmente privatizados.
8. Corrupción rampante.
9. Declive del PIB, aumento de la inflación y sustitución de la moneda nacional por una extranjera.
10. Pérdida de legitimidad (2004)

---

58 Rotberg (ed.). *When States Fail: Causes and Consequences*, Princeton, Princeton University Press, 2004.



En 1998 la Cruz Roja teorizó el Estado fallido, pero lo hizo desde la perspectiva de la desestructuración de los conflictos armados, definiéndolo como un tipo de Estado que pasa a ser apropiado por una variedad de actores en luchas entre sí (Álvarez, 2007, p. 4).

Como puede notarse, la falla estatal generalizada, esto es, la incapacidad del Estado de cumplir con sus obligaciones básicas frente al asociado produce Estados fallidos, debido a las complejas problemáticas dentro de sus fronteras. Ahora bien, trayendo estos argumentos del Estado fallido a ciertas funciones, como en el caso del Estado prisión (sistema penitenciario), podría afirmarse que éste se encuentra fallido.

El Estado en su función penitenciaria y carcelaria (Estado prisión) está afrontando una serie de catástrofes que lo han llevado a un fracaso total. De hecho, desde sus comienzos, como se expuso hace algunos párrafos, el Estado se encuentra envuelto en una situación tal que su presencia es nula, sus normas inexistentes, carecen de toda eficacia, reina la violencia, la justicia privada, las necesidades, la peste, la muerte, la incertidumbre, el miedo, el desconsuelo, el abandono, la locura y las desesperanza. Las condiciones de hacinamiento, el deterioro de la infraestructura, existe una amplia probabilidad de que se den tratos crueles, inhumanos e indignos, la deshumanización de las personas es evidente. Las condiciones en que son mantenidas las personas privadas de la libertad son insalubricas. Las sanciones impuestas dentro de los establecimientos de reclusión son indignantes, el debido proceso no existe. En las celdas se pierden todas las pertenencias: ropa, colchones y cualquier otro bien que pudieran poseer el interno. Todo ello genera patéticas condiciones de existencia, a las cuales son sometidas las personas



recluidas en prisión, sin importar su condición de procesado o condenado.

Como se viene afirmando, el Estado en su función penitenciaria y carcelaria (Estado prisión) se halla en un estado de cosas, tan '*dantesco*' o '*infernal*', que los reclusos se encuentran en una situación tan pobre que pareciera como si hubieran retrocedido a la época de la barbarie o al estado de naturaleza, ese que tenían antes que existiera el Estado y el Derecho.

Si el Estado fallido es aquel en el que el Estado central es tan débil o inefectivo que tiene poco control práctico sobre buena parte de su territorio y las personas, además de la incapacidad sistemática y permanente de brindar la posibilidad de satisfacerles sus necesidades más elementales de seguridad, salubridad, alimentación y justicia, necesariamente debe aceptarse que el Estado en su función penitenciaria y carcelaria (Estado prisión) se encuentra fallido.

Volviendo al citado Rotberg, el autor que más se ha esforzado por elaborar un marco preciso de los parámetros que se han de tomar en cuenta para medir la debilidad estatal, y comparando la situación al interior del sistema carcelario actual y los criterios para calificar un Estado como fallido, se tendría una semejanza casi absoluta: estado de guerras civiles al interior de las prisiones, caracterizadas por una violencia constante en manos de los reclusos; la falta de armonía entre las comunidades reclusas; la pérdida del control de los patios ocupadas por grupos al margen de la ley que los dominan; el crecimiento de la criminalidad (bandas, tráfico de armas, corrupción, homicidios, torturas, desaparición y drogas); el deterioro o destrucción de la infraestructura; ausencia del sistemas educativo,



médico y social –lo poco que se ofrece es deficiente-; y, en general, la pérdida de legitimidad Institucional.

Esta realidad no puede ser desconocida, y cobra capital importancia para el objeto de estudio del presente trabajo, toda vez que es ella la que va a determinar la necesidad de una visión distinta en el mundo del derecho para la prosperidad de las cosecuencias que se persiguen señalar.

No puede pretenderse que el orden jurídico sea exigido sin consideración alguna a la realidad, pues el dinamismo social es el que provoca las necesidades normativas y las decisiones de los jueces. El papel del operador jurídico no puede limitarse a aplicar disposiciones rígidas, ajenas a la realidad, como ocurre en materia de detenciones –restricción de la libertad- en la que el juez es ajeno o indiferente a lo que ocurre en las cárceles, pues claramente, en muchas oportunidades, estaría castigando de manera anticipada a quienes no merecen el castigo.

Oskar Von Büllow afirma que “el papel central en la construcción del Derecho lo ejerce el juez. Es en la judicatura donde el texto legal adquiere su forma definitiva. La ley no es Derecho vigente sino sólo un plan, un proyecto del futuro ordenamiento al que se desea llegar.” Para Büllow, “no es la espada, sino la balanza de la justicia la que se encuentra en la mano del juez. Es él quien considera y determina lo que es el Derecho para el caso concreto. La esencia de la judicatura descansa en sus decisiones.” (Büllow, Oskar von. *Gesetz und Richteramt*, pp. 108, 109.).

El juez no puede limitarse a actuar como simple objeto o instrumento aplicador de normas de manera objetiva, él debe





participar de manera dinámica a través de sus decisiones –cargadas de interpretación racional- en la construcción o deconstrucción de las normas que el orden jurídico coloca a su disposición para el ejercicio de la judicatura. Cuando la realidad en la que debe aplicarse la norma no obedece a los presupuestos normativos hace imposible la validez de la norma por su ineficacia, esto es, por la imposibilidad de que la norma cumpla su fin perseguido, peor aún cuando la norma va a ser más lesiva para el destinatario que la misma pena a imponer en la eventual condena.

Al juez se le confía el elegir aquella disposición que le parezca la más adecuada para resolver los conflictos (Larenz, 1994, p. 82.)

Phillip Heck aduce que el problema de la creación del Derecho mediante la sentencia judicial se encuentra en el centro de la metodología jurídica. La ciencia jurídica, por su desarrollo histórico y por su conformación actual, es una ciencia normativa y práctica, como la medicina (Heck, 1961, pp. 34, 35.). Es esa ciencia practica la que exige que el juez en ciertos momentos deba verificar que las normas a aplicar en realidad van a conducir al fin perseguido por el legislador, que debe ser el mismo que la sociedad necesita, cuando esta verificación concluya que la decisión del juez, por mas acertada que parezca frente al derecho formal, no va a lograr su finalidad sino que por el contrario va a generar mas maleficio al destinatario que el racionalmente aceptado, deberá moldear la norma, de-construirla, de tal manera que su decisión sea la más justa.



Este criterio podría encuadrar en lo que P. Heck denominó la “Jurisprudencia de Intereses”<sup>59</sup> la cual se plantea las cuestiones prácticas de cómo los jueces y los operadores jurídicos han de actuar en su constante enfrentamiento con el Derecho, en ese sentido, trata de encontrar aquellos principios que los jueces deben seguir para decidir casos concretos. La jurisprudencia de intereses considera que el ordenamiento jurídico es defectuoso y que los vacíos deben ser satisfechos por el Juez atendiendo a los intereses que subyacen en las disposiciones legales. De este modo, las decisiones judiciales no se circunscriben a la mera subsunción de unos supuestos de hecho determinados, el Juez tiene que examinar los intereses de las normas a fin de solucionar el problema de las lagunas de la ley. El método de esta forma de pensamiento consiste, en palabras del autor, “en derivar sus principios simplemente de las experiencias y necesidades de la investigación jurídica. No se encuentra basado en ninguna filosofía ni modelado sobre otra ciencia”. (Heck, 1948, p. 122-124)

Así las cosas, como se ha venido planteando el Juez debe cuestionar el papel de las normas que exigen imponer la medida de aseguramiento al *sub judice* de manera vinculada a las instituciones que le complementan, en este caso el Sistema Penitenciario, su estado real, su contribución con el *ius puniendi* y el cumplimiento de los mandatos Convencionales y Constitucionales que privilegian la dignidad humana –principio pro homine– sobre el sacrificio de la libertad.

---

59 *La jurisprudencia de intereses nace como una postura crítica contra la jurisprudencia de conceptos, cuya fuente es la filosofía de Kant* (Edelmann, Johann 1967: *Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz*, Berlin, Gehlen (p37); y, Larenz, Karl 1960: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1. Auflage, Berlin, Springer (6. Auflage, 1991) (22))



Hermann Kantorowic sostiene que el Derecho se desarrolla por las cortes en el día a día, en la resolución de conflictos entre los hombres, su esencia es eminentemente práctica y no lógico-deductiva, es ante todo un comportamiento, un hacer dentro de las reglas del discurso práctico-jurídico. (Kantorowicz, 1934, p. 1243.)

Harvard Roscoe Pound afirma que el papel de los jueces comprende siempre la protección jurídica de los intereses más diversos tanto individuales, como colectivos o sociales. La clasificación llevada a cabo por el juez requiere de un pleno conocimiento sociológico de ellos y también de pautas valorativas, para determinar la forma en que deben ser protegidos. Es así como el Derecho reconoce, delimita y protege eficazmente los diferentes intereses que se presentan realmente en la sociedad. Consideraba que, si bien es cierto, el Derecho tiene una estructura lógica, es un instrumento para la vida social y su eficacia debe medirse de acuerdo a su capacidad para realizar fines humanos, dentro de ese constante fluir que es siempre el río de la historia. Por ello, el juez debe encontrarse en libertad para buscar la solución más acertada, privilegiando los fines del hombre, en lugar de estar sometido a la voluntad del legislador y a la exégesis de ese tipo que obstaculizan el cambio social y la regulación de nuevas realidades, son los hombres y no las reglas quienes administran justicia. (Pound, 1959, p. 291).

En el caso del Derecho, su vigencia es explicada por Ross a través de dos elementos: el primero está conformado por el cumplimiento reiterado y observable de una pauta de conducta; y, el segundo, se refiere a la vivencia de dicha pauta como una norma vinculante –aunque esta última quedaba reservada para los aplicadores del Derecho–. Asumiendo lo anterior Ross afirma:



“Derecho vigente significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del Derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son vividas (experienced and felt) como socialmente obligatorias” (Ross, 1994, 18).

De esta forma, la normatividad es ubicada entre dos aspectos que pretenden ser empíricos: el psicológico y el conductual. El Derecho es un compuesto correlacionado de fenómenos jurídicos y normas jurídicas. La propuesta rossiana apunta a que, a partir de la determinación de lo que es Derecho vigente, es posible interpretar una sucesión de acciones como fenómenos jurídicos que conformen un “todo coherente de significado y motivación”

Los jueces, como operadores jurídicos, no pueden desconocer la realidad que regula las condiciones en que va a ser aplicada la norma que establece el mandato procesal, ellos deben ser ante todo justos y racionales, no pueden simplemente limitarse a aplicar una norma porque regula una situación de manera objetiva, su papel también es garantizar que la norma y su aplicación respete los valores y principios fundantes del Estado y de la sociedad. En materia de medidas de aseguramiento, el *sub judice* no ha sido condenado aún, su presunción de inocencia está intacta, tiene derecho a que se le respete su libertad, sin embargo el *ius puniendi* permite que sea detenido como medida preventiva, pero su detención no podría ser más riesgosa que la sanción que en una eventual condena recibiría por parte del juez. Los jueces penales no podrían condenar a una persona a recibir tratos crueles, inhumanos, degradantes; no pueden imponer como sanción el someter al individuo a una contingencia incierta, pero probable, de resultar lesionado o muerto, cuando un



juez avizora que esto es lo que va a ocurrir, debe hacer uso de sus poderes, en especial su facultad interpretativa, para hacer respetar la ley pero sin convertirse en un victimario indirecto, una máquina del “*Estado prisión fallido*”.

Es mejor liberar varios culpables que condenar a un solo inocente, y la realidad carcelaria es que se está frente a un “*Estado prisión fallido*” que resultaría más lesivo para el detenido de manera preventiva que la misma posible pena a imponer en la sentencia, con mayor razón si el sujeto conserva su presunción de inocencia, pues no ha sido condenando.

Karl Llewellyn, explicita la distinción entre las denominadas “reglas en el papel” (*paper rules*) y “reglas efectivas” (*real rules*). Las primeras, comprenden no sólo las normas formuladas en las leyes y los reglamentos, sino también aquellas que los tribunales declaran en sus sentencias, como fundamento para sus fallos. Las segundas, son las utilizadas por los jueces para decidir realmente el litigio. La diferencia entre reglas de papel y reglas efectivas no supone que las primeras carezcan de toda influencia o importancia, antes bien, hay muchos casos en los cuales tales reglas en el papel pueden tener un gran alcance. Pero éste es un punto que hay que averiguar respecto de cada regla, por medio de un estudio sobre la realidad de la conducta judicial e institucional. Sucede que hay algunas reglas en el papel, que de hecho no son tomadas en cuenta por los jueces. Esto es lo que acontece con las leyes y los reglamentos que se han convertido en letra muerta, o con los precedentes judiciales que se consideran caducos. Hay otras normas formuladas en leyes, reglamentos y sentencias anteriores, que el juez pretende tomar en consideración y que menciona como fundamentos para su fallo, pero que en realidad



no sigue, o sigue solamente de modo parcial. (Llewellyn, 1931, p. 1236-1238)

El Estado fallido, tal como se ha explicado, en materia carcelaria –Estado prisión-, haría posible afirmar que todo el Sistema Penitenciario, peligroso e inaceptable –hasta para el más grande de los criminales-, incluyendo las normas del procedimiento penal que facultan al juez para la imposición de una medida de aseguramiento a un procesado, sean tratadas como normas de papel que resulten sacrificadas en pro de la seguridad, la justicia y la prevención de un mal mayor, el agravio injustificado a una persona y su familia.

Desde esta concepción, integrando en la lectura lo expuesto sobre el *ius necessitatis* y la protección de los derechos del *sub iudice* frente al peligroso sistema penitenciario, podría afirmarse que el sistema jurídico penal en materia de medidas de aseguramiento en el proceso penal no responde a la solución del problema planteado, en especial de las personas cuya presunción de inocencia aún está en firme.

Jerome FRANK afirma que ni siquiera en una sociedad relativamente estática los hombres han podido construir un sistema de reglas omnicomprendivas, que contengan respuestas para todas las posibles cuestiones. En la época presente, nuevos instrumentos de producción, nuevos medios de viaje, nuevas modalidades de habitación, nuevos modos de propiedad, nuevas concentraciones de capital, nuevas costumbres e ideales, desvanecen la pretensión de instaurar, de una vez por todas, un sistema que de solución a todos los problemas y quien crea lo contrario se ha dejado engañar por el “mito básico del Derecho” (*Legal basic myth*), esto es, el creer que para cada conflicto jurídico existe una única respuesta. (Frank, 1936, pp. 223, 224.)



Aplicar la norma, simplemente porque se encuentra vigente, sin consideración alguna a los fines perseguidos y a la finalidad que en realidad puede causar, sería desconocer el verdadero papel del juez, la toma de decisiones justas y acordes con la realidad social. Es así como Vilhelm Lundstedt desarrolla sobre todo la crítica a la llamada “ideología de la justicia”, es decir, a la concepción según la cual con anterioridad y de forma independiente del Derecho positivo, de la organización social, existe una “justicia material” que el Derecho positivo estaría llamado a realizar y garantizar. Se asume de gran importancia en el pensamiento de Lundstedt el estudio del “bienestar social” (*social welfare*), es decir, en términos actuales, un enfoque de “política del Derecho” en la búsqueda de los valores sociales que deben ser tutelados mediante instrumentos jurídicos, sin extenderse en discursos abstractos y metafísicos que sólo sirven para ocultar, con cierta conciencia, otros valores políticos del Derecho. (Lundstedt, 1924, p. 31.)

La importancia del realismo jurídico en el presente trabajo es la indiscutible necesidad de integrar a las decisiones judiciales, en especial la de privar de la libertad a una persona que no ha sido condenada, a la realidad del sistema penitenciario, el cual no solo va a garantizar la comparecencia del *sub judice* al proceso, sino que con mayor probabilidad estaría recibiendo un castigo anticipado más drástico y con consecuencias adversas más horrendas que de resultar castigado -condenado-, así debe procurarse rescatar el valor de la realidad práctica y la acción en un ambiente jurídico coherente, racional y justo, ya que, no puede olvidarse, el verdadero valor de toda construcción teórica -como el derecho positivo- se manifiesta al cotejarla con la realidad en que ha de operar o desarrollarse.



Desconocer la realidad social en la cual va regir un determinado sistema jurídico o una norma, sería negar que las normas se hacen para regir seres humanos, integrantes de grupos sociales dinámicos. Pero no es este el problema que se propone ahora tratar, pues el propósito se dirigirá a avalar y desarrollar una justificación para soslayar la aplicación objetiva de las normas, esas que sacrifican los derechos del destinatario de la misma. Sergio Cotta, quien en su libro *Justificación y obligatoriedad de las normas* en su Prólogo a la edición española precisa: “Una obediencia consciente a la ley proviene del reconocimiento, no ya de su fuerza coactiva, sino de su obligatoriedad, y esta no puede imponerse sino que se demuestra mediante un proceso riguroso de justificación. De ese modo, la ley vuelve a adquirir su carácter humano de acto de razón, pero de una razón cuyo criterio de verdad está en la naturaleza específica del hombre.”

Entonces, desde esta perspectiva, una norma jurídica encuentra validez cuando existen razones suficientes que la justifican, sin que estas razones impliquen el sacrificio de derechos más relevantes y, por ende, se torna obligatoria, por lo que sus destinatarios no tienen más remedio que aplicarla o cumplirla, o de lo contrario asumir -justificadamente- las consecuencias previstas para su incumplimiento. Pero cuando la norma jurídica carece de razones suficientes que justifiquen su acatamiento, por cuanto ello implica el sacrificio o vulneración permanente y sistemática de derechos más relevantes, se torna absurda, por lo que sus destinatarios tienen el derecho -justificadamente- a pretermitirla o, como mínimo, a buscar dentro de ella la manera de garantizar que la norma y su aplicación respete los valores y principios fundantes del Estado y de la sociedad, sin ser reprochados por ello.





Justificar la norma es fundamentarla o motivarla, buscar el argumento más coherente y defendible de manera que, gracias a esas razones que la respaldan, se puede comprender lo que en ella se ha dispuesto u ordenado. Como dice Ricoeur: “El motivo responde a la pregunta ¿por qué? [...] al menos en los contextos en los que motivo significa razón, consiste en hacer claro, en hacer inteligible, en hacer comprender” (P. Ricoeur, 1981, p.50.) , y el mismo pensador ha insistido de mil maneras sobre las conexiones entre normatividad y la verdad moral de la acción, precisando que con una razón para actuar se permite explicar la acción (Ricoeur, 1972, 80).

Así las cosas, esta institución jurídica del derecho penal, conformada por las normas procesales que consagran las medida de aseguramiento y la institución creada por el Estado para su ejecución o puesta en práctica, forman un solo cuerpo, el cual, por la realidad fáctica, constituye un “estado de cosas inconstitucional” que lleva a concluir su condición fallida, y que no puede ser desconocida por el juzgador al momento de tomar la decisión de ordenar la detención de un individuo, el operador jurídico no puede permanecer con los ojos vendados para desconocer la realidad y actuar como un simple medio del legislador, sus decisiones deben ser acertadas y esto solo se evidencia si obedecen a la realidad historica.

El mismo Consejo de Estado ha imputado responsabilidad patrimonial al Estado derivada de su incapacidad de cumplir con su obligación específica de protección y seguridad de los reclusos, porque éstos se encuentran en imposibilidad de ejercer su propia defensa y, por lo tanto, deben gozar del pleno amparo de las autoridades frente a los posibles daños y peligros que los amenacen dentro del centro penitenciario, ello ha sido suficiente para acreditar la falla del servicio en la que incurre el Estado prisión siendo esa falla



la causa eficiente de los daños antijurídicos sufridos por las personas privadas de su libertad y que resultan lesionadas, muertas o alteradas en sus condiciones de existencia.

En síntesis, la posición del Alto Tribunal Contencioso respecto a la responsabilidad estatal por el daño padecido por los reclusos dentro de los centros penitenciarios consiste en determinar que la obligación del Estado prisión frente a los sujetos privados de su libertad en establecimiento carcelario es de resultado, así las cosas, si el Estado no devuelve al ciudadano en las mismas condiciones en que lo retuvo, debe responder patrimonialmente por los perjuicios que este haya sufrido durante el tiempo de la retención, aunque haya puesto en funcionamiento todos los recursos de que dispone para proteger al retenido y evitarle la causación de cualquier daño, salvo que haya intervenido una causa extraña, pues frente al retenido la obligación del Estado no es un comportamiento sino la realización efectiva de un resultado determinado.

Frente a las obligaciones de resultado el deudor responde de manera objetiva y por tanto, sólo se exonera si acredita una causa extraña, esto es, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero.<sup>60</sup>

Desde esta visión, la retención como ejercicio legítimo del poder punitivo del Estado que afecta algunos derechos de las personas, en sí misma no es una actividad que genere responsabilidad

---

60 Ver entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de abril 28 de 2010, rad 18271, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de marzo 14 de 2012, rad 21848, C.P. Enrique Gil Botero; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de abril 25 de 2012, rad 22708; C.P. Olga Valle de De la Hoz.



patrimonial derivada de los perjuicios consustanciales a la retención misma, dado que esta es una carga que los ciudadanos deben soportar, a menos que el ejercicio de dicho poder se desborde o el Estado prisión falle. Porque así como el ciudadano debe asumir la carga derivada de la restricción de sus derechos, en la medida en que esa retención es una actividad que redunde en beneficio del interés general, el Estado prisión se obliga a garantizarle una eficaz protección y seguridad, para ello goza de posibilidades reales, pues posee también el monopolio de la fuerza y los poderes de coerción que le permiten afrontar tales riesgos.

Es innegable, entonces, que el sujeto que sea privado de su libertad y recluso en un centro carcelario en las condiciones descritas, se verá sometido a daño inminente, físico y mental, teniendo todo el derecho a tratar de evitarlo, al estar frente a un verdadero *ius necessitatis*.

Con el objeto de garantizar la protección de los derechos humanos de los individuos privados de la libertad se ha propuesto el concepto de resocialización como aquella readaptación ya que, “ningún sistema penitenciario debe estar orientado solamente al castigo; esencialmente, debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso” (Corte constitucional, Sentencia T-009, 2022). De igual manera es importante resaltar que el sistema penitenciario no solo tiene que concebir la pena como castigo, sino por contrario contribuir a la sociedad desde la readaptación social de los condenados (CADH, Art. 5.6).

Las actuaciones del sistema penitenciario deberán estar orientadas a la protección de los derechos fundamentales en busca de mantener condiciones dignas de vida en los establecimientos



carcelarios. Así pues, existe una concepción especial de “sujeción, diseñada y dirigida por el Estado, el cual manifiesta en el poder disciplinario y cuyos límites están determinados por los derechos del interno y por los correspondientes deberes estatales que se derivan de su reconocimiento” (Corte constitucional, Sentencia T-687, 2003). Por tanto, se derivan de este reconocimiento obligaciones por parte del sistema penitenciario encaminadas a no solo privar de la libertad sino por el contrario una obligación social que contribuya a la resocialización de cada individuo dentro de estos establecimientos.

