



Vigilada Mineducación

LA FUGA DE PRESOS: UN DELITO DE DUDOSA CONSTITUCIONALIDAD

The escape of prisoners: A crime of doubtful unconstitutionality

María Fernanda Álvarez Urrego

Michel Alexandra Caro Garces

Monografía

Asesor

Juan Oberto Sotomayor Acosta

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
DERECHO
MEDELLÍN
2021

ABSTRACT

El presente artículo analiza la constitucionalidad del artículo 448 del Código Penal colombiano, que tipifica la fuga de presos como delito, a la luz de los principios de la Constitución Política de 1991 y de los pilares fundamentales de un Estado Social de Derecho como el colombiano. Para tal efecto, se analizan los argumentos ofrecidos para justificar la consagración del delito y las consideraciones que se han realizado para oponerse a ella, concluyendo cuál de ellos se ajusta con mayor precisión al modelo constitucional colombiano.

Palabras claves: constitucionalidad del delito de fuga de presos, fuga de presos, delitos contra la administración de justicia.

Tened cárceles seguras, celad la custodia de los presos; pero no os
extrañéis que se aprovechen de vuestros descuidos, porque para eso sería
menester que fuesen santos que no fuesen hombres (Puig, citado en
Pabón, 1998, p. 360).

1 ANÁLISIS PRELIMINAR

El artículo 448 del Código Penal colombiano consagra el delito de “fuga de presos”, conocido en otras legislaciones como quebrantamiento de condena, evasión, inobservancia de pena, entre otros. Este tipo penal ha suscitado múltiples discusiones a lo largo de la historia, en especial durante el auge del derecho penal liberal, momento para el cual se cuestionaba la procedencia de esta consagración, poniendo en vilo su constitucionalidad.

Pese a que los modelos de Estado contemporáneos contemplan una amplia gama de garantías, derechos y principios que pretenden restringir la intervención del Estado y evitar prácticas autoritarias, cada vez más aumenta la aplicación del derecho penal. Tal situación se evidencia en las modificaciones del delito objeto de análisis en el tiempo, pues mientras que, en el Código Penal colombiano de 1890 se contemplaba solo cuando se ejercía violencia en contra de las personas o las cosas, actualmente¹ se sanciona aun cuando se ejecuta por mera negligencia del funcionario y/o entidad encargada.

¹ Desde el Código Penal colombiano de 1936.

Con el avance constitucional y el incremento en las garantías, es apenas coherente pensar que debía disminuirse la intervención del derecho penal y, con ello, la reducción de sus ilícitos, recurriendo a otro tipo de sanciones como las administrativas y/o meramente disciplinarias para aquellos intereses jurídicos que no ameritan la intervención penal. No obstante, la aplicación del delito de fuga de presos es cada vez más amplia, toda vez que hay quienes extienden esta figura a los supuestos de la denominada retención administrativa. Pese a ello, en la legislación colombiana parece difícil extenderlo a esos supuestos dado que, tal y como el legislador contempló el tipo, se exige notificación judicial previa.

En el contexto descrito, surge la necesidad de evaluar la constitucionalidad del delito de fuga de presos en Colombia, de cara a la Constitución de 1991; por ello, el presente artículo tiene por objeto identificar cuáles han sido sus justificaciones a lo largo de la historia del estudio del derecho penal para la consagración de este tipo delictivo y cuáles son los argumentos que permiten afirmar que, en el marco de un Estado Social de Derecho como el colombiano, debe suprimirse.

En legislaciones como la alemana, francesa, italiana, mexicana, austriaca y portuguesa, se ha omitido la tipificación de este delito, atendiendo a los argumentos de la doctrina clásica liberal, que expresa que el bien jurídico que se pretende tutelar no está en cabeza de quien está privado de la libertad, sino en la del Estado, imponiendo una carga excesiva, y, además, contradictoria al instinto de libertad reconocido como pilar fundamental en nuestros modelos de Estado y la Constitución.

Asimismo, Pacheco (1959) afirma que en la mayoría de los países en los que no se consagra este tipo delictivo, sí se contempla la ayuda o el favorecimiento en la evasión y/o fuga, por lo que adquiere aún más sentido señalar si es incompatible con nuestra Constitución, e incluso con los principios fundantes del Estado Social y Democrático de Derecho, la totalidad de la conducta actualmente sancionada o si podría eventualmente defenderse la consagración de la fuga de presos que se sirve de la violencia.