El sistema penitenciario debe concebir esta función resocializadora sustentada en la protección de la dignidad humana, en el sentido de que “la persona condenada no pierde su condición humana como consecuencia de la infracción de la ley penal y del cumplimiento de una pena privativa de la libertad” (Corte constitucional, Sentencia T-009, 2022). Por tanto, se busca que el Estado en sus funciones les brinde a estas personas

“alternativas que le permitan reconocer el daño que causó, pero al mismo tiempo, incentivar un nuevo inicio y el desarrollo de una vida en condiciones dignas tanto en el cumplimiento de la pena de prisión como en su reincorporación a la vida en sociedad una vez cumplida la pena correspondiente” (Corte constitucional, sentencia SU-294, 2021)

El rol de socialización por parte de las entidades penitenciarias se ha reflejado a partir de la noción de tres categorías de derechos que poseen las personas privadas de la libertad los cuales son los derechos que pueden ser “suspendidos como consecuencia directa de la pena impuesta, lo que se justifica constitucional y legalmente



por los fines de la sanción penal, los derechos restringidos por la especial sujeción del interno al Estado, los derechos intocables” (Corte constitucional, Sentencia T-259, 2020). Ahora bien, cuando se refiere a los derechos restringidos se busca contribuir a la mejora en las condiciones de salubridad de las cárceles, la seguridad, la disciplina y la resocialización de cada individuo recluida en estos establecimientos y en cuanto a los derechos que se consideran intocables se encuentra la protección de la dignidad del ser humano y no pueden ser restringidos o limitados.

En tal sentido, la resocialización debe ser considerado como objetivo principal después del cumplimiento de la pena de prisión sustentada en el derecho a la dignidad, con lo cual se cumple la afirmación que la persona que es condenada con la privación de la libertad no perderá su condición humana como resultado de la infracción a leyes penales. Así pues el Estado debe:

“brindarle alternativas que le permitan reconocer el daño que causó, pero al mismo tiempo, incentivar un nuevo inicio y el desarrollo de una vida en condiciones dignas tanto en el cumplimiento de la pena de prisión como en su reincorporación a la vida en sociedad una vez cumplida la pena correspondiente” (Corte constitucional, sentencia SU-294, 2021)

De otro lado, se considera que el acceso a la educación es un factor determinante en el proceso de resocialización de las personas privadas de la libertad, por cuanto se considera que a través de la enseñanza se obtiene un resultado social que contribuirá a la reinserción a la sociedad de los individuos que se encuentran cumpliendo una pena y por tanto de restituir aquellos vínculos



sociales con el mundo exterior. De esta manera se busca una adaptación social en la cual el Estado debe “implementar en los establecimientos penitenciarios programas de educación que le permitan al interno formarse en disciplinas útiles que le permitan incorporarse en la sociedad y aportarle a esta, al momento de salir de prisión” (Corte Constitucional, Sentencia T-448, 2004).

No obstante, el sistema penitenciario en Colombia presenta desafíos que hacen que las personas privadas de la libertad no puedan cumplir el objetivo de la resocialización, lo cual involucra una “alta la tasa de reincidencia, pues la reincidencia es el resultado de la incapacidad del Sistema de Justicia para integrar a las personas que han cometido delitos y para disuadir la ocurrencia de nuevos hechos” (Ricaurte, 2018, p. 26). De este modo, las autoridades penitenciarias deben ofrecer alternativas a los internos que les permitan la tener una vida digna después del cumplimiento de sus penas incluyendo actividades educativas que les faciliten la reincorporación a la sociedad.

## II. DEL MERECIMIENTO Y EL CASTIGO. APROXIMACIÓN TEÓRICA AL PRÓFUGO INMEREcido

*“...la tradición penal colombiana dio lugar al adagio “una orden de captura no se le niega a nadie” ...” (Revista Semana 13 agosto 2011.)*

*“Desafortunadamente volvimos a la época de instrucción criminal en la que decían que una orden de captura no se le niega a nadie, siendo esta práctica una perversión de la democracia”.*  
*Francisco Santos Calderón. Ex-vicepresidente de Colombia.*  
*(Diario El Espectador. 2 septiembre 2013.)*



"...Lo grave es que sigue vigente el dicho de que: "una orden de captura no se le niega a nadie "y por eso aterrada que la ministra de Justicia, Gloria María Borrero, anuncie todos los días que ampliarán, construirán, más y más cárceles..."

Lorena Rubiano. Montajes pseudojurídicos  
(Periódico El Nuevo Siglo. 15 febrero 2019.)

Las citas que encabezan este título, además de evidenciar una tradición mediática y política en Colombia, deja ver una profunda crisis en la filosofía jurídica que se aplica cuando se restringen derechos fundamentales.

#### a. Del merecimiento como fuente del castigo.

La palabra "castigo" viene del verbo "castigar" y este del latín "castigare". Este verbo está compuesto del adjetivo del vocabulario religioso "castus" (casto, pero el origen "ajustado con las reglas o los ritos") y "agere" (hacer), o sea, "hacer puro", y en origen "instruir" (en las leyes o los ritos). Del valor de "instruir" procede el sentido de "castigar" como imponer una corrección o reprimir. De ahí también la palabra "castigador", con el sufijo "-dor", que indica "agente", o sea, "el que castiga". La palabra latina "castus" (sin relaciones sexuales, puro, virtuoso) género "casto" y "castigar" (<http://etimologias.dechile.net/?castigo>, Sf)

Para el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, la palabra "castigo" tiene los siguientes significados:

1. m. Pena que se impone a quien ha cometido un delito o falta.



2. m. Enmienda, corrección de una obra o de un escrito.
3. m. Chile. Acción y efecto de castigar (aminorar gastos).
4. m. desus. Reprensión, aviso, consejo, amonestación o corrección.
5. m. desus. Ejemplo, advertencia, enseñanza.  
(<https://dle.rae.es/?id=7r3YpRi,Sf>)

Por su parte, el verbo “castigar” encuentra en la misma obra las siguientes acepciones:

1. tr. Ejecutar algún castigo en un culpado.
2. tr. Mortificar y afligir.
3. tr. Estimular con el látigo o con las espuelas a una cabalgadura para que acelere la marcha.
4. tr. Escarmentar o corregir con rigor a alguien por haber cometido una falta
5. tr. Corregir o enmendar una obra o un escrito.  
(<https://dle.rae.es/?id=7r3VFda,Sf>)

El castigo como tal es visto como un conjunto de prácticas que encierra, supervisa, priva de recursos, regula y controla a los infractores con base en la acción social, siendo el interés principal el rastrear los efectos directos del castigo sobre aquellos ciudadanos a quienes se les aplica, buscando además, como efecto directo del mismo una disuasión general hacia el resto de la sociedad, ya que actúa la pena de forma ejemplificadora (Garland, 2006, p. 291).

El castigo parental ha sido definido, desde un punto de vista unilateral y centrado en la persona adulta, como un factor que media la interacción entre padres, madres y sus hijas e hijos en situaciones





particulares de conflicto. En términos generales consiste en una modalidad del repertorio de estrategias educativas, de corrección o amonestación que utilizan madres y padres para formar a sus hijas e hijos; pretende socializar al infante, mediante restricciones y amonestaciones (Valtin y Walter, 1996), en los valores, creencias y comportamientos esperados, en particular, la obediencia, el respeto y el buen comportamiento (Keller, et al, 2005)

Para Durkheim, el castigo es una representación directa del orden moral de la sociedad y un ejemplo de cómo este orden se representa y sostiene; reproduciendo la *conciencia colectiva* al expresar y regenerar los valores de la sociedad. Según la propia expresión del citado autor: “*un acto es criminal cuando ofende los estados fuertes y definidos de la conciencia colectiva*” (1982, p. 96)

El derecho de “*castigar*” del Estado, o *ius puniendi*, que le permite imponer una pena o una medida de aseguramiento, está integrado por un sistema de principios denominados “*limitativos*” al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir una “*barrera*”, ante posibles arbitrariedades en que pueda incurrir el Estado sancionador. Así las cosas, la libertad personal está limitada por la posibilidad del Estado de imponer sanciones y esta misma posibilidad, se halla limitada por el orden jurídico.

No se pretende hacer un tratado sobre la legitimidad o justificación del castigo, pues para ello podría consultarse un excelente trabajo doctoral intitulado “*La Justificación del Castigo en la filosofía del Derecho contemporáneo*”, elaborado por Ilse Carolina Torres Ortega, pero sí se erige necesario para el presente trabajo conceptualizar la idea de legitimar el poder del Estado de castigar y del castigo mismo.



El problema de la legitimidad se suele manifestar en dos planos que es necesario tener en cuenta: el plano general, relativo a la legitimidad de las normas jurídicas, el cual se ha resuelto al constatar que éstas sean producto de un proceso democrático; y, un segundo plano, relativo a la legitimidad de la aplicación de estas normas en un caso concreto.

Günther afirma que el castigo es legítimo en la medida en que se aplica a personas deliberativas, lo que identifica con la posibilidad de participar en las interacciones sociales con capacidad crítica respecto a las conductas propias y ajenas, y con capacidad de posicionamiento en los procedimientos democráticos (2005, pp. 245-247). Habermas, afirma que la legitimidad del sistema jurídico opera según la validez de las mismas, que “Válidas son aquellas normas a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales” (2005, p. 172).

Garzón Valdés (1990, p. 27), afirma que “Un sistema político posee legitimidad si y sólo si asegura la homogeneidad social básica, y las reglas que regulan la satisfacción de los intereses secundarios de sus miembros cuentan con la aceptación fáctica de sus destinatarios, expresada a través de un procedimiento democrático pluralista”. (1990, p. 27)

Murphy, por su parte, defiende que el castigo en las sociedades contemporáneas ha dejado de ser moralmente justificable, porque en ellas faltan “las precondiciones necesarias para la justificación de la justicia penal” –el autor se refiere a la falta de reciprocidad con determinados segmentos sociales y a la situación de injusticia social estructural– (1973, p. 240).



Para Cigüela S., en cambio, en Estados no democráticos es posible - aunque seguramente más difícil- declarar culpable a un sujeto de modo legítimo, siempre que se hayan cumplido las condiciones materiales y procesales que garantizan un juicio justo; a contrario sensu, es igualmente posible una imposición de pena ilegítima en un ordenamiento democrático *a priori* legítimo. De lo contrario, habría que admitir que todos los castigos que se han producido históricamente antes de la (reciente) llegada de la democracia han sido ilegítimos.

Para muchos pensadores la legitimidad del castigo encuentra fundamento en un deber básico que los hombres deben acatar, tal como lo expresó Hegel: "*Sé una persona y respeta a los demás como personas*" (2000, p. 95). Así las cosas, la legitimidad de la pena depende en mayor medida del deber de respetar al otro como un igual, no en el sentido de una participación política, sino, más bien, en el sentido de igual en dignidad personal (Jakobs, 1996, p. 60).

El Estado tiene la finalidad de alcanzar el orden y los ideales de vida que se han convenido en esa sociedad y, para ello, debe procurar que las sanciones previstas en las normas no sean sólo advertencias, sino que sean efectivas en todos sus aspectos. (Ross, 1994, 63)

Hart, sostuvo que sólo la prevención del daño a los miembros de la sociedad podía justificar la conservación de una práctica como la del castigo, tomando como punto de partida que es siempre un mal, un costo que sólo puede tolerarse si el beneficio obtenido por medio de éste es considerablemente superior al mal que entraña. De esta manera, Hart sostuvo que el castigo, como institución jurídica, se justifica únicamente por razones consecuencialistas, tratándose



siempre de un mal cuya admisión depende de los beneficios que procura. (Hart, 2008: 75).

Ahora bien, un castigo no solo es legítimo por ser las normas que lo contemplan democráticas ni el fin perseguido laudable –como la protección colectiva–, este exige también que sea proporcional al daño o vulneración causado por el sujeto que lo va a recibir. El principio de proporcionalidad, en derecho penal, está relacionado con la pena, es decir, se procura que la pena impuesta sea proporcional a los hechos cometidos.

Este principio fue consagrado en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que proclamaba que la ley no debía establecer otras penas que las “estrictas” y evidentemente “necesarias”.

Beccaria había hecho referencia a la proporcionalidad en el orden punitivo en su obra *“De los delitos y las penas”*, en la que propugna que “la pena proporcional a la culpabilidad era la única pena útil”.

El principio de proporcionalidad según algunas doctrinas, se puede establecer a partir de la exigencia de adecuar la pena a un fin específico, de manera que el referente para fijar una pena –tanto para el legislador como para el juez– se ha de encontrar en el objetivo que se persigue con su imposición.

Por esto para Garland las formas penales son una forma de expresar la condena moral, y deben crearse siguiendo este propósito. Las que no expresan lo anterior, sino que están diseñadas como disuasivos eficaces o que pretenden infligir sufrimiento máximo, son inadecuadas *“distorsionan el verdadero propósito del castigo y no debería*



*utilizarse. Dicho de manera sencilla, el punto es que el método no debe socavar el significado. No puede evitarse que las sanciones penales sean desagradables, pero este aspecto del sufrimiento debe reducirse al mínimo".* (2006, p. 63-81)

Para Durkheim el castigo es una institución social marcada por la moralidad y la solidaridad social. En efecto, debido a los fuertes lazos de la solidaridad moral, surge el castigo como resultado de la reafirmación y reforzamiento de esos mismos vínculos sociales. A través de la pena se muestra que la ley sigue siendo la misma, que no ha perdido su fuerza, a pesar del acto que la negó, por este motivo reacciona con una fuerza proporcional a la del ataque que se ha sufrido.

Por su parte, Roxin afirma que "la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense", pero al mismo tiempo debe dar a quien la padece "la oportunidad de integrarse otra vez en la sociedad después del cumplimiento de su pena". Busca que la pena demuestre "la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo" (Roxin, 1997, pp. 82, 87, 91)

El concepto de proporcionalidad es la relación o "conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí" (<http://www.rae.es>, Sf), de forma que cuando se habla de la proporcionalidad de la pena, es preciso hacer referencia a otro elemento con el cual establecer esa relación de correspondencia.

El principio de proporcionalidad se ha definido a partir de la comparación entre pena y delito (Feijoo, 2007); entre pena y



culpabilidad; entre pena y afectación del bien jurídico; entre pena y daño ocasionado con el delito; o, entre pena y finalidades socialmente admisibles (Arias, 2012).

La proporcionalidad en un Estado democrático de Derecho se encuentra en función de la protección de los derechos fundamentales de los habitantes y de la esperanza de resocialización que se tiene con la ejecución de la pena (Triana Ricardo, 2017, p. 25)

Respecto al principio de proporcionalidad que debe regir las penas -castigos- la Corte Constitucional ha optado por aceptar que es la libertad de configuración del legislador la llamada a determinar el castigo a aplicar por la comisión de los delitos, porque “Es a él -el legislador- a quien corresponde establecer la política criminal del Estado y en este sentido es a él a quien la Constitución le confiere la competencia para determinar cuáles conductas constituyen delitos y señalar las respectivas sanciones” (Corte Constitucional, Sentencia C-591, 1993), encontrando límites generales en los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad. (Corte Constitucional, Sentencia C-565, 1993)

El principio de proporcionalidad, entonces, se encuentra referido (i) al daño social que genera la lesión del bien jurídico tutelado en cada caso (esto en cuanto a la cantidad de pena) y no una simple intención lesiva; (ii) a la búsqueda de efectiva resocialización del autor del hecho punible (en relación con la calidad de la sanción penal) a partir de las finalidades de desestimular la criminalidad (prevención general negativa) o la reinserción de los delincuentes a la vida social (prevención especial positiva); (iii) la diferenciación entre delitos y contravenciones; (iv) la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita; (v) la mayor o menor repercusión que la afectación



del bien jurídico tenga en el interés general y en el orden social; (vi) prohibición del exceso punitivo, y (vii) el grado de culpabilidad. (Corte Constitucional, Sentencia C-1080, 2002.)

Esta posición jurisprudencial encuentra sustento en la tesis de Hart quien afirma que “no existen criterios objetivos que le permitan al juez constitucional determinar qué comportamiento delictual merece un tratamiento punitivo, o incluso penitenciario, más severo que otro, decisión que, en un Estado Social y Democrático de Derecho, pertenece al legislador quien, atendiendo a consideraciones ético-políticas y de oportunidad, determinará las penas a imponer y la manera de ejecutarlas” (Hart, 2006, 144).

Así las cosas, la proporcionalidad del castigo es un principio general que implica que la sanción a imponer a un infractor debe estar acorde con el daño causado a la sociedad, la gravedad de la conducta, el conocimiento e intención del actor entorno al hecho, el mensaje que se pretende dar al resto de la sociedad y la posibilidad de resocialización del sujeto.

Ahora bien, teniendo claro que el Estado tiene el derecho-deber de castigar, que el castigo está legitimado y que debe ser proporcional a los hechos realizados, debe definirse quién debe ser merecedor de castigo.

La palabra “*merecer*” viene de un supuesto latín vulgar “*merescere*” (ser digno de un premio) compuesto con el verbo “*merere*” (ganar) y el sufijo verbal “*-scere*” que indica “*procesos*”. El participio de “*merere*” es “*meritus*”. De estas raíces surgen las palabras “*merito*”, “*benemérito*”, “*emerito*”.



Para el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, la palabra “*merecimiento*” tiene el siguiente significado: “1. *m. Acción y efecto de merecer*”. (<https://dle.rae.es/?id=OzffqGN,sf>)

Por su parte, el verbo “*merecer*” encuentra en la misma obra las siguientes acepciones:

- “1. tr. Dicho de una persona: Hacerse digna de premio o de castigo.
2. tr. Dicho de una cosa: Tener cierto grado o estimación.  
*Eso no merece tanto dinero.*
3. tr. Desus. Conseguir o alcanzar algo que se intenta o desea, lograr.
4. intr. Hacer méritos, buenas obras, ser digno de premio.”  
(<https://dle.rae.es/?id=OzjybDX,Sf>)

Es necesario, entonces, que alguien realice determinados comportamientos para merecer un premio, un ascenso, un reconocimiento o un castigo. También se exige dar *razones* para justificar el merecimiento de algo. Esto es llamado la *base* del merecimiento (Feinberg, 1970, p. 58). Todo castigo debe ir dirigido a un sujeto que es digno de recibirlo en consideración a haber desarrollado o ejecutado un acto establecido previamente como presupuesto del mismo.

Hobbes, sobre el merecimiento afirma que es algo debido, como el premio disputado a quien resulte ganador y la obligación adquirida en un contrato por una de las partes: “Qué es merecimiento. Decimos que quien cumple primero un contrato MERECE lo que ha de recibir en virtud del cumplimiento del contrato por su partenaire, recibiendo ese cumplimiento como algo debido. Cuando se ofrece a varios un premio, para entregarlo solamente al ganador, o se arrojan monedas en un grupo, para que de ellas se aproveche quien las coja, entonces se trata de una liberalidad, y el hecho de ganar o de tomar





las referidas cosas, es merecerlas y tenerlas como COSA DEBIDA, porque el derecho se transfiere al proponer el premio o al arrojar las monedas, aunque no quede determinado el beneficiario, sino cuando el certamen se realiza. Pero entre estas dos clases de mérito existe la diferencia de que en el contrato yo merezco en virtud de mi propia aptitud, y de la necesidad de los contratantes, mientras que en el caso de la liberalidad, mi mérito solamente deriva de la generosidad del donante. (...) Sólo una cosa puedo decir: cuando un don se entrega definitivamente como premio a disputar, quien gana puede reclamarlo, y merece el premio, como cosa debida." (Hobbes, 2004, p.57)

Según Beade, la pregunta que debería intentar responderse es *¿qué merecemos?* El autor cree que no es posible dar una respuesta a esta pregunta, sencillamente porque es difícil ponerse de acuerdo sobre los criterios que pudieran determinar la base del merecimiento. En algunas circunstancias el merecimiento está asociado con los resultados de lo que se hace o ejecuta. (Beade, 2015, p. 106).

De acuerdo con Hart, la respuesta a la pregunta *quién puede ser castigado*, es que sólo puede castigarse a aquél que es responsable de la transgresión de una norma, pero sin que esto constituya la guía para determinar la cantidad de castigo que debe recibir dicho transgresor. La consideración de principios retributivos en el interrogante de quién debe ser castigado, no es una alternativa al fin general, ni justifica el usar penas. En la propuesta de Hart, la distribución del castigo es una combinación de principios prevencionistas y retribucionistas, ya que no todas las cuestiones de distribución pueden regirse por principios retributivos. (Hart, 2008, p.80)



Así las cosas, la discusión va determinada, esencialmente, en un aspecto de distribución, esto es, a quién se le entrega o reparte una consecuencia adversa por los actos ejecutados, un *castigo*.

En este orden de ideas, señala Malamud Goti afirma que quien efectivamente ejecuta un comportamiento catalogado socialmente como dañino debe sufrir un castigo, merece ser castigado. Existen razones para pensar que la imposición de un *castigo* es un acto de venganza en el que el Estado interviene para garantizar cierto grado de proporcionalidad, y asegurar que no ocurran castigos excesivos. La expresión “*ojo por ojo, diente por diente*” refleja el hecho de que quienes sufren a causa de otro, tienen el derecho de transferir el sufrimiento que padecen a donde este se originó. La teoría del castigo que mejor representa ese ideal es el “*retribucionismo*”. Según los manuales y los textos con los que se estudia la “*retribución*”, en su versión más conocida (la versión kantiana), implica la devolución de un mal a ese mal causado previamente. Esta modalidad faculta al Estado a castigar al delincuente y le impone el deber de hacerlo de acuerdo con su culpabilidad. Esta versión se basa en el principio de igualdad entre las personas que obliga al Estado a tratarlos según se lo *merecen* siguiendo el principio “*a cada cual su culpabilidad*”. (Malamud Goti, 2000, p.494)

Según una opinión muy extendida, el *merecimiento* de una sanción expresa un juicio global de desvalor sobre el hecho, en la forma de una desaprobación especialmente intensa por concurrir un injusto culpable especialmente grave (injusto penal) que debe acarrear un castigo. Bloy mencionado por Luzón Peña en su ensayo “*La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de la pena con la estructura del delito*” (1993), propone entender el concepto de *merecimiento* de sanción bajo el enfoque del (des)valor ético-social y jurídico; y, por el



contrario, la necesidad de pena atendiendo al aspecto de la adecuación de la punición desde puntos de vista preventivos.

Durkheim define al crimen como el acto que ofende estados fuertes y precisos de la conciencia colectiva, y al criminal como un agente imprescindible para la revitalización de la cohesión social por cuanto su punición posibilita la reafirmación normativa del lazo social. Para él, el *castigo* constituye un ritual público y violento que, interpelando sentimientos y creencias comunes, ratifica la posición trascendente de los valores en los que un conjunto se reconoce como tal. Por ello ha podido decir que el delito es “necesario”, que “se halla ligado a las condiciones fundamentales de toda vida social; por esto mismo es útil, porque estas condiciones de que él es solidario son indispensables para la evolución normal de la moral y el derecho” (Durkheim, 1986, p.95)

Mizrahi aclara que la justificación hegeliana de la pena se apoya en una estrategia de argumentación compleja que contiene dos líneas estrechamente enlazadas. Siguiendo la primera, se establece que quien comete un delito carece de razones válidas que le permitan negarse a ser castigado. Pero de allí no se infiere la necesidad del ejercicio efectivo del castigo. Esto último queda establecido a partir de la segunda línea de argumentación: castigar es necesario para restituir la vigencia plena del derecho. Sin embargo, de aquí no es posible deducir por qué habría que castigar necesariamente al individuo que cometió el delito. Ello remite nuevamente a la primera línea de argumentación: *“el delincuente es quien debe ser castigado porque constituye para él su derecho en tanto ser racional”*. En este sentido, para el autor, Hegel afirma que la restitución ejercida por el castigo no sólo afecta la esfera exterior de la persona sino que actúa también directamente sobre la íntima voluntad del delincuente (2004, p. 237).



Nietzsche critica la justicia de las penas y de las recompensas, suponiendo que la justicia consista en dar a cada cual lo que le pertenece.

“... el que es castigado no merece el castigo, es utilizado simplemente como un medio de prevenir en adelante ciertos actos por el terror, del mismo modo aquel a quien se recompensa no merece recompensa, pues no podía obrar de otro modo que como obró. (...) Ni pena ni recompensa: son cosas que se otorguen a cada uno como si les perteneciesen, les son otorgadas por razones de utilidad, sin que haya que pretenderlo con justicia. (...) la utilidad de los hombres exige su mantenimiento, y dado que pena y recompensa, censura y elogio, obran de la manera más sensible sobre la vanidad, esta misma utilidad exige el mantenimiento de la vanidad” (Nietzsche, 2006, p.105)

Continúa el mismo autor justificando la aversión al castigo y a la recompensa: “Toda moral admite el mal realizado intencionalmente en el caso de legítima defensa, es decir, cuando se trata del instinto de conservación. Pero estos dos puntos de vista bastan para explicar todas las malas acciones cometidas por los hombres contra los hombres. Se procura o evitar el dolor o procurarse el placer; y tanto en el uno como en el otro sentido, se trata sólo del instinto de conservación. Sócrates y Platón tienen razón: el hombre procede bien. Proceda como quiera, es decir, en favor de lo que le parece bueno (útil) según su grado de inteligencia, según su razonamiento” (Nietzsche, 2006, p. 102)

Algo si es claro, el castigo es necesario como condición para la existencia del orden social justo; que está en manos del Estado -ius puniendi-; que debe ser proporcional; y, que solo debe recaer sobre



aquellos individuos que efectivamente han transgredido el orden, pues son estos los que merecen las consecuencias adversas de sus actos.

No existe una sola teoría válida que justifique o legitime la imposición de una sanción o castigo a personas que no hayan realizado comportamientos calificados como punibles. En este evento el castigo es ilegítimo, absurdo, ineficiente, injusto y constituye un verdadero daño. La pena o castigo, entonces, debe ser proporcionada y justa; la proporcionalidad, esta medida de acuerdo a la conducta delictiva; y, la justicia, al merecimiento. En otros términos, la pena debe ser proporcional al delito cometido y comprobado en juicio. Pero además de ello, para que sea justa, la pena debe ser aplicada a quien la merece, esto es, a quien efectivamente cometió el hecho sancionable.

Para Galán la cuestión central, entonces, sería definir qué acción es la penalmente relevante y condicionante para justificar la puesta en marcha de la potestad punitiva del Estado, la que por cierto se constituye en violencia institucionalizada, haciendo aún más exigente su ejercicio, ya que cualquier abuso o extralimitación podría generar la más grande deslegitimación. Continúa el autor afirmando que: "La pena privativa de la libertad es sublimada de tal manera que pasa de ser violencia institucionalizada, cuyo único fin posible es la retribución, a convertirse en un mecanismo resocializador y preventivo, precisamente porque se asume como útil, legitimándose a sí misma, pues se entiende que es el bien social contra el mal particular." (Galán, 2006. Pp. 28-30).

Así las cosas, cuando se impone una pena o sanción -castigo- a quien no se lo merece, esto es, de manera injusta, el Estado deja de ser



un garante de derechos para convertirse en un "monstruo", un "victimario", que somete, atemoriza y restringe las libertades individuales. En este orden de ideas, la interacción Estado- individuo es desde todo punto de vista desproporcionada en favor del primero y lesiva para el segundo.

En tales términos, la aplicación de la pena –en especial la privativa de la libertad- siendo una realidad dentro de la política criminal no resuelve el conflicto social y, contrario a ello, ubica al Estado y su sistema penal como uno más de los actores del conflicto. Siendo necesaria la pena impuesta para castigar o evitar el delito, ésta debe ser justa y siendo justa debe ser proporcionada. Pero cuando no hay delito, cuando quien recibe la sanción o castigo no ha cometido falta alguna, la restricción de los derechos fundamentales mediante la imposición de penas privativas de la libertad no podrá ser necesaria, ni justa y mucho menos proporcionada. Solo merece castigo aquel a quien se le haya demostrado la comisión de un crimen y, habiéndolo hecho, el castigo debe ser proporcional al crimen. Reiterando con esto que la imposición de la pena es un posible resultado final del proceso jurídico, pero no debería ser una herramienta que garantice su desarrollo.

Para finalizar valdría la pena plantear un par de interrogantes sin respuesta en este capítulo: *¿Merece una restricción de la libertad quien no ha sido vencido en Juicio?*; y, *¿El Estado por su naturaleza puede convertir la vulneración de derechos fundamentales individuales en prácticas jurídicas?*

El punto de partida, entonces, es claro, solo quien ha incurrido en una falta, en un comportamiento calificado como punible, es merecedor de castigo, por ende, debe existir certeza en su ocurrencia,



esto es, debe habersele vencido en juicio, debió previamente haberse desvirtuado su presunción de inocencia.

### **b. Naturaleza de prófugo. Criterios justificantes desde la dimensión jurídica.**

Etimológicamente el vocablo "*prófugo*" es de origen latino cuya raíz es "*profūgus*" y está formado del prefijo "*pro-*" que significa a la vista, a favor de, delante de todos; y, "*fugĕre*" que quiere decir espantar, hacer huir. (RAE, <http://etimologias.dechile.net/?pro.fugo,sf>)

Para el citado Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, la palabra "*prófugo*" tiene los siguientes significados:

"1. adj. Dicho de una persona: Que anda huyendo, principalmente de la justicia o de otra autoridad legítima. U. t. c. s.

2. m. Mozo que se ausenta o se oculta para eludir el servicio militar." (RAE, <https://dle.rae.es/?id=UII7hPD,sf>)

Como puede notarse, esta palabra es adjetivo o sustantivo, lo cual significa que puede entenderse como una persona o una cualidad de una persona (la última interpretación de interés para este trabajo), en el diccionario citado se define como: "[Persona] que huye de la justicia o la autoridad" (RAE); y, complementariamente, la palabra "*huir*" se define como "*alejarse de prisa, por miedo o por otro motivo, de personas, animales o cosas, para evitar un daño, disgusto o molestia*" (RAE).

Podría interpretarse la definición de *prófugo*, como aquel sujeto que se aleja por miedo de la justicia, o de una autoridad legítima, para evitar sufrir un daño, disgusto o molestia.



Como se ha hecho referencia, en el curso de un proceso penal el Estado tiene la facultad de decretar, a través de sus órganos judiciales, restricciones a la libertad personal, entre ellas la “*detención preventiva*” –como medida de aseguramiento- a quienes se hallan procesados; o, una vez terminado el juicio y hallado culpable el procesado, la imposición de una “*pena*” también privativa de la libertad. En este orden de ideas, el *sub judice* cuya libertad se restringe tiene dos opciones, acatar el llamado de la Justicia -y someterse a la pena o a la medida de aseguramiento-, o huir.

El presente trabajo se centrará en el *sub judice* “*no condenado*”, esto es, aquel procesado que es sujeto de medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario, quien reviste características sustancialmente distintas al “*condenado*” ya que su presunción de inocencia aún no se ha desvirtuado, y decide huir siendo perseguido por el Estado, padeciendo perjuicios de toda índole, persecución que al final del proceso se torna injusta cuando se profiere su absolución en el juicio, por cuanto el Estado no logró desvirtuar su presunción de inocencia.

Desde esta perspectiva el sujeto en cuya contra se ha proferido una orden de detención preventiva y decide no acatarla y ser prófugo, teniendo de presente la definición expuesta: *¿se aleja –huye- por miedo a la Justicia?*

No sería irracional afirmar que el miedo a la justicia no es tal, por el contrario, cultural e históricamente se ha aceptado que los jueces imparten justicia, que son imparciales, benévolos, nobles, sabios. Lo que indudablemente produce miedo en el procesado, en especial el acusado que va a ser objeto de medida de aseguramiento de detención preventiva, es el bien conocido sistema de prisiones en el





que se soporta el aparato de justicia para hacer cumplir sus órdenes. Recuérdese que mediante la Ley 65 de 1993, Artículo 15, se determinó la integración del Sistema Nacional Penitenciario y la naturaleza jurídica del INPEC, así: *"El Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario está integrado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, como establecimiento público adscrito al "Ministerio de Justicia y del Derecho" con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa; por todos los centros de reclusión que funcionan en el país, por la Escuela Penitenciaria Nacional y por los demás organismos adscritos o vinculados al cumplimiento de sus fines."*

Como se expuso anteriormente, el Sistema Penitenciario y Carcelario en Colombia sufre una falla generalizada, esto es, su incapacidad de cumplir con las obligaciones básicas frente al sujeto puesto por los Jueces a su disposición para su protección y custodia, ha generado un Estado prisión fallido, debido la compleja problemática dentro de las fronteras carcelarias.

El Estado en su función penitenciaria y carcelaria (Estado prisión) es catastrófico, al punto de estar viviendo sus peores momentos. Se encuentra envuelto en un estado de cosas de tal magnitud que la presencia estatal es nula, sus normas inexistentes y carentes de toda eficacia, reina la violencia, la justicia privada, las necesidades, la peste, el abandono, la muerte, la incertidumbre, el miedo. Las condiciones de hacinamiento y el deterioro de la infraestructura carcelaria son alarmantes. Existe una amplia probabilidad de recibir tratos crueles, inhumanos e indignos. La deshumanización de las personas privadas de la libertad es evidente. Las condiciones en que son mantenidos los reclusos son insalubricas. Las sanciones impuestas dentro de los establecimientos de reclusión son indignas, el debido proceso no existe. Todo ello genera patéticas condiciones



de existencia, a las cuales son sometidas las personas recluidas en prisión, sin importar su condición de procesado o condenado, e incluso, sin importar el delito por el cuál ha sido llamado a juicio.

“A los que roban se los encarcela, a los que violan se los encarcela, a los que matan, también. ¿De dónde viene esta extraña práctica y el curioso proyecto de encerrar para corregir, que traen consigo los códigos penales de la época moderna? ¿Una vieja herencia de las mazmorras de la Edad Media? Más bien una tecnología nueva: el desarrollo, del siglo XVI al XIX, de un verdadero conjunto de procedimientos para dividir en zonas, controlar, medir, encauzar a los individuos y hacerlos a la vez "dóciles y útiles". Vigilancia, ejercicios, maniobras, calificaciones, rangos y lugares, clasificaciones, exámenes, registros, una manera de someter los cuerpos, de dominar las multiplicidades humanas y de manipular sus fuerzas, se ha desarrollado en el curso de los siglos clásicos, en los hospitales, en el ejército, las escuelas, los colegios o los talleres: la disciplina. El siglo XIX inventó, sin duda, las libertades: pero les dio un subsuelo profundo y sólido – la sociedad disciplinaria de la que seguimos dependiendo.” (Foucault, 2003, p.76).

El encarcelamiento en la sociedad actual no distingue entre procesados y condenados, entre homicidas y raponeros, entre violadores y estafadores... todos van para el mismo hoyo, destructivo y violento, tal como se evidenció cuando se realizó el desarrollo teórico del Estado prisión fallido algunos párrafos atrás.

El Estado en su función penitenciaria y carcelaria (Estado prisión) se encuentra en un estado de cosas, tan '*dantesco*' o '*infernal*' que los reclusos podrían retroceder a la época de la barbarie o al estado de naturaleza, sanción que los jueces no les han impuesto. El Estado



prisión actual es tan débil e inefectivo que carece de control práctico sobre gran parte de su territorio carcelario y las personas detenidas, además de la incapacidad sistemática y permanente de brindar la posibilidad de satisfacer a los reclusos sus necesidades más elementales: seguridad, salubridad, alimentación y justicia.

Nadie puede negar que una persona privada de su libertad en un centro penitenciario en el que se someterá a la barbarie derivada del Estado fallido, se coloca en un riesgo más que excepcionalísimo, por la presencia de guerras civiles al interior de las prisiones; la violencia constante; la falta de armonía entre las comunidades reclusas; la pérdida del control de los patios ocupadas por grupos al margen de la ley que ejercen el poder a través de la violencia y la dominación; el crecimiento de la criminalidad (bandas, tráfico de armas, corrupción, homicidios, torturas, desaparición y drogas); el deterioro o destrucción de la infraestructura; la ausencia del sistemas educativo, médico y social -lo poco que se ofrece es deficiente-; y, en general, la pérdida de legitimidad Institucional. Todo esto ha creado un fenómeno social, un monstruo del cual cualquier persona estaría legitimada para resistirse o defenderse en pro de asegurar su integridad física y mental. No gratuitamente la Corte Constitucional ha decretado en varias oportunidades el “estado de cosas inconstitucional” en el sistema penitenciario colombiano.

Sería acertado reconocer un verdadero “*estado de necesidad*” -*ius necessitatis*- al identificarse en el presente caso, un conflicto entre dos bienes igualmente protegidos por el derecho, se tiene el *ius puniendi* -derecho del Estado a sancionar, que incluye la posibilidad de imponer medidas de aseguramiento- y el derecho del procesado a proteger su integridad personal, su dignidad y su libertad.



En estas condiciones una medida de aseguramiento intramural para un sujeto, cuya presunción de inocencia se haya incólume y que se considera a sí mismo, de manera invencible, inocente, crea una situación o coyuntura en que su voluntad se ve impulsada, ante la amenaza de padecer un daño racionalmente estimable, a una determinación jurídicamente lesiva, la inobservancia de su deber de acatar la orden judicial, pero naturalmente justificable.

Entonces, existe una situación de necesidad –el salvarse de una detención preventiva que implica vivir en las condiciones de inseguridad y violencia más oprobiosas del mundo- lo que genera un conflicto cuya solución se supedita a sacrificar el derecho del Estado a imponer la medida de aseguramiento de detención preventiva con el fin de salvaguardar los derechos individuales del sujeto. Además, el mal causado no es mayor que el que se trata de evitar, pues indiscutiblemente los fines de las medidas de aseguramiento con detención preventiva podrían no afectarse con la huida del procesado.

Si los fines perseguidos con la imposición de una medida de aseguramiento a un procesado no condenado, en particular la que conlleva a la detención preventiva del procesado, en los términos del Artículo 296 del Código de Procedimiento Penal (LEY 906 DE 2006) son: i) evitar la obstrucción de la justicia, ii) asegurar la comparecencia del imputado al proceso, iii) la protección de la comunidad y de las víctimas, su fuga, per se, no generaría la imposibilidad de lograr estos objetivos, ya que, prima facie, podría afirmarse que:



1. En Colombia existe la figura de la “*persona ausente*”, que garantiza que el proceso no se paralice por la no comparecencia al juicio del procesado.
2. Es el Estado quien debe demostrar que el sujeto es culpable de las conductas punibles que le imputa y no el procesado quien debe demostrar su inocencia.
3. El sujeto estará más pendiente de procurar su ocultamiento que de entorpecer la investigación, por el contrario, al estar seguro de no haber realizado el comportamiento delictivo, le conviene más que el proceso evolucione a que se entorpezca.
4. El procesado obviamente va a dejar de realizar las actividades cotidianas, muy remotamente volverá al sitio donde reside y pudieron haber ocurrido los supuestos hechos, lo que garantiza que las víctimas no se coloquen en peligro o riesgo; además, la sociedad jamás estuvo en peligro al no ser el procesado culpable de los señalamientos delictivos.

El *estado de necesidad* en el prófugo, entonces, tiene la finalidad de salvar un bien mayor, individualmente considerado, su vida, su seguridad, su libertad. Y éste tiene conciencia de ese estado y de estar obrando a causa de su existencia.

No cabe duda alguna que el prófugo no le huye al juez, le huye al fallido sistema penitenciario y carcelario (Estado prisión) que representa una verdadera amenaza a sus bienes jurídicos. Él emprende su huida para evitar un mal propio, es decir con la finalidad subjetiva de evitar terminar lesionado -mental o físicamente- o muerto, además de huir de una persecución que considera injusta por tener la convicción de no haber ejecutado



comportamiento delictivo alguno, considerando la aprehensión como un castigo anticipado de algo que jamás realizó. En ese sentido, la actuación representa un intento de evitar el mal, por eso, el mal causado –el desobedecimiento a una orden judicial- es inferior al mal que el sujeto intenta evitar con su fuga; y, por mal hay que entender no solo la lesión de un bien jurídico sino también su puesta en peligro, tal como ocurre en el objeto de estudio.

Ahora bien, si un procesado –sub judice no condenado- que se considera perseguido injustamente, toma la decisión de huir y no acatar la orden judicial en virtud de la cual se decreta su medida de aseguramiento de detención preventiva, como reacción frente a la agresión calificada por él como ilegítima y actual, que lo podría poner en una situación de peligro a sus bienes jurídicos protegidos –libertad, honra, seguridad y hasta vida-, y que le ha hecho nacer la necesidad de rechazarla de una manera racional e invencible, *¿su actuar sería legítimo?*. La única respuesta a este interrogante será afirmativa, amparado en el *ius necessitatis*, como la herramienta idónea para pasar por alto el derecho positivo en pro de la defensa de bienes jurídicos considerados valiosos por el sujeto, lo que le excluiría de sanción alguna.

Hobbes quien es calificado como el padre del contractualismo absolutista afirmó que “Los súbditos tienen libertad para defender su propio cuerpo incluso contra quienes legalmente los invaden. Por consiguiente, si advertimos en primer lugar que la soberanía por institución se establece por pacto de todos con todos, y la soberanía por adquisición por pactos del vencido con el vencedor, o del hijo con el padre, es manifiesto que cada súbdito tiene libertad en todas aquellas cosas cuyo derecho no puede ser transferido mediante pacto. Ya he expresado anteriormente, en el capítulo XIV, que los



pactos de no defender el propio cuerpo de un hombre, son nulos. Por consiguiente: No están obligados a dañarse a si mismos. Si el soberano ordena a un hombre (aunque justamente condenado) que se mate, hiera o mutile a sí mismo, o que no resista a quienes le ataquen, o que se abstenga del uso de alimentos, del aire, de la medicina o de cualquiera otra cosa sin la cual no puede vivir, ese hombre tiene libertad para desobedecer" (Hobbes, 2004, p. 89).

Afirmó el mismo autor: "Existen, así ciertos derechos, que a nadie puede atribuirse haberlos abandonado o transferido por medio de palabras u otros signos. En primer término, por ejemplo, un hombre no puede renunciar al derecho de resistir a quien le asalta por la fuerza para arrancarle la vida, ya que es incomprendible que de ello pueda derivarse bien alguno para el interesado. Lo mismo puede decirse de las lesiones, la esclavitud y el encarcelamiento, pues no hay beneficio subsiguiente a esa tolerancia, ya que nadie sufrirá con paciencia ser herido o aprisionado por otro, aun sin contar con que nadie puede decir, cuándo ve que otros proceden contra él por medios violentos, si se proponen o no darle muerte. En definitiva, el motivo y fin por el cual se establece esta renuncia y transferencia de derecho no es otro sino la seguridad de una persona humana, en su vida, y en los modos de conservar ésta en forma que no sea gravosa..." (Hobbes, 2004, p. 55)

En este orden de ideas, nadie está obligado a dañarse a si mismos, poniéndose a disposición del Estado prisión fallido para someterse a un mal, que le maten, hieran o mutilen, pues naturalmente tendrá la libertad para desobedecer ya que un hombre no puede renunciar al derecho de resistir a quien injustamente le ataca o persigue.



Siguiendo a Hobbes, sobre algunas cosas que, a pesar de provenir del Soberano, pueden los súbditos negarse a aceptar, sin incurrir en una injusticia, afirmó: "Cómo ha de medirse la libertad de los súbditos. Refiriéndonos ahora a las peculiaridades de la verdadera libertad de un súbdito, cabe señalar cuáles son las cosas que, aun ordenadas por el soberano, puede, no obstante, el súbdito negarse a hacerlas sin injusticia; vamos a considerar qué derecho renunciamos cuando constituimos un Estado o, lo que es lo mismo, qué libertad nos negamos a nosotros mismos, al hacer propias, sin excepción, todas las acciones del hombre o asamblea a quien constituimos en soberano nuestro. En efecto, en el acto de nuestra sumisión van implicadas dos cosas: nuestra obligación y nuestra libertad, lo cual puede inferirse mediante argumentos de cualquier lugar y tiempo; porque no existe obligación impuesta a un hombre que no derive de un acto de su voluntad propia, ya que todos los hombres, igualmente, son, por naturaleza, libres. Y como tales argumentos pueden derivar o bien de palabras expresas como: Yo autorizo todas sus acciones, o de la intención de quien se somete a sí mismo a ese poder (intención que viene a expresarse en la finalidad en virtud de la cual se somete), la obligación y libertad del súbdito ha de derivarse ya de aquellas palabras u otras equivalentes, ya del fin de la institución de la soberanía, a saber: la paz de los súbditos entre sí mismos, y su defensa contra un enemigo común" (Hobbes, 2004, p. 89)

En conclusión, dentro del contexto expuesto, el prófugo no huye de la justicia, lo hace por miedo y necesidad de defender su libertad, su seguridad y su vida, de una persecución estatal que termina siendo una agresión injusta, cuando se profiere la sentencia absolutoria a su favor dentro del proceso penal.





El derecho de necesidad es un derecho a exceptuarse de la regulación positiva en busca de la protección del bien jurídico vida e integridad personal. El *ius necessitatis*, entonces, se invoca para justificar los actos que conllevan a la contradicción de la legislación positiva en pro de la protección de los bienes jurídicos más importantes del ser humano.

Según la argumentación expuesta en el *Leviatán*, la razón de ser del soberano es la protección de la vida y la integridad de los asociados, el fin de la obediencia es lograr esa protección. Cuando esa protección no puede ser garantizada, el vínculo jurídico entre las partes se disuelve y el sujeto recupera el poder y la autonomía que había entregado al soberano. Esa disolución se produce cuando el asociado siente miedo, pues sería regresar al estado de naturaleza: *“En muchos casos puede cometerse un delito por miedo. (...) Un miedo cualquiera no justifica la acción que produce, sino sólo el miedo a un daño corporal, lo que llamamos temor físico, y del cual uno no sabe cómo liberarse sino por la acción. Si un hombre se ve asaltado y teme por su muerte inmediata, de la cual no ve cómo escapar sino hiriendo a quien le acomete, si lo hiere de muerte no comete un delito, porque al instituir un Estado nadie renunció a la defensa de su vida o de sus miembros, cuando la ley no puede llegar a tiempo para asistirlo.”* (Hobbes, 2004, p.122).

Y, más adelante afirma el autor en cita:

*“Si un hombre, por terror a la muerte inminente, se ve obligado a realizar un acto en contra de la ley, queda excusado totalmente, ya que ninguna ley puede obligarle a renunciar a su propia conservación. Suponiendo que una ley fuera obligatoria, un hombre razonaría de este modo: Si no lo hago, moriré ahora; si lo hago, moriré después; por consiguiente, haciéndolo he*



*asegurado una vida más larga. La naturaleza, por lo tanto, le compele a realizar el acto". (Hobbes, 2004, p.124).*

En el presente caso, el sujeto que decide huir del riesgo inminente que representa el Sistema Penitenciario y Carcelario para su vida e integridad personal, y no acatar la orden de detención preventiva como medida de aseguramiento, tal acto en contra de la ley, es excusable totalmente, ya que no puede estar obligado a renunciar a su propia protección.

**c. Condición de prófugo inmerecido. Fuente de la responsabilidad del Estado por defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia**

Como se advirtió, los sujetos que son procesados por la Administración de Justicia y deciden desobedecer una medida de aseguramiento de detención preventiva, dándose a la fuga, adquieren la calidad de prófugos. No obstante, se trató de justificar su comportamiento a través del *ius necessitatis*, el cual le permite soslayar el derecho positivo que sustenta la decisión judicial y el deber de acatarla por parte del procesado, sin que le implique una consecuencia adversa.

A pesar de esa argumentación, la fuga o huida, que parece ser "*merecida*" apuntando a la finalidad que persigue -la auto conservación del procesado frente al riesgo que promete ser el Sistema Penitenciario-, se convierte en "*inmerecida*" cuando el proceso termina con sentencia absolutoria, pues resultaría más que evidente concluir que el sujeto: i) nunca debió haber sido procesado; ii) nunca debió ser objeto de una medida de aseguramiento; y, por



ende, iii) nunca debió haber sido perseguido y sufrir los daños que padeció en la fuga.