No obstante, en primer lugar, es menester conocer el origen de este tipo, que no es reciente, puesto que, según el relato histórico que hacen algunos autores como Carrara (1993,

p. 401), se origina en el Imperio Romano, cuando en el Digesto se castigaba de forma severa la fractura de cárcel, hasta con la pena de muerte o el destierro (en otros ordenamientos como el alemán históricamente se ha dado la discusión de aplicar uno u otro castigo) atendiendo a que los muros de la prisión eran sagrados y, en consecuencia, era muy reprochable todo lo que atentara contra ellos.

Por su parte, en la legislación española hasta el año 1932 se realizaba un aumento en la pena ya establecidas, sin ser la simple evasión un delito autónomo, lo que fue altamente criticado y cuestionado por la doctrina en virtud del principio que no puede contemplarse ningún tipo de sanción penal sin que haya un ilícito previo, lo que generó que se contemplara el quebrantamiento de condena como tipo autónomo.

De tal manera que la consagración típica de este delito fue concebida mucho antes de la época actual, lo que no ha sido lejano del ordenamiento jurídico colombiano que también lo ha sido tipificado en múltiples momentos históricos, pese a sus modificaciones y mutación en el tiempo; por ejemplo, el Código Penal de 1890 adoptó una consagración que se configuraba si se escalaba el edificio o había algún tipo de violencia contra las instalaciones o las personas; posteriormente en el Código de 1936 con base en la tradición del Código italiano de 1930, se tipificó este delito de forma simple, es decir, haciendo punible la mera evasión y extendiéndola hasta el detenido (Pacheco, 1959).

En este contexto, previo a iniciar las consideraciones alrededor de la constitucionalidad del delito de fuga de presos en Colombia, cabe señalar que hay dos vertientes en la consagración de este tipo: la primera, sanciona penalmente la fuga de presos sin atender a las condiciones en las que se efectúe; y la segunda, solo sanciona aquella fuga que se realice valiéndose del ejercicio de la violencia en contra de las personas y/o cosas. Lo anterior, entonces, implica que la fuga de presos simple será aquella que se desarrolle sin ejercer violencia, en contraposición a aquella que se sirve de la violencia para su configuración.

Bajo el esquema propuesto se presentará inicialmente la estructura del delito en Colombia con el fin de comprender en cuáles supuestos se sanciona penalmente la fuga de

presos y cuáles son sus principales características, de cara a presentar los argumentos a favor y en contra de esta tipificación y concluir si puede afirmarse que es coherente con lo dispuesto en la Constitución Política de 1991.

2 EL DELITO DE «FUGA DE PRESOS» EN EL C. P. COLOMBIANO

En el ordenamiento jurídico colombiano el delito de fuga de presos está consagrado de la siguiente manera:

El que se fugue estando privado de su libertad en centro de reclusión, hospital o domiciliariamente, en virtud de providencia o sentencia que le haya sido notificada, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses. (ART. 448, C.PEN, 2002).

En esta descripción típica se encuentran diferentes razonamientos e incluso interpretaciones, dado que, como se profundizará adelante, no es determinado en algunos aspectos, lo que ha llevado a la doctrina a plantear diversas vías de análisis.

Así, de conformidad con la categorización semántica planteada se incurre en él con la mera evasión, es decir, basta con que la persona se fugue de la cárcel para que se incurra en la conducta típica y se sancione penalmente. Contrario a otras legislaciones, no es necesario que se ejerza algún tipo de fuerza o violencia contra las cosas o las personas, lo que corresponde a la fractura.

Esta consagración es la que más ha sido cuestionada por la doctrina, al considerar que se atenta contra los principios de culpabilidad e intervención mínima del Estado, como se analizará más adelante, al limitar incluso la fuga simple (sin ejercicio de violencia) (Cardenal, et al., 2004).

Ahora bien, más allá de la delimitación semántica del tipo penal y de sus implicaciones, la doctrina ha circunscrito su análisis de manera objetiva y subjetiva a los siguientes términos: de forma preliminar al estudio del aspecto objetivo del tipo en cuestión, es necesario conocer el bien jurídico, que en la teoría del delito actual es el objeto de protección del derecho penal. Si se guía la determinación del bien jurídico por la ubicación

del tipo y la posición de la doctrina mayoritaria, es claro que pretende tutelar la administración de justicia: un bien jurídico institucional.

Así, el tipo en cuestión está encaminado a que no se afecte la administración de justicia a través de la fuga, promoviendo el cabal funcionamiento de las instituciones y mecanismos dispuestos por el Estado para el cumplimiento de la pena (Acale, et al., 2011). Pese a que es pacífico el bien jurídico tutelado con esta consagración, se han presentado múltiples discusiones en la definición del mismo, lo que será objeto de análisis más adelante.