Así las cosas, para tener la calidad de “*prófugo inmerecido*” se requieren las siguientes características mínimas:

1. Que se halle sub judice, esto es, que se encuentre vinculado a un proceso penal en calidad de procesado.
2. Que se decrete en su contra una medida de aseguramiento privativa de su libertad en centro penitenciario o carcelario.
3. Que tenga conocimiento del proceso y de la medida de aseguramiento decretada en su contra.
4. Que decida de manera voluntaria y consciente no acatar la orden judicial, bajo la convicción invencible de quedar sometido a un riesgo excepcionalísimo de inseguridad.
5. Que una vez finalizado el proceso penal este termine con sentencia absolutoria a favor del procesado.
6. Que la persecución y su ocultamiento le haya generado un daño cuantificable.

Bajo estas premisas, el daño que padece el sujeto mientras estuvo prófugo, al ser absuelto dentro del proceso penal que generó su persecución, se convierte en “*antijurídico*”, esto es, deja de ser un daño soportable y se convierte en un daño que no tenía por qué soportar el sujeto, hecho que generaría responsabilidad patrimonial del Estado.

Lo que respecta al daño padecido por el “*prófugo inmerecido*”, resulta evidente, como se viene explicando, que adquiere la calidad de “*antijurídico*” cuando termina absuelto y se concluye que jamás debió ser procesado, y mucho menos haber sido objeto de una medida de aseguramiento con detención preventiva, pues al no ser



responsable del crimen que se le endilgaba, no era peligroso para nadie, razón por la cual debe recibir una compensación por parte de quien le alteró sus condiciones de vida.

De conformidad con el Artículo 16 de la Ley 446 de 1998 –a través de la cual se expidieron normas sobre descongestión, eficiencia y acceso a la Administración de Justicia–, la valoración de daños irrogados a las personas o a las cosas, dentro de cualquier proceso que se surta ante la los Jueces, deberá atender a los principios de Reparación Integral y Equidad.

El Estado colombiano, entonces, reconoce claramente el derecho que le asiste a todos sus asociados a demandar de éste, o de cualquier particular que haya ocasionado una determinada lesión a la persona o a cosas, la reparación Integral de los Perjuicios que haya padecido, la cual deberá garantizarse en términos de equidad.

Debe entenderse que el citado principio de Reparación Integral, entendido como aquel que busca que la persona que padece el daño sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia de los hechos que lo ocasionaron, principio que debe ser interpretado y aplicado de conformidad al tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho reconocido por el orden nacional e internacional, o que se refiera a la lesión o menoscabo de un bien jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos (DDHH). Así lo ha entendido el Consejo de Estado colombiano:

“Por lo tanto, la coexistencia del principio general del derecho referido a la “reparación integral del daño”, debe ser objeto de estudio, con el fin de determinar cuál es el alcance de dicho postulado



normativo en el marco internacional, específicamente, en el relativo al Sistema Interamericano de Derechos Humanos – de ahora en adelante “SIDH”–, y cómo se proyecta en el contexto del derecho interno colombiano.

Corresponderá, por consiguiente, definir a partir de este paralelo, *¿cuál debe ser el papel del Juez de lo Contencioso Administrativo en la aplicación de dichos axiomas?; ¿cómo debe armonizar el principio de “reparación integral” en el ámbito interno?, y ¿qué tanta influencia y fuerza vinculante proyecta en el derecho interno dicho canon reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos?*

Efectuado un análisis completo del sistema de reparación en el Derecho Internacional Americano de los Derechos Humanos, es necesario abordar el estudio de la aplicación concreta del principio de reparación integral en el ordenamiento jurídico interno, así como la forma en que el mismo se imbrica y desarrolla a partir del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, específicamente, a partir del concepto de resarcimiento del daño.” (Consejo de Estado, Rad. 40060, 2014)

Es apenas obvio que las personas que se privan de su libertad de manera efectiva o que son compelidas a huir –prófugo- en defensa de sus derechos a la vida e integridad personal, sufren perjuicios patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y extrapatrimoniales (daño moral, alteración a las condiciones de existencia, daño a bienes constitucionales).

En las sentencias de unificación proferidas el 14 de septiembre de 2011, la Sección Tercera del Consejo de Estado puso fin a la confusión



conceptual que existía en torno a los perjuicios inmateriales y trató de consolidar este aspecto, se dijo en esa oportunidad:

“En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

El daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y afflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; y, por último, será oportuno que se analice la posibilidad por parte de esta Corporación – siempre que los supuestos de cada caso lo permitan– de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre). La aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta



desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno” (Consejo de Estado, Rad. 19.031 y 38.222)

Posteriormente, en providencia de unificación del 27 de septiembre de 2013, se reiteraron estos argumentos reconociendo perjuicios por la violación o afectación de bienes o derechos constitucionales (familia y libertad de domicilio y residencia). En esa oportunidad, se sostuvo: “4.2. Perjuicios por violación a bienes o intereses constitucionales Otro de los aspectos que se censuran en el recurso de apelación, se refiere a la condena decretada por el a quo en relación con “otras afectaciones padecidas por los demandantes” –según el escrito de demanda– y que el Tribunal concedió parcialmente a título de “alteración a las condiciones de existencia” .

Así las cosas, la Sala confirmará la decisión apelada en este tópico, toda vez que al haberse acreditado que el núcleo cercano (padres y hermanos) del occiso (...), en virtud del daño antijurídico se vieron forzados a adoptar medidas de protección familiar, desplazamiento, etc., ello significa que los derechos constitucionales a la familia y a la libertad de fijar el domicilio y el arraigo, se vieron seriamente afectados, circunstancia por la que las sumas otorgadas por el a quo, se compadecen con la afectación autónoma de los bienes constitucionales lesionados por la configuración del daño antijurídico.

Por consiguiente, en atención a la grave violación de los derechos constitucionales a la familia y a la libertad de fijar domicilio y residencia, y por provenir esa afectación de la comisión de un ilícito penal (art. 97 C.P.), se reconocerán a título de reparación las siguientes sumas de dinero (...)” (Consejo de Estado, Rad. 36460)



En el caso del “*prófugo inmerecido*” resulta innegable que el sujeto que es sometido a un juicio penal y se le dicta medida de aseguramiento de detención preventiva, resistiéndose a su aprehensión en busca de proteger sus derechos a la vida e integridad personal, padece perjuicios patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y extrapatrimoniales (morales, alteración a las condiciones de existencia y daño a bienes jurídicos constitucionales) que deben ser satisfechos por quien generó la causa de la privación de la libertad o de la fuga, esto es, por el Estado.

Entre los perjuicios materiales que podría sufrir el sujeto se encuentran:

### **1. Daños patrimoniales:**

- 1.1. Daño emergente: Podría incluirse el valor de los honorarios del abogado de confianza que deja a cargo de su proceso penal, si lo tiene, entre otros.
- 1.2. Lucro cesante: Se incluiría el dinero dejado de percibir durante el tiempo que estuvo huyendo, esto es, el tiempo en que duró vigente la medida; entre otros.

### **2. Daños Extrapatrimoniales:**

- 2.1. Daño moral: La aflicción y angustia que padece un individuo al verse obligado a huir, sin haber realizado comportamiento punible alguno, el ver a su familia sufriendo y, aunado a ello, la incertidumbre de no saber qué va a ser de su futuro, es suficiente para afirmar que el prófugo padece aquel daño interno, subjetivo e irresistible, cada día de su huída.





- 2.2. Alteración a las condiciones de existencia: Resulta evidente que un sujeto que es obligado a huir y a ocultarse, con el fin de evitar ser lesionado, y que de paso es buscado por todas las entidades de seguridad del Estado, debe alterar de manera significativa sus condiciones de existencia, su vivienda, su domicilio, sus rutas, su cotidianidad, con el fin de evitar ser descubierto.
- 2.3. Daño a bien jurídico constitucionalmente protegido: Indiscutiblemente el sujeto que es perseguido penalmente sufre un deterioro considerable a su buen nombre, familiar y personal, a la libertad de fijar su domicilio y arraigo.

Los daños materiales deberan ser probados en el proceso, en tanto que los extrapatrimoniales han de ser sometidos a las reglas de presunción y cuantificación que ha creado el Consejo de Estado.<sup>61</sup>

**d. DEBER DEL ESTADO DE REPARAR. Tesis de la Responsabilidad del Estado por el “prófugo inmerecido”.**

En el presente trabajo se expuso la obligación constitucional del Estado de reparar los daños antijurídicos que sufre una persona por la acción u omisión de sus autoridades públicas. Por su parte, como se mencionó en su oportunidad, la antijuridicidad del daño no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. Esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparar por parte del Estado desarrolla los principios y

---

61 Para ello se recomienda leer sentencias de unificación citadas en este aparte.



valores del Estado Social de Derecho debido a que al Estado le corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración.<sup>62</sup>

Se advierte que, a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, un “Estado ... solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida, tal como se expuso en su oportunidad.<sup>63</sup>

Esta concepción de la posibilidad de indemnización de un daño antijurídico incluso originado en una actividad lícita del Estado armoniza además con los principios de solidaridad (Art. 1º C.P.) y de igualdad (Art. 13 C.P.), que han servido de fundamento teórico al régimen conocido como de daño especial, basado en el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas. En efecto, si la Administración ejecuta una obra legítima de interés general (Art. 1º C.P.) pero no indemniza a una persona o grupo de personas individualizables a quienes se ha ocasionado un claro perjuicio con ocasión de la obra, entonces el Estado estaría desconociendo la

---

62 Ver Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002; Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

63 Ver: Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550; Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG; Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG; Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166. “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”; y, Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.



igualdad de las personas ante las cargas públicas (Art. 13 C.P.), pues quienes han sufrido tal daño no tienen por qué soportarlo, por lo cual éste debe ser asumido solidariamente por los coasociados (Art. 1º C.P.) por la vía de la indemnización de quien haya resultado anormalmente perjudicado. Se trata pues, de un perjuicio especial sufrido por la víctima en favor del interés general, por lo cual el daño debe ser soportado no por la persona sino por la colectividad, por medio de la imputación de la responsabilidad al Estado.

Desde esta perspectiva, la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta de su autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Es claro que no es suficiente que el daño sea antijurídico, sino que éste debe ser imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación (regular o irregular) u omisión de una autoridad pública.

En el “*prófugo inmerecido*” existe, en principio, una actuación regular y lícita del Estado: el deber de persecución y castigo de los responsables de la comisión de conductas punibles –*ius puniendi*– y la facultad de imponer medidas de aseguramiento que impliquen la detención preventiva del procesado, cuando se cumplan los presupuestos normativos, situación que cambia cuando el proceso termina con sentencia absolutoria, dejando en evidencia que el actuar era irregular.

Como se advierte, el proceso finaliza con una sentencia absolutoria a favor del procesado, lo que permite concluir que la Administración de Justicia persiguió un individuo cuya presunción



de inocencia jamás fue desvirtuada y, aunado a lo anterior, le sometió a padecer una serie de perjuicios que no tenía el deber legal de soportar, derivados de los señalamientos, el temor a la medida de aseguramiento con detención preventiva y la fuga misma.

La obligación de reparar el daño sufrido por el “*prófugo inmerecido*” a cargo del Estado ha de ser imputada a través del título jurídico denominado “*defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia*”, al evidenciarse que ésta a pesar de sus poderes no logró desvirtuar su presunción de inocencia, le sometió injustamente a un proceso y a su consecuente persecución estatal al ordenar su detención, trasladándole una carga adicional a la simple y razonable investigación penal. Erró la Administración de Justicia, actuando defectuosamente, al decretar una medida de aseguramiento con detención preventiva contra un sujeto que jamás había incurrido en la conducta penal investigada, pretendiendo aprehenderlo, mantenerlo en condiciones indignas y ponerle en un riesgo excepcionalísimo, so pretexto de garantizar su comparecencia al juicio, proteger a la sociedad o a las víctimas, cuando no representaba tal peligro.

Régimen de responsabilidad y título de imputación en el “*prófugo inmerecido*”.

En el sistema jurídico colombiano, respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado se vienen utilizando dos (2) regímenes distintos dentro de los cuales se engloban los títulos de imputación que permiten señalar o atribuir la obligación de reparar al Estado, el régimen subjetivo y el régimen objetivo.



El régimen de responsabilidad subjetivo, también conocido como régimen de la falla, es aquel que exige hacer un juicio de valor en el primer elemento de la responsabilidad patrimonial del Estado, esto es, en la actuación del Estado, con el fin de atribuir la responsabilidad. El citado juicio de valor irá encaminado a establecer o señalar la manera de actuar del Estado fue regular o irregular, es decir, si las actuaciones del Estado o sus servidores fueron las que generaron el resultado dañino al ser contrarias a reglamento, tardías, omisivas, irregulares, ineficientes. Por su parte, el régimen de responsabilidad objetivo es aquel que prescinden del juicio de valor sobre la forma en que actuó el Estado o sus agentes, es una responsabilidad sin falla, no interesa si se actuó de manera fallida o no, el juicio de valor ha de recaer sobre el resultado de la actuación –el daño- mas no sobre la actuación misma. En ambos regímenes habrá que demostrar el nexo causal entre el daño padecido y el actuar –regular o irregular- del Estado o sus agentes.

Ahora bien, como puede notarse, lo que determina el régimen de responsabilidad es la fuente del daño, toda vez que: cuando la fuente o causa del daño es un actuar irregular o fallido de la Administración o el Estado, sería subjetivo; y, cuando es un actuar sin falla, regular, lícito, perfecto, sería objetivo.

Para el desarrollo del objeto de estudio del presente trabajo académico, es de vital importancia la responsabilidad subjetiva o por falla, pues será éste el régimen de responsabilidad –subjetivo- y el título de imputación –falla en el servicio- a utilizar para atribuir la responsabilidad al Estado, por lo que se hará una breve introducción teórica.



La falla en el servicio ha de considerarse como toda actuación irregular de la administración, es decir, reprochable no solo social sino jurídicamente, es preciso afirmar, que debe identificarse con la culpabilidad, por cuanto en esta se evidencian las formas de actuación irregular de la administración a que se ha hecho referencia (Paillet, 2001, p. 114).

En el derecho colombiano, la falla probada se ha constituido en el título de imputación de responsabilidad por excelencia, en la medida que las actuaciones irregulares de la administración, han constituido el fundamento tradicional de responsabilidad del Estado; en efecto, si se analiza la jurisprudencia del Consejo de Estado, esta ha sido la mayor expresión de responsabilidad administrativa, a pesar de que la responsabilidad objetiva es de más vieja data dentro del sistema jurídico (Morand-Deviller, Trad. Rincón y Peláez, 2010, p. 835).

De la misma manera que la concepción clásica francesa de la responsabilidad por falla, en el ordenamiento nacional, se han consagrado en principio como modalidades de ésta, los eventos en que la administración no ha actuado, lo ha hecho tardíamente, o la actuación ha sido anómala. Lo anterior significa, que la actividad del Estado en este título de imputación de responsabilidad, se enmarca en conductas positivas como en los casos en que la administración ha actuado mal y en conductas omisivas para las circunstancias en que no haya actuado o la actuación ha sido tardía. (Güechá, 2012, p. 95).

En Sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, se ha especificado que “la falla del servicio ha sido el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete -por principio- una labor de control de la acción



administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual. Las obligaciones que están a cargo del Estado -y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión-, han de mirarse en concreto, frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo. Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; si el daño ocurre, a pesar de su diligencia, no podrá quedar comprometida su responsabilidad". (Rad: 15.263, 2008)

"(...) Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía (...)" . (Rad: 20.750, 2011).



Como puede notarse, podría concluirse que la resposanbilidad subjetiva del Estado, esto es, aquella que se deriva de su actuar fallido, resulta como una compensación frente a la vulneración de un derecho colectivo, como sería el derecho al buen funcionamiento estatal, a una buena Administración Pública y de Justicia.

El derecho a una buena Administración, como claramente lo expone Buitrago Quintero, podría aportar mejor claridad sobre la definición del régimen subjetivo de responsabilidad. El citado autor afirma que este derecho fue incorporado en el ordenamiento jurídico colombiano de manera indirecta, a partir de los Artículos 1, 2, 83 y 209 de la Constitución Política de 1991, normas que consagran los fines, principios y criterios orientadores del ejercicio de la función pública (2018, p. 15), la cual podría extenderse a las demás funciones del Estado, pues todas deben asumir responsabilidad patrimonial cuando su actuar es fallido, o sea, retardado, irregular, ineficiente, omisivo o ausente.

El Consejo de Estado ha incorporado en varias decisiones el concepto de “buena Administración”, permitiendo evidenciar la estrecha relación entre ésta y la responsabilidad patrimonial del Estado. Según estas providencias, “existe una cláusula de competencia especial para la Administración que deriva de las funciones que le asignó el constituyente en el artículo 209 constitucional, siendo estas: i) Estar al servicio de los intereses generales, por oposición a los partidistas, gremiales u otros que no representen el bien común; ii) Ceñirse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, por último, iii) Ejercer estas funciones mediante los instrumentos de la descentralización, la delegación y la





desconcentración de ellas. (...) el principio jurídico de la Buena Administración (...) postulado normativo que ordena, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, que la Administración garantice los derechos de los administrados cuando entran en interacción con ella, ejecute de buena fe y bajo el estándar de la debida diligencia los deberes funcionales que el ordenamiento jurídico convencional, constitucional y legal le ha confiado y adopte las decisiones que correspondan de manera razonable y ponderada conforme a los valores, principios y reglas que se desprenden del marco jurídico legal, constitucional y convencional". (Rad: 55.813, 2016).

Por su parte, el profesor Rodríguez afirma que "El derecho fundamental a la buena Administración de instituciones públicas, constituye un paso decisivo en orden a garantizar unos mínimos democráticos en el ejercicio del poder" (Rodríguez-Arana, 2008, número 113, p. 23).

Este derecho "incluye los correlativos deberes estatales de actuar adecuadamente, de prestar los servicios públicos sin causar daños, de gestionar óptimamente los recursos, tomar decisiones de calidad, lograr la participación de los ciudadanos, garantizar la prevalencia del interés general y fijar unos mínimos democráticos en el ejercicio del poder. En este contexto, si el Estado causa un daño, ya sea por su comportamiento normal o anormal, el mecanismo de la responsabilidad estatal debe restablecer el bien afectado. Cuando el funcionamiento administrativo es anormal el perjudicado también resulta privado de un derecho implícito en la Constitución: el derecho al buen funcionamiento de la administración. (Ponce Solé, 2010, p. 117)



Se han identificado varios títulos de imputación englobados en las dos modalidades de regímenes de responsabilidad definidos anteriormente, con el fin de atribuir o señalar la responsabilidad del Estado, así: dentro del régimen de responsabilidad subjetiva, se tiene la falla del servicio; y, dentro del régimen de responsabilidad objetiva se tienen: i) daño especial, ii) riesgo excepcional, iii) ocupación permanente o transitoria de bienes, y v) el almacenaje.

Doctrinariamente se define como títulos de imputación a “un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, con base a la relación existente entre aquel y este” (García, 1998). Por su parte, Bermúdez sostiene que los títulos de imputación justifican el desplazamiento del patrimonio del ofensor al patrimonio de la víctima, por la disminución sufrida por esta última (2005, p. 316); y, el profesor Gil Botero señala que son la razón jurídica por la cual el Estado debe reparar el daño (2011, p. 57).

En este orden de ideas, el mal funcionamiento de la Administración se traduce en la mala prestación de los servicios públicos por acción u omisión de las Entidades estatales o de los particulares que cumplen funciones públicas (la falla o falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo). En estos eventos debe existir una falla del Estado: Una conducta ilícita, irregular, anormal o ineficiente (constitutiva de culpa), de tal suerte que la actuación de la Administración no se ajusta a los parámetros o protocolos fijados por el ordenamiento jurídico, razón por la cual surge el deber estatal de reparar (régimen subjetivo de responsabilidad por falla en el servicio).



En el presente trabajo, esto es, en los eventos de “prófugo inmerecido”, al afirmarse que es una modalidad más de “defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia” se está enmarcando dentro del “régimen de responsabilidad subjetivo” y, por ende, del título de imputación de “falla en el servicio”.

Para el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, la palabra “defectuoso” tiene los siguientes significados: “1. adj. Imperfecto, falto.” (<https://dle.rae.es/defectuoso?m=form>).

En sentencia del Consejo de Estado, citada en capítulo precedente, se definió el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia como aquel que *“a diferencia del error judicial, se produce en las demás actuaciones judiciales necesarias para adelantar el proceso o la ejecución de las providencias judiciales.*

*Dentro de este concepto están comprendidas todas las acciones u omisiones constitutivas de falla, que se presenten con ocasión del ejercicio de la función de impartir justicia. Puede provenir no sólo de los funcionarios, sino también de los particulares investidos de facultades jurisdiccionales, de los empleados judiciales, de los agentes y de los auxiliares judiciales. Así también lo previó el legislador colombiano cuando dispuso que, fuera de los casos de error jurisdiccional y privación injusta de la libertad, “quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación (...).” (Consejo de Estado, Rad. 28857, 2010)*

Como puede notarse, al afirmarse que en los eventos del “prófugo inmerecido” la Administración de Justicia funcionó de manera “defectuosa”, “imperfecta”, “fallida”, -al adelantar un proceso penal contra un sujeto, decretarle una medida de aseguramiento, colocar



todo el aparato estatal a buscarlo en aras de asegurarle por considerarlo peligroso, social y procesalmente; sub judice que termina siendo absuelto al finalizar el juicio-, se está haciendo un juicio de valor en la actuación del agente o funcionario judicial, ubicando el problema en el “régimen subjetivo” de responsabilidad patrimonial del Estado.

Así las cosas, los daños padecidos por el sujeto, “*prófugo inmerecido*”, tienen una sola fuente, la persecución estatal y el decreto de la medida de aseguramiento con detención preventiva, única causa de la fuga o huída del procesado en aras de evitar un perjuicio a su vida e integridad personal y a su libertad individual.

El H. Consejo de Estado ha tenido oportunidad de estudiar los supuestos fácticos del “*prófugo inmerecido*” en varias oportunidades, negando el deber de reparar al sujeto y exonerando al Estado, para lo cual se ha valido de argumentos que podrían resumirse en los siguiente:

1. Es precisamente la decisión del propio procesado la que lo lleva a permanecer oculto.
2. Existe una clara rebeldía al llamado de la justicia penal y un desconocimiento del deber constitucional (Art. 95, num. 7) y legal de colaborar al buen funcionamiento de la administración de la justicia.
3. Hay una inobservancia de la obligación de contribuir al esclarecimiento de los hechos materia de investigación.
4. En consecuencia, el daño sufrido en modo alguno es imputable a la entidad demandada, ya que no tuvo por causa un acto de la autoridad judicial sino la propia y censurable



decisión individual del actor. (Consejo de Estado, Rad. 12076, 2002)<sup>64</sup>

Por consiguiente, según el Consejo de Estado, mal puede pretender reclamar responsabilidad del Estado por la autolimitación de su libertad de locomoción, ya que de haber comparecido al proceso, su aporte a la investigación hubiese permitido no solo poner en claro y en forma pronta su inocencia en los hechos objeto del proceso, sino, que al propio tiempo hubiese coadyuvado a la investigación general objeto del proceso.

Así las cosas, el deber de colaboración con la justicia que tiene las personas, no puede infringirse con la excusa de considerar que la vinculación al proceso penal no es justa, tal como lo estableció el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

“...De otra parte, observa la Sala que según el artículo 95.7 de la Constitución Política es un deber de la persona y del ciudadano colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia, y en este caso se observa que la conducta desplegada por la demandante fue diametralmente opuesta a ese deber constitucional, puesto que lo que se espera de cualquier persona, es que cumpla con este deber (...), lo que implicaba para ella o por lo menos era lo esperado, que compareciera ante la autoridad que la requería a fin de esclarecer los hechos materia de investigación y no obrar precisamente como lo hizo la demandante.

---

64 Mediante sentencia del 5 de marzo de 2015, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, M.P. RAMIRO DE J. POZOS G., RADICADO: 33597, niega la indemnización de un ciudadano que reclama indemnización de perjuicios, habiendo estado prófugo y terminando absuelto, al afirmar que no se configuró el error jurisdiccional.



Para la Sala no es excusa que si comparecía ante las autoridades la iban a condenar, puesto que viene demostrado que al momento de resolverse la situación jurídica se hizo absteniéndose de proferirle medida de aseguramiento y posteriormente al calificársele el mérito sumarial se le precluyó la investigación.

Ha de concluirse entonces sin lugar a hesitación la inexistencia del error jurisdiccional tanto de orden fáctico como normativo alegado por la parte recurrente, por lo que se confirmará la sentencia venida en apelación...". (Consejo de Estado, Rad. 25707, 2013)

Como puede notarse, el máximo tribunal contencioso administrativo colombiano niega la existencia de responsabilidad estatal en el evento de "*profugo inmerecido*", para lo cual apela a argumentos tan deleznable que evidencian la necesidad de modificar su tendencia acudiendo a fundamentos más sólidos que releven esos errores facticos, toda vez que:

1. No es cierto que sea precisamente la decisión del propio procesado la que lo lleva a permanecer oculto y a causarse los daños. En pocas palabras, no se configura en el "*prófugo inmerecido*" la excepción eximente de responsabilidad de "*culpa exclusiva de la víctima*", en consideración a que el sujeto no se oculta por su simple decisión, lo hace por temor al encarcelamiento decretado, esto es, le huye al Sistema Penitenciario, no a la Administración de Justicia.
2. No es cierto que exista una clara rebeldía al llamado de la justicia penal y un desconocimiento del deber constitucional (Art. 95, núm. 7) y legal de colaborar al buen funcionamiento



de la administración de la justicia, pues su comportamiento –ocultamiento o fuga-, *per se*, no entorpece la continuidad o desarrollo del proceso, toda vez que en el proceso penal colombiano existe la figura del “*reo o persona ausente*”, cuya finalidad es conservar la continuidad del proceso y evitar la parálisis del proceso, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal:

“... no puede perderse de vista que la cláusula constitucional que otorga a los ciudadanos el derecho inviolable a defenderse, se materializa sobre la idea de otorgar al acusado los derechos suficientes para poderse resistir, en términos de igualdad, a la persecución del Estado, esto es, representa el equilibrio en las posiciones del acusador y el acusado, de allí que, la regla general es que no se pueden adelantar investigaciones o juicios en ausencia del procesado.

Sólo de manera excepcional, y con el único propósito de dar continuidad y eficacia a la administración de justicia en tanto que servicio público esencial, la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, admiten la figura de la declaratoria de persona ausente y, con ello, el procesamiento de los individuos en contumacia, ya sea porque éstos desconocen la existencia del proceso que se adelanta en su contra o porque, conociéndolo, de manera voluntaria han decidido ausentarse del mismo, por ocultamiento o indiferencia”. (Corte Suprema de Justicia, SP3052, 2015)



3. No es cierto que haya una inobservancia de la obligación de contribuir al esclarecimiento de los hechos materia de investigación, toda vez que este argumento invierte el principio de *“Presunción de inocencia”*, al pretender que los individuos tienen el deber legal de ayudar o contribuir con la investigación demostrando que son inocentes, cuando es precisamente el Estado quien debe desvirtuar la presunción, no el procesado defenderla.

Por otra parte, olvida el Consejo de Estado que las personas tienen derecho durante todo el proceso penal a guardar silencio sin que esta conducta procesal sea vista como un indicio de responsabilidad o pueda ser usada contra el procesado, por el contrario, este derecho que ha sido catalogado como fundamental se halla integrado al Debido Proceso. Su fundamento constitucional está consagrado en el Artículo 33 que dice:

*“Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.*

La jurisprudencia constitucional ha reconocido la importancia del derecho a guardar silencio el cual ha tenido su desarrollo en el derecho internacional. El derecho a guardar silencio y el derecho a la no auto incriminación, hacen parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso. Así lo ha manifestado la Corte Constitucional:





*“El derecho de defensa, núcleo esencial del debido proceso, se encuentra conformado por el derecho a ser oído, con el pleno de sus garantías constitucionales, y el derecho a guardar silencio, es decir, su derecho a callar, así como a dar su propia versión sobre los hechos en ejercicio pleno de su derecho de defensa. Ello se traduce a su vez, en la garantía que tiene toda persona a no autoincriminarse, ni a incriminar a su cónyuge o sus parientes más cercanos. El derecho fundamental a no autoincriminarse en el curso de un proceso criminal, correccional o de policía, constituye como lo ha señalado la jurisprudencia, '[u]na forma de defensa y por tanto un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso' (Corte Constitucional, Sentencia C-781, 2005)*

De esta manera, desde el momento en que se inicia el proceso penal por parte del Estado y hasta el momento de culminación, la persona vinculada al mismo está amparada o protegida por la presunción de inocencia. En desarrollo de esta garantía la carga de la prueba se traslada al Estado quien tendrá que demostrar la ocurrencia de la conducta punible y la responsabilidad del procesado, ya que su inocencia se presume. Por lo tanto, tiene plena validez jurídica que el sujeto pasivo de la acción penal guarde silencio. (Corte Constitucional, Sentencia C-621, 1998)

Ahora bien, no se evidencia diferencia alguna, desde el punto de vista procesal, entre no comparecer al juicio y comparecer guardando silencio absoluto, habida cuenta que ambas posturas tienen la misma finalidad, *“hacer uso de la presunción de inocencia y trasladar la carga total de la prueba para desvirtuar dicha presunción al Estado quien tiene todo el poder derivado del ius*



*puniendi para lograr llegar a la verdad*". Así las cosas, resulta innane la comparecencia del procesado al juicio si éste tiene derecho fundamental a guardar silencio absoluto y sentarse a esperar a que sea el juzador quien lo halle culpable de los hechos que se investigan, con mayor razón si se le va a someter a un riesgo innecesario al privarlo de su libertad.

El derecho a guardar silencio es un derecho fundamental protegido por la Constitución como parte integrante del derecho de defensa, el cual ha sido desarrollado en parte por la Ley 906 de 2004. Es así cómo en su Artículo 8, literal c) puede leerse: *"En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a que: (...) c) No se utilice el silencio en su contra"*.

Por su parte, el Artículo 131 *ibídem* permite a los procesados renunciar al derecho a guardar silencio. En la misma norma se prevé una protección a dicha renuncia al exigirle al juez de control de garantías o el juez de conocimiento *"verificar que se trata -la renuncia- de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado"*.

El Artículo 282 del mismo estatuto manifiesta que en medio del proceso de indagación e investigación desarrollado por el Estado, se podrá desarrollar un interrogatorio respecto del procesado. En el interrogatorio, el ente acusador tendrá la obligación de darle a conocer al posible autor de la conducta su *"derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar"*



*contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad”.*

En el Artículo 303 se establecen los derechos del capturado, entre ellos el de “guardar silencio” y a ser informado de que *“las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra y que no está obligado a declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.”*

El Artículo 367 de la citada Ley 906 de 2004, exige que una vez instalado el juicio oral, el juez de conocimiento deberá advertir al acusado de su derecho a guardar silencio y a no auto incriminarse. Sin embargo, afirma la norma que frente al silencio del acusado, éste se entenderá que dicha postura procesal es de *“inocencia”*.

Esta última disposición evidencia la estabilidad de la *“presunción de inocencia”* a lo largo de todo el proceso penal y, además, el hecho de que bajo ninguna circunstancia el silencio del procesado implique una consecuencia distinta a la protección y garantía de su derecho a la *“presunción de inocencia”*.

4. Por ultimo, no es cierto que el daño sufrido no sea imputable a la entidad demandada -haciendo referencia a la Rama Judicial y a la Fiscalía General de la Nación-, pues según ellos éste no tuvo por causa un acto de la autoridad judicial sino la propia y censurable decisión individual del actor. Por el



contrario, la única fuente del daño es un acto de autoridad, el ejercicio del *ius puniendi* del Estado ejercido a través de la Administración de Justicia, el cual actuó de manera defectuosa al perseguir, ordenar la detención preventiva y procesar un individuo que no había incurrido en conducta punible alguna.

Ante el “*profugo inmerecido*” los jueces están desconociendo su papel frente al derecho: el primero, el Juez Penal, quien al decretar la medida de aseguramiento pretende aprehender un sujeto, mantenerlo en condiciones indignas y ponerle en riesgo, so pretexto de garantizar su comparecencia al juicio, proteger a la sociedad o a las víctimas, o garantizar el cumplimiento de una posible condena; y, el otro, el Juez Administrativo, que desconoce los perjuicios antijurídicos que se le ocasionan a un inocente cuando es perseguido por el Estado prisión, el origen de los mismos, su condición de inocente, la persecución injusta, el *ius necessitatis* frente al sistema penitenciario y ese Estado prisión fallido, para negarse a reconocer y ordenar la reparación por parte del Estado.

El ordenamiento jurídico actual viene permitiendo a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, vía reparación directa, imputar responsabilidad al Estado por la '*privación injusta de la libertad*', indemnizando aquéllos *sub iudice* a quienes fueron privados de manera efectiva de su libertad, en ejecución de una medida de aseguramiento dictada con ocasión de un proceso penal, para lo cual utilizan como sustento los Artículos 90 de la Constitución Política y 68 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de



1996), normas que reconocen la responsabilidad del Estado en estos eventos de manera expresa.

Sin embargo, las normas guardan silencio frente a los perjuicios ocasionados a aquellos sujetos que son vinculados al proceso penal como investigados, se les libra orden de captura a causa del decreto de una medida de aseguramiento con detención preventiva, son buscados o perseguidos, con el fin de hacer efectiva la medida y estos, por considerar injusta la actuación y persecución estatal, además de considerar estar protegiendo intereses jurídicamente protegidos –su libertad, su integridad personal y su vida misma–, emprenden su huida imposibilitando su detención, injusticia que luego se convierte en una realidad cuando el proceso penal, en virtud del cual estaba siendo perseguido el sujeto, termina con una sentencia absolutoria a su favor, y la consecuente cancelación de la orden de captura que recaía sobre él, quedando evidenciado un daño reparable, cierto, real y antijurídico.

Como se explicó, en este escenario la Jurisdicción Contenciosa Administrativa viene desconociendo la existencia de un daño, su antijuridicidad, el deber de repararlo, el concepto de víctima directa e indirecta, y el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia que convierte al sujeto, frente a la persecución estatal, en un *“prófugo inmerecido”*.

La deleznable argumentación de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para negar la indemnización en los eventos de *“prófugo inmerecido”* constituye la vulneración al principio de igualdad, a la obligación de reparar, al deber de protección estatal y a



la indemnización integral. Además, deja en evidencia lamentables confusiones teóricas que no son de recibo en el máximo Tribunal Contencioso Administrativo del Estado, que solo refleja la necesidad de acudir a verdaderas falacias para negar un derecho y soslayar una carga argumentativa que le exige desarrollar un ejercicio de ponderación en el que justifique el sacrificio de bienes jurídicos frente al supuesto deber de colaboración con Administración de Justicia.

El “*prófugo inmerecido*” no causa con su fuga los perjuicios que sufre, pues de no ocultarse sería privado de su libertad y al dictarse sentencia absolutoria, igualmente, estaría frente a una “*privación injusta*” de la libertad, siendo acreedor de la reparación de perjuicios por parte del Estado, figura demasiado diezmada por la jurisprudencia. Así que no es cierto que los daños padecidos por quien se fuga se los auto irrogue, por cuanto la única fuente del daño es la “*injusta*” persecución estatal. Por el contrario, el individuo con su huida busca evitar un daño a uno o varios de sus más preciados bienes jurídicos, la libertad, la integridad personal, la vida, etc., los que se ponen en riesgo si queda a merced del Estado prisión fallido.

Los individuos deben soportar la carga pública que conlleva el derecho-deber del Estado de investigar y sancionar las conductas punibles (*ius puniendi*), sin embargo, en consideración a que las medidas de aseguramiento, y en especial las privativas de la libertad, son excepcionalísimas, razón por la cual cuando se decide imponerla, llevándose a cabo o no, se debe compensar los daños causados a la víctima de la persecución estatal y que tengan relación causal directa con la medida decretada si al momento de resolverse el juicio éste culmina con la absolución del procesado.



Al igual que en la teoría del núcleo del derecho, el deber de soportar ciertas cargas publicas tiene un umbral, esto es, un límite que el Estado no puede sobrepasar sin ser llamado a indemnizar por los daños que ocasione, porque la juridicidad o antijuridicidad del daño está determinada por ese límite. En materia penal, el Estado tiene no sólo el deber de investigar y sancionar la comisión de actos punibles y, en consideración a ello, la ley lo dota de estrictas facultades y herramientas que permitan esclarecer los hechos y llegar a la verdad. Por tal razón, prima face debe aceptarse que las personas vinculadas como posibles autores de un acto criminal deben soportar la carga de la investigación penal en su contra y los daños derivados de esta investigación son jurídicos, pero cuando el proceso penal termina con la absolución del procesado, si este fue limitado en sus derechos, por ser una medida excepcional debe repararse los daños que haya padecido y que sea producto directo o indirecto del actuar estatal.

Cuando el Estado hace uso de una medida de aseguramiento, siendo esta una medida excepcional, que no se le impone a todo procesado, significa que es una carga adicional, y quien la padece, de resultar absuelto, tiene que ser reparado por los perjuicios que se deriven de ese exceso, de esa carga de más que fue obligado a soportar, pues al haber superado el umbral permitido el daño que inicialmente era jurídico se torna en antijurídico. Una cosa es el deber de soportar una investigación por parte del Estado, y otra muy distinta es que el Estado, para llevar a cabo su investigación, haga uso de medidas excepcionales.



En un proceso penal pueden darse tres situaciones entorno a un procesado que ha sido objeto de medida de aseguramiento de detención preventiva, a saber: i) Que el procesado detenido resulte condenado, esto es, se logra desvirtuar por parte del Estado la presunción de inocencia del sujeto; ii) Que el procesado detenido resulte absuelto, configurándose la privación injusta de la libertad; y, iii) Que el procesado se halle “*prófugo*” y resulte absuelto, configurándose la figura del “*profugo inmerecido*”.

En los dos primeros casos los sujetos resultan compensados por el actuar del Estado al decretar la medida de aseguramiento privativa de la libertad, así:

- i) El procesado detenido que resultó condenado, esto es, a quien se le logró desvirtuar su presunción de inocencia, el tiempo que estuvo en detención preventiva se le tiene en cuenta como parte de la condena, esto es, recibe compensación del tiempo de la pena.
- ii) El procesado detenido que resultó absuelto, al haberse privado de su libertad de manera injusta tiene la posibilidad de demandar al Estado y obtener la indemnización de los perjuicios padecidos. Y,
- iii) El procesado que se halla “*prófugo*” y resulte absuelto, configurándose la figura del “*profugo inmerecido*”, resulta ser el único que no puede deprecar la indemnización de los perjuicios padecidos.





Resulta, entonces, inequitativo e injusto que una persona deba soportar los daños cuya única fuente lo constituye el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia representado en la persecución injusta, en el decreto de una medida de aseguramiento con detención preventiva, lo que coloca al sujeto en una condición de riesgo irresistible, produciéndole miedo y obligándolo a salir en protección de sus bienes jurídicos, error que se evidencia cuando el juicio termina con sentencia absolutoria.

Existe para el Estado un derecho/deber, representado en el derecho de investigar a sus asociados, pero el deber de indemnizarlos si los señalamientos o persecuciones resultan imprósperas, pues esto representa un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, órgano encargado del ius puniendi.

Negar la indemnización y someter al individuo a tener que soportar la carga de la persecución estatal y los perjuicios que esto conllevan es tanto como aceptar que el Estado tiene derecho a sancionar o castigar a un sujeto, irrogándole perjuicios, por hechos o actos punibles que el propio aparato judicial del Estado constató que jamás realizó. Si nadie puede ser penado por hechos que no constituían delito, mucho menos podrá obligarse a una persona a sufrir los perjuicios derivados de la persecución estatal por un hecho que jamás ocurrió o que jamás cometió.

La apertura de una investigación criminal, y su consecuente persecución de los posibles infractores, implica un verdadero riesgo para el Estado, quien asume el deber de reparar los perjuicios derivados de la misma si ésta resulta infructuosa y dañina, constituyendo, de haberse dictado una medida de aseguramiento de



detención preventiva, en una modalidad más del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, denominado “*prófugo inmerecido*” si el sujeto huyó de la persecución estatal al entenderla injusta, inmerecida, y salir en defensa de su acto libertad.

## LISTA DE REFERENCIAS

### BIBLIOGRAFÍA

- Abarca Galeas, L. H. (1999). *La legítima Defensa y la Provocación*. Quito: LZ Ediciones.
- Aguirre, C. (2009). *Cárcel y sociedad en América Latina: 1800 - 1940*. En E. Kig-man, *Historia social urbana. Espacios y flujos* (pp. 209 - 252). Quito: Flacso.
- Alcoberro, R (2005) *El utilitarismo*. Editorial UOC.
- Ales Uría Acevedo, María de las Mercedes. 2012. *El derecho a la identidad en la filiación*. Valencia, ES: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Álvarez, J (2007) *La etiqueta como estigmatización: De Failed State, a Rouge State*. *Revista electrónica de estudios internacionales*. Recuperado de: <http://www.reei.org/index.php/revista/num14/notas/etiqueta-como-estigmatizacion-failed-state-rouge-state>
- Amado, J. D. (1984). *El Estado de Necesidad como vicio de la voluntad*. TH MIS-Revista de Derecho, (1), 40-44.
- Ambos, K (2006) *Derecho Penal del Enemigo*, en: *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Edisofer.



- Amnistía, I. (Ed.). (2012). Hacer realidad los derechos sexuales y reproductivos: Marco de derechos humanos.
- Amuchástegui, Ana, Flores, Edith, & Aldaz, Evelyn. (2015). Disputa social y disputa subjetiva. Religión, género y discursos sociales en la legalización del aborto en México. *La ventana. Revista de estudios de género*, 5(41), 153-195.
- Annas, G.J. (1999). The impact of health policies on human rights. En J.M. et al. (Eds.). *Health and Human rights. A reader*. London & New Routledge, P. 37-45
- Antón, L. F. R. (1989). El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia. *Anuario de la Facultad de Derecho*, (7), 147-167.
- Arana, F., & Madero, J. I. (2001). ¿Qué es la bioética? *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*, 52(3), 254-256.
- Arangio-Ruiz, V (1994) *Historia del derecho romano*, traducción de la 2ª edición italiana, 5ª edición, Madrid: Instituto Editorial Reus S. A. En Solarte Rodríguez, Arturo, *Los actos ilícitos en el derecho romano*. Vniversitas [en línea].
- Arias Flores, A., Gómez, G. A., Merino, C. F., Freydell A. G. (2000). Responsabilidad del Estado por actuación de las altas Cortes (Error judicial). (Trabajo para optar por el título de especialista en Derecho Administrativo). Universidad de Medellín. Medellín.
- Arias, Diana (2012), Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. *Revista de derecho*, n. 38, pp. 142-171. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/851/85124997005.pdf>
- Aristóteles (1999) *Ética Nicomaquea*. Madrid: Editorial Gredos.



- Ariza, S. (2017). El concepto de libertad en la República de Platón. *Archai*, n.º 19, jan.-apr., p. 33-59
- Arrubla En XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal (2012) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Atienza, M. (2004). *Bioética, Derecho y Argumentación*. Lima: Editorial TEMIS.
- Aveledo de Luigi, Isabel Crisante (1990): *Lecciones de Derecho de Familia 7ma. Edición Vadell hermanos Editores*. Valencia, Venezuela.
- Ávila Santamaría, R. F. (2013). La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo penal. Quito: Ediciones Legales, EDLE. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
- Banoy, L., & Orlando, J. La ponderación en la medida de aseguramiento de detención preventiva en el procedimiento penal militar.
- Baratta, A. (1986). Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal. *Nuevo Foro Penal*, (34), 421-435.
- Baratta, A. (2004). *Principios de derecho penal mínimo. Criminología y sistema penal: Compilación in memoriam*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Barraza Morelle, C., & Gómez López, C. (2009). Un derecho para las mujeres: La Despenalización parcial del aborto en Colombia.
- Barreiro, A. M. (2004). La construcción social del cuerpo en las contemporáneas. *Papers: Revista de sociología*, (73), 127-152.



- Barros, R. S. (2003). Utilitarianism. *Eidos: Revista De Filosofía De La Universidad Del Norte*, (1) Retrieved from <https://search-proquest-com.sibulgem.unilibre.edu.co/docview/1435689452?accountid=49777>
- Bates, R (2008) "State Failure", *Annual Review of Political Science*, núm. 11
- Baumann, J (1986) *Derecho Procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Beade, G A (2015) La relativa Importancia del Merecimiento. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*. Año II, No. 1, Abril.
- Beauchamp, T y Childress, J (2001) *Principles of biomedical ethics*. 5a edicion. NY: Oxford.
- Beauchamps and Childress, *Principles of biomedical ethics*, 1979.
- Beccaria, (2015) *Tratado de los delitos y las penas*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Beccaria, Cesare (1998) *De los delitos y de las penas*. Madrid: Alianza.
- Beleña, López, Ángel. *Obligación y consecuencialismo en los moralistas británicos*, Universidad Complutense de Madrid, 2006. ProQuest Ebook Central, <https://ebookcentral.proquest.com/lib/unilibrebaqsp/detail.action?docID=3168795>.
- Bello, A (1981) *Derecho romano*. Caracas: Universidad de Alicante.
- Bentham, J. (1781). *An introduction to the principles of morals and legislation. History of Economic Thought Books*.



- Bentham, J. (1789 [2008]). *Los principios de la Moral y la Legislación*. Buenos Aires: Editorial Rivera-Sotelo, A. S. (2011). El utilitarismo de Jeremy Bentham ¿fundamento de la teoría de Leon Walras? *Cuadernos de Economía*, 30(55), 55-76.
- Benyakar, M (2006) *Lo disruptivo. Amenazas individuales y colectivas: el psiquismo ante guerras, terrorismos y catástrofes sociales*. Buenos Aires Editorial Biblios.
- Bergel, S. D. (2007). Bioética, cuerpo y mercado. *Revista Colombiana de Bioética*, 2(1).
- Berlin, I (1988) "Dos conceptos de libertad", en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid: Alianza, pp. 187-243. En Serrano Gómez, E. (2014). ¿Libertad negativa vs libertad positiva? *Andamios*, 11(25), 217-241.
- Berlín, I. (2001). *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Madrid: Alianza.
- Berlinguer, G. (1996). *Ética de la Salud*. Buenos Aires: Lugar Editorial
- Berlinguer, G. (2002). *Bioética cotidiana*, Siglo XXI Ed., México
- Bermúdez, M. (2005). *El daño: especial énfasis en la responsabilidad civil extracontractual del Estado*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Bernal Acevedo, G. L. (2005). Las reformas procesales penales en Colombia. *IUSTA*, 1 (22).
- Bernal Crespo, J. (2017). Los derechos fundamentales de las personas transgénero. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(38), 229-245. doi:<http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2018.38.11881>



- Betti, E. (1968). Teoría general del negocio jurídico. Segunda edición. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, páginas 45 y ss.
- Bocado, E. (2005). El Principio de Utilidad. Un Principio Peligroso. *Astrolabio*, (1), 1-31.
- Bourdieu, P (2000). "La dominación masculina". Barcelona: Editorial Anagrama.
- Bouvier, H. (2015). Legítima defensa y justificación: Consideraciones sobre la legítima defensa y el liberalismo a partir de algunos textos de Carlos Nino. *Análisis Filosófico*, XXXV (2), 207-226.
- Bovino A; Hurtado, C (2003) Principio de Oportunidad y proceso de reforma en América latina. Algunos problemas de política criminal. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- BRITO, M (1984) "Congreso Internacional de Derecho Administrativo". Universidad de la República, Montevideo, pp. 118 y 119.
- Buitrago Quintero, M. A. (2018). Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia y Constitución democrática. *Revista Verba Iuris*, 14 (41). pp. 15-45.
- Büllo, O (2018) *Gesetz und Richteramt*. Alemania: Wenworth Press.
- Burgos J, M. El personalismo. Autores y temas de una Filosofía nueva. Madrid: Ediciones Palabra; 2000. p. 26.
- Burgos Velasco, J. M. (2013). ¿Qué es la bioética personalista? Un análisis de su especificidad y de sus fundamentos teóricos. *Cuadernos de bioética*, 24 (1).
- Bustos Ramírez, J (1997) *Lecciones de Derecho penal*. Madrid: Trotta.