En relación con el sujeto activo que exige la configuración de la conducta típica, es decir, el infractor de la norma penal, la discusión doctrinal ha sido amplia, puesto que tal y como lo contempla el legislador, hay lugar a varias interpretaciones. Por ello, aunque el tipo expresa que debe ser una persona privada de la libertad, la doctrina sugiere que puede ser quien está bajo detención preventiva o propiamente cumpliendo una condena, lo que sería mucho más restrictivo de la libertad y habrá una mayor intervención del derecho penal si se considera que este tipo lo comete quien está arrestado o capturado.

En lo que sí se presenta un mayor consenso en la doctrina es en comprender que este tipo no solo aplica para las penas carcelarias, sino que también aplica a los casos en los que una persona se fuga durante su estancia en un hospital, o en cumplimiento de mecanismos sustitutivos como la prisión domiciliaria y demás lugares en los que puede cumplirse una sanción penal.

En este aspecto entra a cuestionarse si es posible plantear otros escenarios, por fuera de los descritos por el tipo, como a quien se fuga durante la realización de labores de trabajo por fuera del establecimiento carcelario, como muchas otras legislaciones lo contemplan. Como bien lo ha establecido Manzini (1961), todo lo expresado opera bajo la premisa o requisito objetivo de que la captura o privación de la libertad se encuentre dentro del marco de la ley.

Por último, se plantea en el estudio del tipo penal que el sujeto pasivo de la conducta es el Estado, puesto que según su descripción y el bien jurídico tutelado, es a él y a sus instituciones a quienes se lesiona a través del incumplimiento de la condena, ya que lo que

lo que se pretende es hacer cumplir lo proferido la autoridad judicial, que finalmente es quien establece si la conducta del sujeto se ajusta a derecho o no.

En el análisis del aspecto subjetivo del tipo penal, es posible advertir que en la legislación colombiana solo se puede cometer en modalidad dolosa, debido a que no está consagrado dentro del mismo artículo o en uno diferente su comisión culposa, por lo que no resulta punible este delito cuando quien por negligencia no se mantenga en el cumplimiento de la sanción interpuesta.

Esgrimidos los anteriores aspectos, es importante mencionar que este delito, tal y como está planteado, no tiene ninguna circunstancia agravante de responsabilidad penal, lo que implica una gran diferencia respecto de otras legislaciones, puesto que si se analiza en relación con el derecho comparado, la mera evasión se castiga en igual medida que si se cometiera con fractura; mientras que en otros países son contemplados como delitos; por ejemplo, en la legislación italiana, en la que se castiga solamente el quebrantamiento.

En este contexto incluso vale la pena cuestionar si pudiera omitirse el tipo penal y, en su lugar, sancionar la conducta que se reprocha en caso de fractura, esto es, el daño en bien público cuando de violencia contra las cosas se trate o las lesiones personales cuando ello implique violencia contra las personas. Sin embargo, ello será objeto de análisis más adelante.

Así, de manera general, conclusiva y sin exceder los límites del presente artículo, el delito en el ordenamiento jurídico colombiano se contempla bajo el siguiente esquema:

Tabla 1

Consagración típica del delito de fuga de presos

DELITO DE FUGA DE PRESOS (Art. 448)		
Aspecto objetivo	Bien jurídico	Administración de justicia
	Sujeto activo	Persona privada de la libertad
	Sujeto pasivo	Estado
Aspecto subjetivo	Dolo	Sí
	Culpa	No
Agravantes	No	

3 JUSTIFICACIONES DEL DELITO

En relación con la consagración del tipo delictivo cuya inconstitucionalidad se analiza se han planteado múltiples justificaciones, en especial como contrargumentos a su inconstitucionalidad, cuestionada ampliamente durante el auge del derecho penal liberal. En principio, antes de generarse esta problemática, bastaba con afirmar que se requería la tutela penal durante la etapa de ejecución de la pena, de tal manera que se garantizara el efectivo cumplimiento de la misma y se mantuviera la confianza en la privación de la libertad, reivindicando la autoridad del Estado (Ortíz, 1973, 201). Por ello surgió inicialmente la consagración de la fuga de presos, con el fin de proteger la administración de justicia posterior al proceso penal, que eventualmente finalizara con una sentencia condenatoria.