- Cabanellas, G (1993) Diccionario Jurídico Elemental. (11) Editorial Heliasta.
- Cabral, M. (2013). La paradoja transgénero. Recuperado de <https://programadssrr.files.wordpress.com/2013/05/la-paradoja-transgc3a9nero.pdf>
- Cachorro, G. (2008). Cuerpo y subjetividad: Rasgos, configuraciones y proyecciones. In Jornadas de Cuerpo y Cultura de la UNLP 15 al 17 de mayo de 2008 La Plata, Argentina. Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. Departamento de Educación Física.
- Calero, H. A. O. (2010). La función del interés y de las pasiones en la teoría hegeliana de los grandes hombres. *Criterio Libre Jurídico*, 7 (1 enero-Ju), 31-46.
- Calveiro, P (2014): Violencias de Estado. La guerra antiterrorista y la guerra contra el crimen como medios de control global. Siglo XXI.
- Camacho, J. M. (2009). Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores. *Bioethics*, 2009, 1-18.
- Candioti, M.E. (2008b). Las raíces pragmáticas de la racionalidad en las concepciones de Wittgenstein, Winch y Putnam. En: Berrón, M.; Gonzalo, A.; Prono, M. I. Acción, pasión y racionalidad. Investigaciones filosóficas. Santa Fe, UNL. Pp.: 176-183.
- Carbonell, Miguel (2015) El ABC de los Derechos Humanos y del Control de Convencionalidad", segunda edición. México: Editorial Porrúa.
- Carcaba Fernández, M (1995). Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana. Barcelona: J.M. Bosch Editor S.A.



- Cárdenas Gracia, J. (2014). Noción, Justificación Y Críticas Al Principio De Proporcionalidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLVII (139), 65-100.
- Carnevali Rodríguez, Raúl. (2008). Derecho Penal Como Ultima Ratio. *Hacia Una Política Criminal Racional. Ius et Praxis*, 14(1), 13-48
- Carral Novo, J., Parellada, J. (2003). Problemas bioéticos para la donación postmortem para trasplantes de órganos. Recuperado de [http://bvs.sld.cu/revistas/mie/vol2\\_2\\_03/mie10104.pdf](http://bvs.sld.cu/revistas/mie/vol2_2_03/mie10104.pdf)
- Carranza, E. (2009). Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe. México D.F.: Siglo Veintiuno Editores.
- Carvajal Orozco, J. G. (1964) La racionalidad practica kantiana y su contribución a la ética empresarial. Colombia, Manizales: Universidad Nacional de Colombia.
- Casado, M. (2008). A propósito del aborto. *Revista de bioética y derecho*, (12), 17-18.
- Casado González, M. (2002). ¿Por qué bioética y derecho? *Acta bioethica*, 8(2), 183-193.
- Casas Becerra, L; Dides Castillo, C. (2007). Objeción De Conciencia Y Salud Reproductiva En Chile: Dos Casos Paradigmáticos. *Acta bioethica*, 13(2), 199-206. <https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2007000200007>
- Castillo González, F. (2004). La legítima defensa. Francisco Castillo González.
- Cely Galindo, G. (2005). Bioética Humanismo Científico Emergente. Pontificia Universidad Javeriana, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas, Bogotá, DC



- Chaparro, G. R. (2016). El mercado de órganos humanos. *Semestre Económico*, 19(39), 113-130.
- Chaparro, G. R. (2017). The presumption of organ donation in Colombia: reflections for the debate. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 17(2), 92-106.
- Chapus, R. (2010) Responsabilité publique et responsabilité privée. *Revue internationale de droit comparé*. Editorial La Mémoire du droit
- Chiovenda, José. Principios de derecho procesal civil. Madrid: Editorial Reus S.A., 1992, p. 260.
- Chomsky, N (2007) Estados Fallidos: el abuso de poder y el ataque a la democracia. Barcelona: Ediciones B.
- Cigüela Sola, J (2015). Derecho Penal y Exclusión Social. *Isonomia* No. 43, octubre.
- Cigüela Sola, J (2019) Crimen y castigo del excluido social. Sobre la legitimidad política de la pena. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Cita, R. A., & Cubides, J. A. (2013). El discurso de la Seguridad Humana y su influencia en la configuración de políticas públicas en materia de seguridad y defensa nacional y de seguridad ciudadana. *Derecho y Sociedad*, 47 a 66.
- Colegio 24hs (2004). El utilitarismo. Recuperado de <https://ebookcentral.proquest.com>
- Coleman, P. «Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions». *Tennessee Law Review*, 50, 1982, pp. 71-118, en p. 75. En Lamm, E. (2012). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres* (Vol. 2). Edicions Universitat Barcelona.



- Conejo Certucha, F. (2012). Enciclopedia Jurídica Mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas - Porrúa - UAM, México. pp. 128, 442-444.
- Copello, L (2009) Logoterapia en cárceles. El sufrimiento como escuela de humanización. Buenos Aires: Editorial San Pablo.
- Collignon Goribar, M. M, & Lazo Corvera, P. (2017). Derechos humanos/sexuales, género y biopolítica: reflexiones sobre la configuración subjetiva del derecho a la libre elección de identidad de género. La ventana. Revista de estudios de género, 5(45), 50-87.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas”, 2013.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas”, OEA (2011: 174, ap. 455).
- Conferencia Episcopal Española y Comité para la Defensa de la Vida (2004) El aborto. 100 cuestiones y respuestas sobre la defensa de la vida humana y la actitud de los católicos. España: Editorial Palabra.
- Consejo Iberoamericano de Donación y Trasplante. (2008). Newsletter: Actividad de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, y Recomendaciones Aprobadas por el Consejo Iberoamericano de Donación y Trasplante. Recuperado de <http://www.ont.es/publicaciones/Documents/iberoamericaNEWSLETTER08.pdf>
- Contreras Vásquez, P. (Editores) (2017) Manual sobre derechos fundamentales. Teoría General. Santiago: LOM Ediciones.



- Cordua, C. (2001). Hegel sobre las necesidades humanas. *Revista de Filosofía*, 57, 167-179.
- Coria C, D. C. (2006). Las garantías constitucionales del proceso penal. Tomo II, 1029
- Corredor C, E A (2009) Realismo jurídico y eutanasia. Comentarios al dilema iusteorico de la reglamentación de la muerte digna en Colombia. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Cortina A. (1994). *La Ética de la Sociedad Civil*. P. 126
- Cortina, A. (1999). *Ciudadanos como protagonistas*. Ed. Galaxia-Gutenberg.
- Cote-Barco, G. E. (2007). La necesidad de la pena-reflexiones a partir de los artículos 3º y 4º del Código Penal colombiano. *Vniversitas*, (114), 191-225.
- Cruz Parceró, J. (2001). La causa justa y los problemas de la legítima defensa (Comentarios a Justificar la guerra de Teresa Santiago). *Signos Filosóficos*, (6), 281-290.
- Da Costa, M. (2003). El principio de Autonomía. En: *Revista Latinoamericana de Bioética*. Universidad Militar Nueva Granada. Edición 5. Bogotá.
- De Cervantes Saavedra, M (1985) *El Ingenioso Hidalgo, Don Quijote de la Mancha*. Madrid: Imprenta Nacional, CAPÍTULO LVIII
- De las Morenas Travesedo, P. (1999). *Bioética*. Cuadernos de trabajo social, (12), 245-260.
- De Vicente Martínez, R (2016) *Vademécum de Derecho Penal*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.



- Defelitto, J. R., Cariello, A., Defelitto, J. R., & Cariello, A. H. (2011). Cirugía.
- Del Valle, C. P. (2017). Impunitas y el derecho" en sentido subjetivo". *InDret*, (3). <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/328633/419240>
- Di John, J (2010) Conceptualización de las causas y consecuencias de los Estados Fallidos: una reseña crítica. *Revista de Estudios Sociales*.
- Díaz, J. A. Á. (2012). ¿Bioética latinoamericana o bioética en Latinoamérica? *Revista Latinoamericana de Bioética*, 12(22), 7.
- Diez Ripollés, J. L. (1995). Eutanasia y derecho. *Anuario de filosofía del derecho*, (12), 83-114.
- Diez Ripollés, J. L. (1997). El bien jurídico protegido en el Derecho penal garantista. *Jueces para la democracia*, (30), 10-19.
- Domat, J (2012) *Las leyes civiles en su orden natural*. Bogotá: ABC-Arché.
- Domenech, I. P. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. *Jueces para la Democracia*, (28), 69-75.
- Donagan, Alan. "Is there a Credible Form of Utilitarianism?". En Michael D. Bayles (ed.), *Contemporary Utilitarianism*. 1968. En Posner, R. A. (1979). *Utilitarismo, economía y teoría del derecho*. *Journal of legal studies*.
- Dorff, R (2005) "Failed States After 9/11: What Did We Know and What Have We Learned?", *International Studies Perspectives*, núm. 1, vol. 6



- Dueñas Rugnon, R. (2008). La responsabilidad del Estado por las actuaciones jurisdiccionales. Bogotá D.C.: Colección textos de jurisprudencia.
- Duetsch, L (1982) Diez y seis años en Siberia. Editorial F. Sempere y Compañía, Madrid, 1905, Tomo I, pág. 89.
- Duque, F. (2004). Dar razón de la libertad en Kant y en Hegel. *Tópicos*, (12), 5-40.
- Durkheim, E (1895). Las reglas del método sociológico. Madrid: Morata.
- Durkheim, E. La división del trabajo social. Madrid: Akal Editor.
- Dworkin, R. (1994). *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Ariel.
- El Convenio de Oviedo, para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano. (1997). Recuperado de <http://www.bioeticanet.info/documentos/Oviedo1997.pdf>
- Emeka, John (2007). Fracaso y colapso del Estado africano: el ejemplo de Nigeria. FRIDE. Disponible en: <http://www.fride.org/download/akude.esp.pdf%E2%80%8E> [consultado 10 de septiembre, 2012]
- Emilio Betti (1970) Teoría general de las obligaciones. Madrid: Ed. revista de derecho privado.
- En American Journal of Law & Medicine, Boston University School of Law, Vol. 3, Núm. 10.
- Escobar Gil, R. (2011). Medidas substitutivas a la pena de privación de libertad. *Derecho y Humanidades*, (18).



- Escríbar, A., Pérez, M., & Villarroel, R. (Eds.). (1991). *Bioética: fundamentos y dimensión práctica*. Editorial Mediterráneo.
- Estrada Alvarado, G. V (2015). La expresión de la voluntad como ejercicio del derecho a la autodeterminación de las personas, en el documento de voluntad anticipada, de acuerdo a la ley de voluntad anticipada para el estado de Guanajuato en México. *Lumen*, (11), 33-46.
- Fabra, J., & Nuñez, A. (2015). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (cap. 48). Cit. Dworkin, Ronald (1977) *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth.
- Faralli, C. (2016). Aspectos filosóficos y jurídicos del debate sobre el tema de la eutanasia y del suicidio asistido. Una comparación entre los Estados Unidos de América e Italia. *Opción*, 32 (79), 13-31.
- Farrell, M. D. *Enseñando Ética*. Argentina: Universidad de Palermo. Capítulo 11.
- Farrell, M. D. (1989). Libertad negativa y libertad positiva. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (2), 9-20.
- Feijoo, Bernardo (2007), Individualización de la pena y teoría de la pena pro- porcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena. In *Dret*, Revista para el análisis del derecho. Recuperado de: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/78725/102801>.
- Fernández Carrasquilla, J. (2011). *Derecho penal, parte general. Principios y categorías dogmáticas*. Bogotá: Editorial Ibáñez. En Sotomayor Acosta, J., & Tamayo Arboleda, F. (2018). *La integración de las normas internacionales sobre derechos*





- humanos al derecho penal: una interpretación garantista. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 20 (1), 207-236. <http://dx.doi.org/https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5014>
- Fernández Rodríguez, M. D. (1994). Los límites del ius puniendi. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 47(3), 87-114.
- Ferrajoli, L (2004) *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L (2009) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L., & Ibáñez, P. A. (2006). La cuestión del embrión: entre el derecho y la moral. *Debate feminista*, 34, 33-53.
- Fins, J. J. (2013). Mentas aparte: Daño cerebral grave, ciudadanía y derechos humanos. In *Bioética, neuroética, libertad y justicia* (pp. 19-59). Fundación ETNOR para la Ética de los Negocios y de las Organizaciones.
- Flores Rodríguez, J. (2014). Gestación por sustitución: Más cerca de un estatuto jurídico común europeo. *Revista De Derecho Privado*, 27
- Flores Salgado, L. L. (2015). Autonomía y manifestación de la voluntad en el testamento vital y documento de voluntad anticipada en México. *Revista IUS*, 9(36), 155-178.
- Fondo de Cultura Económica (2001) *Una ética para el siglo XXI. Ética y derechos humanos en un tiempo postmetafísico*. Argentina: Fondo de Cultura Económica.



- Foucault, M (2003) *Vigilar y Castigar*. Argentina: Siglo XXI Editores.
- Frank, J (1936) *Law and the Modern Mind*. New York: Tudor
- Frank, J. (2000). *Legítima defensa con armas de fuego, Volumen III*. Buenos Aires: Ad-Hoc. En Gustin, M. E. (2017). *La legítima defensa: Las características y sus problemas de aplicación en el derecho penal argentino* (Bachelor's thesis).
- Freixa Sanjuán, T., y Remotti. En CÁMARA, S., (2012). *Diccionario de Derechos Humanos*. Universidad de Alcalá, España. Recuperado de: [http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos\\_pub/to\\_pdf/21](http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/to_pdf/21)
- Freud, S. (1970). *El malestar en la cultura* (Vol. 328). Ediciones Akal.
- Friederich N (2006) *Segunda consideración intempestiva*, 1a Ed. Buenos Aires: Libros del Zorzal.
- Fuentes Cubillos, Hernán. (2008). *El Principio De Proporcionalidad En Derecho Penal: Algunas Consideraciones Acerca De Su Concretización En El Ámbito De La Individualización De La Pena*. *Ius et Praxis*, 14(2), 13-42. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200002>
- Galán G., Oscar B (2006) *La necesidad de la pena como agente de valoración pretípica en el marco de la política criminal alternativa*. *Derecho y Realidad*. Número 7, I. Semestre. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC.
- Gallee, C. L. (1984). "Surrogate Mother Contracts: A View of Recent Legislative Approaches", en *Journal of Health Law, American Health Law Associations*, Vol. 6, Núm. 24, 1992, pp. 175-176; Cohen, B., "Surrogate Mothers: Whose Baby Is It?",



- Garavito, J.H. C. M (1995) Poeta. Thesaurus. Tomo L, Números 1, 2 y 3. Centro Virtual Cervantes, XLV.
- García Amado, J. (2008). Sobre el ius puniendi: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites. *Documentación Administrativa*, 0(280-281). doi:<http://dx.doi.org/10.24965/da.v0i280-281.9600>
- García Cavero, Percy (2010): “El derecho a la vida del concebido en los casos de aborto terapéutico”, *Revista de Derechos Humanos*, Universidad de Piura, N° 1: pp. 193-206
- García de Enterría, E, Ramón Fernández, T (1993) Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, , Tomo II.
- García de Enterría, E. & Fernández Rodríguez, T. (1998). Curso de derecho administrativo II. Quinta Edición. Madrid: Civitas Ediciones. Pág. 378
- García Capilla, D. J. (2011). La deliberación moral en bioética: interdisciplinariedad, pluralidad, especialización. Ideas y valores: *Revista Colombiana de Filosofía*, 60(147), 25-50.
- García Ramírez, S. (1974). Curso de derecho procesal penal. Editorial Porrúa. pp. 571-630.
- García, J. (2013). Bioética personalista y bioética principialista. Perspectivas. *Cuadernos de Bioética*, XXIV (1), 67-76.
- García, Y. M. G., & Rojas, P. L. V. (2012). El impacto social de la donación de órganos en Colombia. *Revista Tendencias & Retos*, 17(1), 105-114.
- Garland, D. (2006). Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social. México: Siglo XXI Editores.



- Garzón Díaz, F. (2000). *Bioética: Manual interactivo*. Bogotá: 3R Editores Ltda.
- Garzón Valdés, E (1990) "Consenso, racionalidad y legitimidad". *Isegoría*, núm. 2, pp. 13-28.
- Germán Zurriarain, R. (2008). El utilitarismo ético en la investigación biomédica con embriones humanos. *Persona y Bioética*, 12(1), 16-28.
- Giaccaglia, M. A., Britos, M. D. P., Candioti, M. E., Méndez, M. L., & De Zan, J. (2011). Discurso, subjetividad y filosofía práctica. *Ciencia, docencia y tecnología*, (42), 71-106.
- Gil Botero, E. (2011). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Editorial Temis.
- Gil, R. E. (2011). Medidas sustitutivas a la pena de privación de libertad. *Derecho y Humanidades*, (18).
- Gimeno Sendra, Moreno Catena y Cortés Domínguez (1999) *Derecho Procesal*. Editorial Colex.
- Giraldo-Cadavid, L. F. (2008). Muerte, eutanasia y cuidados paliativos. *Persona y Bioética*, 12(2), 158-168.
- Goite Pierre, M., & Medina Cuenca, A., & Fernández Romo, R., & Huertas Díaz, O., & Ruiz Herrera, A. (2016). Globalización, Derecho Penal Mínimo Y Privación De Libertad A 250 Años De La Obra Cumbre De Beccaria. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, XIX (38), 109-126.
- Gómez Barboza, P. (1995). Caracteres generales de la filosofía utilitarista y su incidencia en la concepción de los derechos. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (16).



- Gómez de la Torre, I. B; Arroyo Zapatero, Luis, et al (2010) Curso de Derecho Penal. Parte General. Editorial Experiencia.
- Gómez Sánchez, Y. (1994). El derecho a la reproducción humana. Editorial Marcial pons, Madrid.
- Gómez, Y (1994) El derecho a la reproducción humana. España, Madrid: Marcial Pons.
- González Esteban, E. (2007). Una lectura actualizada de la ética aristotélica. La mirada de Martha Nussbaum.
- González, J. M. V. (2017). Aspectos éticos y jurídicos del trasplante de órganos. La especialidad de la donación en asistolia. *Dilemata*, (23), 129-157.
- González, S. V. (2014). Situación Actual De La Gestación Por Sustitución/Current State Of Surrogate Motherhood. *Revista De Derecho UNED*, (14), 897-931.
- Gostin, L. y Mann, J.M. (1999). Toward to development of a human rights impact assesment for the formulation and evaluation of public health policies. En Mann, J.M. et al. (Eds.). *Health and Human rights. A reader*. London & New Routledge, p. 52-74
- Gracia Martin, L. Sobre la negación de la calidad de persona como paradigma del Derecho Penal del enemigo, en: *Derecho Penal del Enemigo* (2006) Madrid: Edisofer.
- Gracia, D. (2001). Trasplantes de órganos: medio siglo de reflexión ética. *Nefrología*, 21, 13-29.
- Güechá M., Ciro N., LA FALLA EN EL SERVICIO: UNA IMPUTACIÓN TRADICIONAL DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores* - pp. 95 - 109, 2012 - I



- Guerra, Y. M. (2014). Bioética, trasplante de órganos y derecho penal en Colombia. *Principia Iuris*, 15(15).
- Gumucio Schonthaler, Juan C (1994). Procreación asistida heteróloga. Efectos civiles en relación con el matrimonio y la filiación. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21 N° 2, págs. 329-343.
- Günther, K (2005) *Schuld un Kommunikative Freiheit*. Fráncfort del Meno, Vittorio Klostermann.
- Gutiérrez Sanín, F (2009) *The Quandaries of Coding and Ranking: Evaluating Poor State Performance Indexes*. Crisis States Working Paper Series, No. 58, Crisis State Research Centre, Londres.
- Guzmán, D. (2007). El ethos filosófico. *Praxis filosófica*, (24), 137-146.
- Habermas, J (2005) *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4a. ed. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (1993), *Moralidad, ética y política. Propuestas y críticas*, México: Alianza Editorial.
- Habermas, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, 55(64), 3-25.
- Hart, L.A (1968) *Punishment and Responsibility*, Oxford.
- Hassemer, W. (1998). *Perspectivas del Derecho penal futuro*. *Revista penal*, (1), 37-42.
- Heck, P (1961) *El problema de la creación del derecho*, Barcelona: Editorial Ariel.
- Hegel, G.W.F. (1975). *Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal*. Alianza Editorial. Madrid, p. 44



- Heller, A., & Rivero, Á. (1996). *Una revisión de la teoría de las necesidades*. Barcelona: Paidós.
- Henao Cardona, Luis Felipe. (2004). ¿El derecho penal puede y debe transformar radicalmente sus contenidos de protección? *Estudios Socio-Jurídicos*, 6(2), 501-533.
- Henao Pérez, J. C. (1998). *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés (Segunda reimpresión ed.)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Henao, J. (2015). Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. *Revista de Derecho Privado*, (28), pp. 277-366. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri>
- Henao, J. C (2007) *El Daño- Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p.131
- Herman, J (2004). *Trauma y Recuperación: Cómo superar las consecuencias de la violencia*. Madrid: Colección Espasa Hoy.
- Hermosilla, J., & van Weezel, A. (2009). *Contrapunto: El Aborto Terapéutico*. *Revista Chilena de Derecho*, 36 (1), 205-208.
- Hinestrosa Forero, F. (2001). *Tratado de las Obligaciones (Segunda ed.)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Hobbes, T (2004) *El Leviatán*. Biblioteca del Político. Recuperado de: <http://juango.es/files/hobbes-leviat-n.pdf>



- Horvitz, M. I. (2012). Seguridad y garantías: derecho penal y procesal penal de prevención de peligros. *Revista de Estudios de la Justicia*, (16), 99-118.
- Hottois, G. (1999). *Essais de Philosophie, bioéthique et biopolitique*, Librairie Philosophie J. Vrin, Paris, p. 56.
- Howard, J (2003) *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*. Mexxico: Fondo de Cultura Económica.
- Hoyos Valdés, D. (2007). Ética de la virtud: alcances y límites. *Discusiones filosóficas*, 8(11), 109-127.
- Hrushka, J. (2004). Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y Kant. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 57(1), 5-18.
- Huber, B. (1994). Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 47(3), 155-176.
- Hubner, J. A. (1974). Aspectos legales de los trasplantes de órganos. *Derecho PUCP*, 32, 89.
- Hume, D. On Suicide.
- Ihde, D. (2004). *Los cuerpos en la tecnología: nuevas tecnologías: nuevas ideas acerca de nuestro cuerpo*. Editorial UOC.
- INPEC (1997). "Análisis de la población general de reclusos y el fenómeno del hacinamiento". Oficina Asesora de Planeación.
- INPEC, Resena Historica Documental. Recuperado de: <http://www.inpec.gov.co/web/guest/institucion/resena-historica-documental>





IV Informe de la Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-388 de 2013 sobre la crisis del sistema penitenciario. Recuperado de: <https://www.dejusticia.org/litigation/politica-carcelaria-en-colombia-aun-es-insostenible-comision-de-seguimiento-a-tesis-del-sistema-penitenciario-y-carcelario-2/>

Jackson, Roberth (2009). Los Estados Fallidos y la tutela internacional. *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, (10). Recuperado de: <http://www.relacionesinternacionales.info/ojs/issue/view/10.html>

Jakobs, G (1996) *Sociedad, norma y persona en una teoría del Derecho penal funcional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Jiménez de Asua, L (2004) *Principios Del Derecho Penal. La Ley Y El Delito*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

Jiménez De Asúa, L. (1976). *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada.

Jiménez Díaz, M. J. (2014). Sociedad del riesgo e intervención penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (16-08), 08.

Jiménez Ramírez, L. J. (2010). Vigencia de la Ley Aquilia en el Derecho Civil colombiano. *Criterio Jurídico Garantista*, 2 (2).

Justiniano (533) *Institutas*. En *Digesto*

Kant, I (2000) *Crítica a la Razón Práctica*. Mexico: Edit. Porrúa.

Kant, I (2007) *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. (1ª Edición) San Juan, Puerto Rico: Edición de Pedro M. Rosario Barbosa.



- Kant, I., 2003, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. Manuel García Morente, Ediciones Encuentro, Madrid.
- Kant, Immanuel. 1989. *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos.
- Kant, *Metaphysik der Sitten*, 1975, p. 73, pp. 235-236 en Del Valle, C. P. (2017). "Impunibilitas y el derecho" en sentido subjetivo". *InDret*, (3).
- Kantorowicz, Hermann (1934) *Some Rationalism about Realism*, *Yale Law Journal*, Vol. 43.
- Keller, Heidi, Kuensemüller, Petra, Abels, Monika, Voelker, Susanne, Yovski, Relindis, Jensen, Henning, Papaligoura, Zaira, Lohaus, Arnold, Rosabal-Coto, Mariano, Kulks, Daniela y Mohite, Prerna. (2005). *Parenting, Culture and Development. A Comparative Study*. San José: Instituto de Investigaciones Psicológicas, Universidad de Costa Rica.
- Kuhse, H (1995) "La Eutanasia," en *Compendio De Ética*, ed. Peter Singer. Madrid: Alianza Editorial.
- L. Hierro, L. (1989). *Libertad y responsabilidad penal*. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 42(2), 561-570.
- La Orden Miracle, E. (1933): *El estado de necesidad y el Derecho privado*. Murcia: Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- Laje Anaya, Justo, (2004) *Tentativa y Participación. Estructura del Crimen y del Delito en el Código Penal de Paraguay de 1997*. Editorial Alveroni. Córdoba.
- Lamm, E. (2012). *Gestación por sustitución: Realidad y Derecho*. *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, (3), 10-49.



- Lamus, F., & Rocha, S. (2005). Salud pública y aborto. *Persona y Bioética*, 9 (1), 11-20.
- Landrove Díaz, G (2009) El nuevo derecho penal. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Lara Carrión, L. (2016). Transplantes de órganos: Análisis ético-actitudinal de la población chilena. Algunas comparaciones con la realidad española.
- Larenz, K (1994) Metodología de la ciencia del derecho. Barcelona: Editorial Ariel.
- Lariguet, G. (2014). Practical Philosophy Impure and Normative. *Coherencia*, 11(20), 187-213.
- León, F. J. (1997). Dignidad humana, libertad y Bioética. *Persona y bioética*, (1), 124-147.)
- León-Correa, F. J. (2008). Ética del cuidado feminista y bioética personalista. *Persona y Bioética*, 12(1), 53-61.
- Linera, M. Á. P., & Blanco, P. J. (2014). Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea. *Civitas. Revista española de derecho europeo*, (51), 9-44.
- Llano Alonso, F (2018) Palacios, plazas, patíbulos. La sociedad española moderna entre el cambio y las resistencias. Cap. La singularidad tecnológica o el triunfo de la inteligencia artificial sobre la humanidad. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Llewellyn, K (1931) Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*. Vol. XLIV



- Lolas-Stepke, F. (2000). "Introducción: Hacia una bioética para América Latina y el Caribe". En: F. Lolas Stepke (Ed.), *Bioética y cuidado de la salud. Equidad, calidad, derechos*, OPS/OMS, Santiago de Chile, pp.13-18.
- Londoño Jiménez, H. L. (1982). *Derecho procesal penal*. Temis.
- Londoño Lázaro, M. C. (2010). El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 43(128), 761-814.
- Lopera M, G (2006) *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid.
- López Barja de Quiroga, J (2011) *Los límites de la vida y la libertad de la persona*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- López Betancourt, E (2007) *Introducción al derecho penal*. México: Editorial Porrúa.
- López Guardiola, S. G. (2012) *Derecho Penal I*. Editorial Red Tercer Milenio.
- López Guzmán, J., & Aparisi Miralles, Á. (2012). Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada.
- López Moratalla, N. (2014). La ética y la bioética de la programación de la humanidad. *Revista Lasallista de investigación*, 11(1), 41-50.
- López, M. T. E. (2012). *principialismo*. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/rlb/v12n2/v12n2a01.pdf>
- López-Moratalla, N. (2013). *Biología y Ética de la Bioética: la urgente necesidad de realismo*. *Cuadernos de Bioética*, 80, 251-265.



- Lukac, M. L. (2007). Fundamentos filosóficos de la bioética contemporánea. Buenos Aires: Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.
- Lundstedt, A. V. (1924). Vågen till fred: Revolution inom den rättsliga föreställningsvärlden nödvändig. Tidens förlag.
- Luzón Peña, D. M (1993). La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. Anuario de derecho penal y ciencias penales, 46(1), 21-34.
- Mainetti, J. A., (1993). Bioética en América Latina. Estudios Bioéticos, Quirón, La Plata, p. 145-165. Reimpreso en: Mainetti, J. A., "Bioética en América Latina", Revista Selecciones de Bioética, vol. 1, 2002, pp. 98-106.
- Maiorano Luis, J. (2008). La Responsabilidad del Estado por error judicial. En: Cassagne Carlos. (1a Ed.), Responsabilidad del Estado. (pp. 419-429). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Malamud Goti, Jaime, (2000) "A propósito de una sentencia bien intencionada", Nueva Doctrina Penal.
- Malem Seña, J. (2008). El error judicial y la formación de los jueces. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A.
- Malo Garizábal, M. (2004). Derechos Fundamentales. Bogotá: Editorial Panamericana. Tercera Edición.
- Mancilla, A. (2017). What the Old Right of Necessity Can Do for the Contemporary Global Poor. *Journal of Applied Philosophy*, 34(5), 607-620. <https://doi-org.sibulgem.unilibre.edu.co/10.1111/japp.12170>



- Marcos Del Cano, Ana, M., & de Castro Cid, B. (1999). Eutanasia y debate sobre la jerarquía de los valores jurídicos. *Persona y Derecho*, 41, 353.
- Marcos, A. M. Eutanasia: relevancia jurídica penal del consentimiento. Análisis a la luz del Código Penal vigente) *Cuadernos de Bioética de Galicia*, 16, 53-62.
- Márquez-Estrada, J. (2013). Estado punitivo y control criminal. Cárceles, prisiones y penitenciarias en el Siglo XIX. *Revista Criminalidad*, 99 - 112.
- Martín, A. M. (2008). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo. Fundación BBVA.
- Martínez E. (1998) Leonor. *Diccionario de Filosofía: ilustrado: autores contemporáneos, lógica, filosofía del lenguaje*. Editorial Panamericana.
- Martínez Rave, G., & Martínez Tamayo, C. (2003). *Responsabilidad Civil Extracontractual* (Undécima ed.). Bogotá: Temis.
- Marx, C. (1972). *El Capital, Crítica a la Economía Política*. México: Fondo de Cultura Económica, I. III, p. 759.
- Mateu, J. C. C. (2001). Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad. In *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"* (pp. 129-144). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Medellín, C. (1999) *Lecciones de Derecho Romano*, Editorial Temis, Decimocuarta Edición, Bogotá, 1999, pp. 291, 300.



- Medina Cuenca, A. (2016). Los principios limitativos del ius puniendi y las alternativas a las penas privativas de libertad. *REVISTA IUS*, 1(19). Recuperado de <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/180/175>
- Medina Quiroga, C. (2005). Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo 1979-2004.
- Medina Quiroga, C. (2005). Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo 1979-2004*.
- Meini, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Derecho PUCP*, (71), 141-167.
- Mejía, L. M. (2012). El debilitamiento del principio de legalidad penal en las decisiones de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional colombiana. *Nuevo Foro Penal*, (78), 107-145.
- Mercado, R. (2001). Dilemas bioéticos en geriatría: toma de decisiones médicas. *Acta bioethica*, 7(1), 129-141)
- Michelini, D. J. (2010). Dignidad humana en Kant y Habermas. *Estudios de filosofía práctica e historia de las ideas*, 12(1), 41-49.
- Mill, J S. Sobre la Libertad en (1980) Sobre la libertad. El utilitarismo. Barcelona: Orbis
- Mill, J. S. (1991). El utilitarismo. Madrid: Alianza. En Reyes, P. B. (2017). El panóptico de bentham y la instrumentalización de los derechos humanos. *Universitas Philosophica*, 34(68) doi:<http://dx.doi.org.sibulgem.unilibre.edu.co/10.11144/Javeriana.uph34-68.pbdh>



- Ministerio de Salud y Protección Social Colombia. Situación de trasplantes en Colombia. (2018). Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/salud/MT/Paginas/donacion-y-trasplantes-de-organos.aspx>
- Mir Puig pelat, O. (2001). La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema. Madrid: Civitas Ediciones.
- Mizrahi, E. (2004). La legitimación hegeliana de la pena. *Revista de filosofía*, 29(1), 7-31.
- Montano, P. J. (2016). Legítima Defensa: ¿El Fin Justifica Los Medios? *Revista de Derecho* (15105172), 15(29), 59-63.
- Morales Peillard, A. M. (2006). Las salidas alternativas y las sanciones no privativas de libertad de reparación del daño y servicios en beneficio de la comunidad en el subsistema de responsabilidad penal de adolescentes infractores de la ley penal. *Revista de Estudios de la Justicia*, (7), 159-182.
- Morán Faúndes, J. M. (2015). Géneros, transgéneros: hacia una noción bidimensional de la injusticia. *Andamios*, 12(27), 257-278.
- Moreso, Josep J., Navarro, Pablo E., & Redondo, María C. (2001). Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Núm. 11, 1992. pp. 247-262.
- Muñiz, E. (2010). Las prácticas corporales. De la instrumentalidad a la complejidad. En E. Muñiz (coord.) *Disciplinas y prácticas corpóreas. Una mirada a las sociedades contemporáneas*. Barcelona: Anthropos.





- Muñoz Cardona, Á. E. (2008). La utilidad como satisfacción de sí. *Ecos de Economía: A Latin American Journal of Applied Economics*, 12(26), 129-168.
- Muñoz Conde, F; García Aran, M (2015) Derecho Penal. Parte General (9ª ed). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Murcia, Humberto, B. (2005). Recurso de casación civil. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda.
- Murphy, Jeffrie, 1973: "Marxism and Retribution". *Philosophy & Public Affairs*, vol. 2, pp. 217-243.
- Nino, C. S. (2014). La legítima defensa: fundamentación y régimen jurídico. (4ª reimpresión). Buenos Aires-Bogotá: Editorial Astrea.
- Núñez Paz, M.A. (2016) Interrupción Voluntaria de la Vida Humana. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Nussbaum, M. C., "Human Functioning and Social Justice: In Defense of Aristotelian Essentialism", *Political Theory*, vol. 20 (2), pp. 202-246, 1992.
- Observatorio de Política Criminal (2016). Línea base de indicadores de DDHH para el Sistema Penitenciario y Carcelario. Documento en construcción.
- Observatorio de Política Criminal (Sf) Mirada al estado de cosas institucional del sistema penitenciario y carcelario en Colombia. Recuperado de: <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/cosas%20institucional.pdf?ver=2017-03-09-181156-490>
- Ochoa Ávalos, M. (1998). El aborto: una discusión pública. *Revista de Estudios de Género. La ventana*, (8), 309-314.



- Olano Garcia, H (2016) Hablemos del derecho a la vida. *Ius Humani*, vol. 5 (209-216)
- Ospina Fernández, G; Ospina Acosta, E. (2005). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Editorial Tenis, páginas 7 y ss.
- Ossandón Widow, M. (2012). Aborto Y Justificación. *Revista Chilena de Derecho*, 39 (2), 325-369.
- Ossorio, M. (1981). *Diccionario de Ciencias jurídicas, políticas y sociales* (Vol. 38, No. 3). Editorial Heliasta.
- Osuna, D. G. (2018). El rostro de Jano en el discurso ético kantiano. *Revista Gestión y estrategia*, (52), 53-66.
- P. Ricoeur (1972) *La raison pratique*, Choniques. Sociales de France.
- Paillet, Michel. *La Responsabilidad Administrativa*, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- Palacio, J. S. T. (2017). Principio de inocencia y medida de aseguramiento privativa de la libertad en Colombia (Un estado constitucional de derecho). *Ratio Juris*, 6(13), 59-72.
- Palacios, M. (1999), "Un siglo para la actividad bioética". *Temas para al Debate*.
- Papacchini, A (2010) *Derecho a la Vida*. Cali: Editorial Universidad del Valle.
- Pavarini, M. (1992). ¿Menos cárcel y más medidas alternativas? *Nuevo Foro Penal*, (56), 197-206.
- Pawlik, M. (2013). El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad. *Derecho Penal y Criminología*, 34(96)



- Pedraza, Z. (2012). La disposición del gobierno de la vida: acercamiento a la práctica biopolítica en Colombia. *Revista de Estudios sociales*, (43), 94-105.
- Pendas Garcia. Estudio Preliminar. En Bentham, J (1990) *Falacias Políticas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. M° de la Presiden: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2847/4.pdf>
- Peña Pesina, M. D. L. (2003). El exceso en la legítima defensa (Doctoral dissertation, Universidad Autónoma de Nuevo León).
- Perdomo Torres, J. F. (2005). Fundamentación penal material para el ejercicio procesal del ius puniendi y su renuncia. *Derecho Penal y Criminología*, 26, 53.
- Pérez Alonso, E; Marin, E; Ramos Tapia, M (2010) *Fundamentos de derecho penal. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Pfeiffer, M. L. (2006). El trasplante de órganos: valores y derechos humanos. *Persona y bioética*, 10(2), 8-25.
- Pinto Bustamante, B. J. (2010). Bioética, crítica y sociedad: más allá del principialismo. *Revista Colombiana de Bioética*, 5(1).
- Planil, M (1947) *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Ed. Atalaya
- Plascencia Villanueva, R. (2010). Medidas de aseguramiento y reforma penal: una perspectiva desde los derechos humanos. *Derecho PUCP*, 65, 29.
- Polaino, Navarrete, M (2015) *Lecciones de derecho penal: parte general*. Tomo I (2a. ed.), Difusora Larousse - Editorial Tecnos.



- Portilla Contreras, G (2004). El derecho penal y procesal del "enemigo": las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos. In *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo* (pp. 693-720). Marcial Pons.
- Posner, R. A. (1979). Utilitarismo, economía y teoría del derecho. *Journal of legal studies*, 8.
- Pound, R (1959) *Jurisprudence*, West Publishing Co., Minnesota, Vol. I.
- Pozo, J. H. (1988). El principio de legalidad, la relación de causalidad y la culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal. *Nuevo Foro Penal*, (39), 11-41.
- Praeli, F. J. E. (2015). El cambio de sexo y su inscripción en el registro de Identidad Personal. El cambio que el Tribunal Constitucional no se atrevió a aprobar. *IUS ET VERITAS*, 24(50), 298-312.
- Puig, S. M. (2002). *Valoraciones, normas y antijuridicidad penal*. Tecnos.
- Quintero Olivares, G; Carbonel Mateu, J.C; Morales Prats, N; García Rivas, N; Álvarez García, F.J (2018) *Esquema de Teoría Jurídica del delito y de la Pena*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Quiñónez, J. V. C. Gestión de los miedos y subjetividad. Consideraciones acerca del lazo social, la impunidad y la seguridad ciudadana<sup>1</sup>. *Construcciones actuales del lazo social*, 17.
- Ramírez Ocampo, A (1991) "Ponencia para segundo debate de la nueva Constitución Política de Colombia" en *Gaceta Constitucional* No 112, 3 de julio de 1991, pp 7 y 8.



- Rawls, John (1996) Liberalismo político. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, Bogotá.
- Reyes Echandia, A (1979). "La antijuricidad penal". Colombia: Ediciones de la Universidad Externado.
- Ricken, F (1987) Etica General. Barcelona: Herder En Carvajal
- Orozco, J. G. (1964) La racionalidad practica kantiana y su contribución a la ética empresarial. Colombia, Manizales: Universidad Nacional de Colombia.
- Ricoeur, P (1977) El discurso de la acción, P. Calvo (trad.), Madrid: Cátedra.
- Ripollés, J. L. D. (1997). El bien jurídico protegido en el Derecho penal garantista. *Jueces para la democracia*, (30), 10-19.
- Rivero, J. (1984). Derecho administrativo. Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela.
- Robledo Malhue, C. A. (2014). La Protección Constitucional de la Vida del Nasciturus y la Despenalización del Aborto como Política Pública. *Revista de Estudios Políticos y Estratégicos.*, 2(2), 48-65.
- Rodríguez Garavito, C (2009) Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Rodríguez Orlando, A. (2000 - 2001). La Presunción de inocencia. Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.



- Rodríguez, E. (2009). Entre la servidumbre y la libertad: Hacia una resignificación política de los cuerpos. En A. Quiroz (coord.), Estudios de cultura, política y género (pp. 29-51). México: Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. En Ramírez Tovar, G E., & García Rodríguez, R. E. (2018). La Modificación Del Cuerpo Transgénero: Experiencias Y Reflexiones. Andamios, 15(37), 303-324.
- Rodríguez, Libardo R. (2008). Derecho administrativo general y colombiano. Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- Rodríguez, M. A. L. (2018). La presunción de inocencia frente a la detención preventiva en el estado carcelario. Inciso, 20(1), 46-56.
- Ross, A (1994) Sobre El Derecho y La Justicia. 5o ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Rostagnol, S. (2008). El Conflicto Mujer-Embrión En Debate Parlamentario Sobre El Aborto. Revista Estudios Feministas, 16 (2), 667-674.
- Rotberg (ed.). When States Fail: Causes and Consequences, Princeton, Princeton University Press, 2004.
- Rotberg, R. I. (2007, February). The failure and collapse of nation states. En Rotberg, R. I. (Ed.). (2004). When states fail: causes and consequences. Princeton University Press.
- Rotberg, Robert, 2002, "The New Nature of Nation-state Failure", Washington Quarterly, núm. 3, vol. 25
- Roxin, Claus (1997). Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito Traducción de la Segunda Edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón



- Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas
- Roxin, Claus. Derecho procesal penal. Vigésimo quinta edición. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 250.
- Roxin, Claus: Derecho penal, Parte general I (traducción de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel Díaz y García Conlledo, y de Javier de Vicente Remesal), Madrid, Civitas, 1997, 52 y ss; SCHÜNEMANN, Bernd: El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación, en: HEFENDEHL, Ronald: La teoría del bien jurídico, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 197 y ss; AGUADO CORREA, Teresa, op. cit., 1999, p. 159.
- Rubio Lara, P.A (2017) Manual Teórico práctico de la teoría jurídica del Delito. Valencia: Tirant Lo Blanch
- Ruiz Nieves, M. A. (2018). El concepto Transgénero en las Sentencias de Tutela (Colombia). *Verba Iuris*, (40), 95-110.
- Ruiz, A., Crespo, J. y Pellicer, A. (2000). El futuro de la reproducción asistida. *Cuadernos de Medicina Reproductiva. Reproducción Asistida del siglo XXI*, 6(2), 79. En Enguer Gonsálbez, P., & Ramón Fernández, F. (2018). Dilemas bioéticos y jurídicos de la reproducción asistida en la sociedad actual en España. *Revista Latinoamericana De Bioética*, 18(1), 104-135.
- Ruiz, Orejuela, W. (2010). Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Bogotá D.C.: Ecoe Ediciones.
- Ruiz-Bravo, P., & Patrón, P. (2009). Desarrollo humano y libertades: una aproximación interdisciplinaria. Retrieved from <https://ebookcentral.proquest.com>



- Salas Beteta, C. (2007). Principio de oportunidad: conciliación en el ámbito penal. *Revista internauta de práctica jurídica*, (19), 25.
- Sánchez Hernández, L. C. (2016). De la culpa de la lex Aquilia del derecho romano al principio de la responsabilidad por culpa en el derecho civil colombiano. *Revista de Derecho Privado*, (30), 287-335.
- Sánchez Olvera, A. R. (2009). Cuerpo y sexualidad, un derecho: avatares para su construcción en la diversidad sexual. *Sociológica (México)*, 24(69), 101-122.
- Sánchez, Álvarez, M. (2015) La responsabilidad del Estado en la administración de Justicia. En B. Marquardt (Ed). *El Estado constitucional en el tiempo y en el espacio. Anuario IV.* (pp. 473-525). Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia. Instituto Unidad de Investigaciones jurídico-sociales “Gerardo Molina” - UNIJUS.
- Sangero, B. (2006). A New Defense for Self-Defense. *Buffalo Criminal Law Review*, 9(2), 475-559.
- Sanguine, Odone (2003) Prisión provisional y derechos fundamentales, cit. Asencio Mellado. *La prisión provisional*, 1987, p. 26.
- Santofimio Gamboa (2013) Jaime Orlando. *La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando (2014) “Régimen de víctimas y responsabilidad del Estado. Una aproximación al derecho de daños desde la convencionalidad y la constitucionalidad”,





- Ponencia presentada en el Foro Interamericano De Derecho Administrativo, Ciudad de México.
- Santofimio, Gamboa, J. (2016). Responsabilidad del Estado por la actividad judicial. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Savater, Fernando (1999) Las preguntas de la vida. Barcelona: Círculo de Lectores.
- Sebastiani, M. (2018). El aborto como un bien social. *Revista de Bioética y Derecho*, (43), 33-43.
- Sen, A. (2000). Desarrollo y libertad. Barcelona: Planeta. En Reyes, P. B. (2017). El panóptico de bentham y la instrumentalización de los derechos humanos. *Universitas Philosophica*, 34(68) doi:<http://dx.doi.org.sibulgem.unilibre.edu.co/10.11144/Javeriana.uph34-68.pbdh>
- Serrano, G. (1994). La crítica de kant al cogito cartesiano y sus consecuencias sistemáticas. *Ideas y valores*, 43(94), 21-34.
- Sgreccia, E. (1994). *Manuale di Bioetica. Fondamenti ed etica biomedica*, Vita e Pensiero, Milano, pág. 52.
- Sgreccia, E. (1993). *Corpo e persona*, en Rodotá, S. (a cura di): *Questioni di bioetica*, Edit. Saggiario-Latterza, Roma
- Shelton, D. (1987). *International Law on Protection of the Fetus. En Abortion and Protection of the Human Fetus*. Dordrecht: artinus Nijhoff Publishers: 1-15.
- Sibilia, P. (2012). ¿Redes o paredes? La escuela en tiempos de dispersión. Buenos Aires: Tinta Fresca.
- Sierra, M. L. (2010). Bioética y ética civil. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 10(19), 006-009.



- Silva Sánchez, J. M. (1982). Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 35(3), 663-692.
- Soley-Beltran, P. (2014). Transexualidad y Transgénero: una perspectiva bioética. *Revista de Bioética y Derecho*, (30), 21-39.
- Sossa Rojas, A. (2011). Análisis desde Michel Foucault referentes al cuerpo, la belleza física y el consumo. *Polis. Revista Latinoamericana*, (28).
- Sotomayor Acosta, J., & Tamayo Arboleda, F. (2018). La integración de las normas internacionales sobre derechos humanos al derecho penal: una interpretación garantista. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 20 (1), 207-236. <http://dx.doi.org/https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5014>
- Spaemann R (1991) Felicidad y benevolencia. Madrid: Rialp; 1991. pp. 182-198. En Zurriarain, R. (2008). El utilitarismo ético en la investigación biomédica con embriones humanos. *Persona y Bioética*, 12 (30), 16-28.
- Sticca, M. A (2018) Elementos Estructurales del Estado de Necesidad en el Derecho Internacional Público. Universidad Nacional de Córdoba; Córdoba: Editorial Advocatus; Córdoba: Editorial Ciencia, Derecho y Sociedad.
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). Tratado de la Responsabilidad Civil (Séptima reimpresión; segunda ed., Vol. II). Bogotá: Legis.
- Tasset, J. L. (2013). Razones para una buena muerte (La justificación de la eutanasia en la tradición utilitarista: De David Hume a Peter Singer). *Télos*, 18(1-2), 153-195.



- Teresa, S. (2001). Justificar la guerra. Universidad Autónoma metropolitana UAM Azcapotzalco. MA Porrúa, México.
- Tirado Acero, M. (2011). ¿Por qué en Colombia no está generalizada la práctica de la donación de órganos? Una mirada desde la Bioética.
- Tong, R. (2002). Teaching Bioethics in the New Millennium: Holding Theories Accountable to Actual Practices and Real People. *Journal of Medicine and Philosophy*. Volumen 27 (4). pp 417- 432. Oxford University Press.
- Torrado, R., & Lourdes, M. (2007). Postura de la Corte Constitucional Colombiana en relación con el poder sancionador de la administración. *Revista de derecho*, (28), 300-328.
- Torres Herrera, M.R. et al (2019) Lecciones de Derecho Penal Parte General. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Torres Ortega, Ilse Carolina, La Justificación del Castigo en la filosofía del Derecho contemporánea, Universidad de Alicante, Tesis Doctorales.
- Triana, R. A y otro (2017) La Proporcionalidad de las Penas en la Legislación Penal Colombiana. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Ugarte Godoy, J. J. (2006). El Derecho a La Vida y La Constitución. *Revista chilena de derecho*, 33(3), 509-527. DOI: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372006000300004>
- Valencia Zea, A. (2004). Derecho Civil, de las Obligaciones (Reimpresión novena ed., Vol. III). Bogotá: Temis.
- Valtin, R y Walper, S (1996). Lo que los niños piensan sobre los castigos. *Educación*, 54, 61-83.



- Vázquez, R., & Parceró, J. A. C (2010). Derechos de las mujeres en el derecho internacional. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Vidal, M., Bioética. Estudios de bioética racional, Madrid, Tecnos, 1989, p. 16. Sobre las distintas acepciones del término bioética, vid., asimismo, G900, J. (ed.), Fundamentación de la bioética y manipulación genética, Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 1988, especialmente pp. 11-130
- Vidal, S.M. (2006). ¿Ética o mercado?, una decisión urgente, e Keyeux, G., Penchaszadeh, V.B. y Saada, A.: Ética de la investigación en seres humanos y políticas de salud pública. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia y UNESCO, P. 191-232
- Villarroel, R. (2000). Bioética hermenéutica. Acta bioethica, 6 (1), 141-157.
- VIVES ANTÓN, T.S (1995) "La libertad como pretexto". Valencia: Tirant lo Blanch. p. 388.
- Instituto de Ciencia política. (2010). Regulacion Dosis Minima. Recuperado de [http://www.mamacoca.org/docs\\_de\\_base/Legislacion\\_tematica/boletin\\_166.pdf](http://www.mamacoca.org/docs_de_base/Legislacion_tematica/boletin_166.pdf)
- Téllez-Mosquera JA, Bedoya-Chavarriaga JC. (2015). Dosis personal de drogas: inconsistencias técnico-científicas en la legislación y la jurisprudencia colombiana.
- World Health Organization. (2015). WHO Expert Committee on Drug Dependence - WHO Technical Report Series, No. 915 - Thirty-third Report. Geneva: ONU



- López Daza, G. A. (2004). 10 años de la despenalización de la dosis Personal. Políticas públicas en materia de consumo de drogas psicoactivas: un paralelo entre los casos colombiano y holandés. *Revista Jurídica Piélagus*, 3(1), 51-65. <https://doi.org/10.25054/16576799.551>
- Téllez-Mosquera, J. A., & Bedoya-Chavarriaga, J. C. (2015). Dosis personal de drogas: inconsistencias técnico-científicas en la legislación y la jurisprudencia colombiana. *Persona y bioética*, 19(1)
- Von Bernath, J. W. (2015). Injusto y agresión en la legítima defensa. Una teoría jurídica de la legítima defensa. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas En Materias Penales*, 10(20), 622-676. doi:10.4067/S0718-33992015000200007.
- Von Bernath, J. W. (2017). La legítima defensa sin contención material. Sobre la defensa frente a agresiones incorporales y omisivas. *Ius et Praxis* (07172877), 23(1), 419-464. doi:10.4067/S0718-00122017000100012.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal Parte General*. (C. F. Balestra, Trad.) Buenos Aires: Depalma.
- Wilde, Oscar. Balada de la Cárcel de Reading. Traducción de Enrique Quintero Valencia. IV escenario, estrofas 2 y 3. Tomado de <http://biblio3.url.edu.gt/Libros/wilde/balada.pdf>
- Willemann, Javier, El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile. *Revista de Derecho* (Valdivia)



- Yashon, R. K.; Cummings, M. R. (2010). *Genética humana y sociedad*. México D.F.: CENAGE LEARNING, INC
- Zaffaroni, E. R. (2012) *La cuestión criminal*, Buenos Aires: Planeta.
- Zanonni, E. (2005). *El Daño en la Responsabilidad Civil* (Tercera ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Zartman, William. *Collapsed States*. Boulder: Lynne Rienner. 1995.
- Zugandía Espinar, J.M et al (2016) *Lecciones de derecho penal, Parte General* (3ª edición). Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Zúñiga Añazco, Y. (2010). El Principio De Proporcionalidad Como Herramienta De Racionalidad. Un Análisis Crítico De Su Aplicación En La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional Chileno. *Ius et Praxis*, 16 (2), 249-272.
- Zúñiga Fajuri, A. (2011). Aborto y derechos humanos. *Revista de derecho (Valdivia)*, 24(2), 163-177.
- Zurbriggen, R., & Anzorena, C. (Eds.). (2013). *El aborto como derecho de las mujeres: otra historia es posible*. Herramienta Ediciones.



## JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado, sentencia 1997-08913 (27 de enero de 2012). [MP: Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subseccion A. Sentencia expediente 23.354 (17 de octubre de 2013) [MP. Mauricio Fajardo Gómez]

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia expediente 41834 (28 de abril de 2014) [MP. Mauricio Fajardo Gómez]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia, exp. 14307. (16 de febrero de 2006) [CP. Ramiro Saavedra Becerra]

Consejo de Estado, Sección Tercera, 40.060 (octubre 20 de 2014) [C.P.: Enrique Gil Botero]

Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 36.460 [C.P. Enrique Gil Botero]

Consejo de Estado, Sección Tercera, Expedientes Nos. 19.031 y 38.222. [C.P. Enrique Gil Botero]

Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 13164 (22 de noviembre de 2001) [C.P. Ricardo Hoyos Duque]



Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de Unificación, (marzo 6 de 2013) [M.P.: Jaime Orlando Santofimio G.]

Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 1808 (31 de julio de 1966) [C.P. Alfonso Castilla Saíz.]

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo. Sentencia expediente 05001-23-31-000-2007-00139-01(38222) & 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031) (17 de octubre de 2013) [MP. Mauricio Fajardo Gómez]

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Radicado Interno No. 25707 (13 de junio de 2013) [CP: Olga Melida Valle de la Hoz]

Consejo de Estado, Exp. 867 (10 de noviembre de 1967) [C.P. Gabriel Rojas Arbeláez]

Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P.: Jaime Orlando Santofimio G., octubre 10 de 2016, Rad: 55813.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 7 de abril de 2011, exp. 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750), CP: Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado No. 25000-23-26-000-1993-9097-01(12076) (Sentencia del 14 de marzo de 2002) [C.P: Germán Rodríguez Villamizar]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 28857 (12 de febrero de 2014) [C.P. Olga Valle de De La Hoz]

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera sentencia 1997-08913 Rad.: 52001-23-31-000-1997-00036-01(16902) (26 de marzo de 2008). [MP: Enrique Gil Botero]





- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Exp.: 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947) (15 de agosto de 2018), [MP: Carlos Alberto Zambrano Barrera]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Radicado: 11001-03-15-000-2019-00169-01 (15 de noviembre de 2019), [MP: Martin Hernández Bermúdez Muñoz]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-565 (7 de diciembre de 1993). [M. P. Hernando Herrera Vergara]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-591 (14 de diciembre de 1993). [M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz]
- Corte Constitucional, Sentencia C-275 (16 de julio de 1993). [M.P. Antonio Barrera Carbonell.]
- Corte Constitucional, Sentencia C-133 (17 de marzo de 1994). [M.P. Carlos Gaviria Díaz.]
- Corte Constitucional. Sentencia C-221 (5 de mayo de 1994) [MP Carlos Gaviria Díaz]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-106 (10 de marzo de 1994). [M. P. José Gregorio Hernández Galindo]
- Corte Constitucional, Sentencia C-038 (9 de febrero de 1995). [M.P. Alejandro Martínez Caballero.]
- Corte Constitucional. Sentencia C-689 (05 de diciembre de 1996). [M. P. Alfredo Beltrán Sierra.]
- Corte Constitucional, Sentencia C-037 (5 de febrero de 1996). [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-333 (10 de marzo de 1996). [M. P. Alejandro Martínez Caballero]



- Corte Constitucional, Sentencia C-239 (20 de mayo de 1997). [M.P. Carlos Gaviria Díaz.]
- Corte Constitucional. Sentencia C-425 (04 de septiembre de 1997). [M. P. Fabio Morón Díaz]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-144 (19 de marzo de 1997). [M. P. Alejandro Martínez Caballero]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-153 (28 de abril de 1998). [M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-621 (21 de julio de 1998). [M. P. José Gregorio Hernández Galindo]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-832 (8 de agosto de 2001). [M. P. Rodrigo Escobar Gil]
- Corte Constitucional. Sentencia C-774 (25 de Julio de 2001). [M. P. Rodrigo Escobar Gil.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-806 (3 de octubre de 2002). [M. P. Clara Inés Vargas Hernández]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-774 (25 de julio de 2001). [M. P. Rodrigo Escobar Gil]
- Corte Constitucional, Sentencia C-939 (31 de octubre de 2002). [M.P. Eduardo Montealegre Lynett.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-484 (25 de junio de 2002). [M. P. Alfredo Beltrán Sierra]
- Corte Constitucional. Sentencia C-1024 (26 de noviembre de 2002) [M. P. Alfredo Beltrán Sierra]
- Corte Constitucional. Sentencia T-009 (20 de enero de 2002). [M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado]



- Corte Constitucional, Sentencia C-271 (1 de abril de 2003). [M.P. Rodrigo Escobar Gil.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-254 (25 de marzo de 2003). [M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra]
- Corte Constitucional. Sentencia C-687 (08 de agosto de 2003). [M. P. Eduardo Montealegre Lynett]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1030 (30 de octubre de 2003). [M. P. Clara Inés Vargas Hernández]
- Corte Constitucional. Sentencia C-448 (10 de mayo de 2004). [M. P. Eduardo Montealegre Lynett]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1001 (3 de octubre de 2005). [M. P. Álvaro Tafur Galvis]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-730 (12 de julio de 2005). [M. P. Álvaro Tafur Galvis]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-782 (10 de marzo de 2005). [M. P. Alfredo Beltrán Sierra]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-025 (20 de enero de 2005). [M. P. Manuel José Cepeda Espinosa]
- Corte Constitucional, Sentencia C-853 (17 de agosto de 2005). [M.P. Jaime Cordoba Triviño.]
- Corte Constitucional. Sentencia C-456 (07 de junio de 2006) [M. P. Alfredo Beltrán Sierra]
- Corte Constitucional, Sentencia C-355 (10 de mayo de 2006). [M.P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.]
- Corte Constitucional. Sentencia C-479 (13 de junio de 2007). [M. P. Álvaro Tafur Galvis.]



- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-176 (14 de marzo de 2007). [M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra]
- Corte Constitucional. Sentencia C-318 (09 de abril de 2008). [M. P. Jaime Córdoba Triviño.]
- Corte Constitucional, Sentencia T-968 (18 de diciembre de 2009). [M.P. María Victoria Calle Correa.]
- Corte Constitucional, Sentencia C-417 (26 de junio de 2009). [M.P. Juan Carlos Henao Pérez]
- Corte Constitucional, Sentencia C-636 (16 de septiembre de 2009). [M.P. Mauricio González Cuervo.]
- Corte Constitucional, Sentencia C-828 (20 de octubre de 2010). [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-879 (22 de noviembre de 2011). [M. P. Humberto Antonio Sierra Porto]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-239 (22 de marzo de 2012). [M. P. Juan Carlos Henao Pérez]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-388 (28 de junio de 2013). [M. P. María Victoria Calle Correa]
- Corte Constitucional. Sentencia C-695 (09 de octubre de 2013) [M. P. Nilson Pinilla Pinilla]
- Corte Constitucional, Sentencia T-771 (7 de noviembre 2013). [M.P. María Victoria Calle Correa.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-438 (10 de julio de 2013). [M. P. Alberto Rojas Ríos]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (12 de noviembre de 2014) Sentencia SP15519- 42617. [MP Gustavo Enrique Malo Fernández]



- Corte Constitucional. Sentencia C-366 (11 de junio de 2014). [M. P. Nilson Pinilla Pinilla.]
- Corte Constitucional. Sentencia C-390 (26 de junio de 2014) [M. P. Alberto Rojas Ríos]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 957 (10 de diciembre de 2014). [M. P. José Gregorio Hernández Galindo]
- Corte Constitucional, Sentencia T-970 (9 de diciembre de 2014). [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-762 (16 de diciembre de 2015). [M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado]
- Corte Constitucional, Sentencia T-063 (13 de febrero de 2015). [M.P. María Victoria Calle Correa.]
- Corte Constitucional, Sentencia C-327 (22 de junio de 2016). [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-469 (31 de agosto de 2016). [M. P. Luis Ernesto Vargas Silva]
- Corte Constitucional, Sentencia T-721 (12 de diciembre de 2017). [M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-267 (27 de julio de 2018). [M. P. Carlos Bernal Pulido]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-055 (21 de febrero de 2022). [M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (10 de mayo de 2017) Sentencia SC6359. [MP Ariel Salazar Ramírez]]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (6 de diciembre de 2017) Sentencia STC20614. [MP Margarita Cabello Blanco]



- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia AP4711 (24 de Julio de 2017). [MP Julio Enrique Acosta Bernal]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP 14361 (13 de Septiembre de 2017). [MP Luis Antonio Hernández Barbosa]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (13 de diciembre de 2012) Sentencia ST62605. [MP Gustavo Enrique Malo Fernández]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (21 de febrero de 2018) Sentencia SP291-2018. [MP Fernando Alberto Castro Caballero]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (7 de marzo de 2018) Sentencia AP979-2018. [MP Luis Guillermo Salazar Otero]
- Corte Constitucional. Sentencia T-259 (23 de julio de 2020). [M. P. Cristina Pardo Schlesinger]
- Corte Constitucional. Sentencia SU-294 (02 de septiembre de 2021). [M. P. Cristina Pardo Schlesinger]
- Corte Constitucional. Sentencia T-009 (20 de enero de 2022). [M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado]
- Corte Suprema de Justicia (junio 30 de 1962) [M.P. José J. Gómez]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 42337, [M.P.: Patricia Salazar Cuellar, SP3052-2015.]
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 74 de 1968. Artículo 9.



## INFOGRAFÍA

Alexy, R. (2009). Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los

Amnistía Internacional (2015) ed. Mi cuerpo mis derechos. Madrid: Editorial Amnistía Internacional. Recuperado de: <https://ebookcentral.proquest.com>

Casales García, R. (2015). La división de la filosofía práctica en Kant. *Valenciana*, 8(15), 7-33. Recuperado de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2007-25382015000100007&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-25382015000100007&lng=es&tlng=es).

Chafuén, A. (2005). La economía y la filosofía de la libertad. *Estudios Públicos*, 179-196. Recuperado de [http://fundacionlibertad.org.pa/html/fileadmin/user\\_upload/newsletter/2009/090921/chafuen\\_economia\\_y\\_filosofia\\_de\\_la\\_libertad.pdf](http://fundacionlibertad.org.pa/html/fileadmin/user_upload/newsletter/2009/090921/chafuen_economia_y_filosofia_de_la_libertad.pdf)

CIDH (2012) Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos Términos y Estándares Relevantes. Recuperado de: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CP-CAJP-INF\\_166-12\\_esp.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CP-CAJP-INF_166-12_esp.pdf)

Convención Americana sobre derechos humanos. (1948). <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/america/CADH/1969-CADH.htm#a6>



Comité de Bioética de España (2018) Informe Del Comité De Bioética De España Sobre Los Aspectos Éticos y Jurídicos De La Maternidad Subrogada Recuperado de: [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf)

Comité para la eliminación de la discriminación contra la Mujer (1999) Recomendación General “la mujer y la salud”. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1280.pdf>

Convención American a de Derechos Humanos. (1969). Artículo 32.2. Recuperado de [http://www.hchr.org.co/documentos/einformes/documentos/html/pactos/conv\\_americana\\_derechos\\_humanos.html](http://www.hchr.org.co/documentos/einformes/documentos/html/pactos/conv_americana_derechos_humanos.html)

Convención Americana de Derechos Humanos: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm).

Comité De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud: 11/08/2000. E/C.12/2000/4, CESCR OBSERVACION GENERAL 14”: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

Figueroa Castillo, M.A. (2008). El concepto de libertad en la filosofía de John Dewey. Recuperado de <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/filosofia/tesis08.pdf>

Garcia, J. (2012). Bioética personalista y bioética principalista perspectivas. Recuperado de <http://aebioetica.org/revistas/2013/24/80/67.pdf>





- García, J. (2012). Bioética personalista y bioética principialista. Perspectivas. Recuperado de <http://aebioetica.org/revistas/2013/24/80/67.pdf>
- Guillaumin, G. (2018). Hacia una filosofía de la ciencia centrada en prácticas. *Crítica*, 50(148), 115–131. Recuperado de <http://biblio.uptc.edu.co:2179/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=131674140&lang=es&site=ehost-live>
- Hammarberg, T (2009) Derechos Humanos E Identidad De Género. Recuperado de: <https://rm.coe.int/16806da528>
- Hammarberg, T (2010) Derechos Humanos e identidad de género. Informe temático. Recuperado de: [https://transrespect.org/wp-content/uploads/2015/08/Hberg\\_es.pdf](https://transrespect.org/wp-content/uploads/2015/08/Hberg_es.pdf)
- Hernández, G. S. (2013). La solidaridad como principio de la bioética. Recuperado de <http://www.cbioetica.org/revista/133/133-0409.pdf>
- Horvitz Lennon, M. I. (1992). Las medidas alternativas a la prisión. Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/135783/Las-medidas-alternativas-a-la-.pdf?sequence=1>
- <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/6665/1/APROBADO%20R>
- Instituto Nacional de Salud: Red Nacional de Donación y Trasplante de Órganos. Recuperado de <https://www.ins.gov.co/Direcciones/RedesSaludPublica/DonacionOrganosYTejidos>
- Kant, I. (1787). *Crítica de la razón* (versión electrónica). Recuperado de <http://www.ataun.net/bibliotecagratis/C1%C3%A1sicos%20en%20Español/Inmanuel%20Kant/Cr%C3%ADtica%20de%20la%20raz%C3%B3n%20pura.pdf>



- Laporta San Miguel, F. J. Sobre el concepto de derechos humanos. Doxa. N. 04 (1987). ISSN 0214-8876, pp. 23-46 URI: <http://hdl.handle.net/10045/10897>.
- Leguízamo Ferrer, M.E. (sf) Legítima defensa. Casos prácticos. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3064/11.pdf>
- Ministerio de Salud y Protección Social. ABECE Preguntas frecuentes sobre el trasplante de Órganos. Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/MET/donacion-trasplantes-organos-tejidos.pdf>
- Montoya Silva, F. A. Repensar la bioética: aportes desde el pensamiento de Michel Foucault (Bachelor's thesis, Facultad de Instituto de Bioética). Recuperado de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/16002/MontoyaSilvaFernandoAntonio2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Nogueira Alcalá, H. (2005). Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. *Ius et Praxis*, 11(1), 221-241. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000100008>
- ODGERS%20LISTO.pdf.
- Pacheco Escobedo, A. (1992). Derecho a la vida ¿derecho a la muerte? Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3840/9.pdf>
- Pelè, A. (2004). Una aproximación al concepto de dignidad humana. Recuperado de [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8646/aproximacion\\_pele\\_RU\\_2004.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8646/aproximacion_pele_RU_2004.pdf)



- Pomares Geisel, R. (2015). Responsabilidad disciplinaria del operador judicial tras la omisión del test de proporcionalidad en la medida de aseguramiento en Colombia. Bogotá. Consultado el 16 octubre 2015. Recuperado de
- Principios Yogyakarta (2007) Principios Sobre La Aplicación De La Legislación Internacional De Derechos Humanos En Relación Con La Orientación Sexual Y La Identidad De Género. Recuperado de: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>
- principios. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Recuperado de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/14713/LaverdeBanoyJavierOrlando2016.pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ramírez Tovar, Gabriela Elizabeth, & García Rodríguez, Raúl Ernesto. (2018). La modificación del cuerpo transgénero: experiencias y reflexiones. *Andamios*, 15(37), 303-324. Recuperado de: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-00632018000200303&lng=es&tlng=pt](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632018000200303&lng=es&tlng=pt).
- Ricaurte Camargo, G. (2019). Reincidencia delictiva en Colombia: análisis de la implementación de la política de pos-penados: <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/44300/u827033.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Rojas, I. Y. (2008). La proporcionalidad en las penas. *Revista Jurídica*, 10. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42462.pdf>
- Salinero Echeverría, S., Morales Peillard, A. M., & Castro Morales, Á. (2017). Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana.



Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas En Materias Penales, 12(24), 786–864. Recuperado de <https://doi-org.sibulgem.unilibre.edu.co/10.4067/S0718-33992017000200786>

Sexual Rigths Initiative (SRI)/International Planned Parenthood Federation (IPPF) (2011). Manual para defensores. Recuperado de: <http://www.sexualrightsinitiative.org>

Traverssa, R. (2014). Neopunitivismo Y Control Social. Reflexiones Sobre La Represión Selectiva De La Política Populista. Revista Panorama, 8(15), 133–143. Recuperado de: <http://search.ebscohost.com.sibulgem.unilibre.edu.co/login.aspx?direct=true&db=fap&AN=103637111&lang=es&site=ehost-live>

Zyl, D.V. (2010). Manual de principios básicos y prácticas prometedores en la aplicación de Medidas sustitutivas del encarcelamiento. Recuperado de [https://www.unodc.org/documents/ropan/Manuales/MANUAL\\_DE\\_MEDIDAS\\_SUSTITUTIVAS\\_AL\\_ENCARCELAMIENTO\\_-\\_UNODC.pdf](https://www.unodc.org/documents/ropan/Manuales/MANUAL_DE_MEDIDAS_SUSTITUTIVAS_AL_ENCARCELAMIENTO_-_UNODC.pdf)