Posteriormente, ante la oleada de críticas recibidas se argumentó que las decisiones judiciales son de obligatorio cumplimiento de cualquier particular, incluyendo el mismo procesado, por lo que recae sobre este la obligación de mantenerse privado de la libertad, aún en contra de su instinto, puesto que fugarse afecta el funcionamiento de los mecanismos e instituciones del Estado para perseguir y enjuiciar los delitos (Ortíz, 1973, p. 204). Lo que además generaba una desconfianza de los ciudadanos hacia el Estado cuando de impartir justicia se trataba.

En este sentido, se propone que el delito debe estar consagrado, en aras de mantener el cumplimiento de las providencias judiciales, y es por ello que el bien jurídico vulnerado y que da lugar a la configuración de esta conducta típica es el de la administración de justicia (Gutiérrez, 1965, p. 147). En este contexto, alrededor de la importancia del bien jurídico se ha planteado una primera vía argumentativa en favor de este delito, destacando la relevancia de proteger el recto y eficaz funcionamiento de la administración de justicia, sancionando a todo aquel que se oponga.

En resumen, el derecho penal perdería su esencia si se descriminaliza este delito, pues no habría, por lo menos, una amenaza de sanción ante el incumplimiento de las condenas

impuestas en virtud de su poder punitivo. Los autores que defienden esta posición² asemejan la despenalización de la conducta la pérdida de garantías en el cumplimiento de la condena impuesta inicialmente, pues toda la eficacia de la administración de justicia después de la imposición de la privación de la libertad recae sobre el sistema de ejecución de penas, que vigila la privación de la libertad cuyo incumplimiento constituye los elementos objetivos del tipo penal del delito objeto de análisis.

En consecuencia, si se desarrollan todas las etapas propias del proceso penal, finalizando con una sentencia condenatoria, no sería eficaz la justicia allí impartida si el cumplimiento de la sanción contemplada no se efectúa como lo dispone el sistema o como la sociedad espera que lo haga. Es por lo anterior por lo que debe mantenerse la consagración del delito, en virtud de la prevención general negativa que ostenta la pena, esto es, la pretensión de persuadir a la sociedad para que evite incurrir en conductas evasivas y constitutivas de este tipo penal.

En un sentido similar, nuevamente Ortiz (1973, p. 201), indica que la tipificación del delito de fuga de presos se deriva expresamente de los modelos de Estado contemporáneos, pues en virtud del contrato social el poder debe garantizar la seguridad de sus ciudadanos, lo que requiere de un principio de autoridad en cabeza del Estado y de la Ley. En consecuencia, en criterio del referido autor, no puede considerarse legítima la rebelión y la indisciplina que se ejerce en contra del poder coercitivo del Estado y la justicia que se promueve a través de él, por más instintiva que sea la libertad en virtud de la cual se realicen estos actos:

En un régimen en que predomine el principio de la autoridad inconcusa del Estado y de la ley, no puede considerarse legítima, en homenaje a un supuesto instinto incoercible de libertad, la rebelión contra la disciplina coercitiva en interés de la justicia. (Ortiz, 1973, 2004).

Por tanto, la actitud propia de la fuga de presos entraña un desconocimiento de la condena y/o medida de aseguramiento, lo que deriva burla a las decisiones proferidas por autoridades judiciales y ello consecuentemente genera una ineficacia de la administración

² Tales como Gutiérrez Jiménez (1965), Ortiz Rodríguez (1973), Pabón Parra (1998), entre otros.

de la justicia penal, que finalmente es el bien jurídico protegido. Así las cosas, estos autores cierran su análisis de justificación remitiéndose a la relevancia del bien jurídico, esto es, la administración de justicia, derivando de ella una necesidad de consagración penal de la fuga de presos, partiendo de la filosofía del Estado desde el contrato social y el poder coercitivo.

En este orden de ideas, si se acepta que la administración de justicia es un bien jurídico cuya tutela corresponde meramente a un deber del Estado y no al reo, como lo sugieren quienes le apuestan a la inconstitucionalidad del tipo penal, entonces todos los delitos deben ser descriminalizados, ya que todos implican un deber correlativo del Estado, tal como sucede con el deber de seguridad en el hurto:

Todas las acciones hoy consideradas delictuosas, pueden caber dentro del argumento que criticamos pues “bien vistas las cosas”, en términos de la doctrina citada, el daño a todos los bienes jurídicos lo “produce el Estado” que permite el hurto, la fuga, el secuestro, la lesión personal, la estafa; pues en todas esas hipótesis se podría afirmar que “falló en la seguridad o en la vigilancia” (Pabón, 1998, p. 364).

En esta misma vía argumentativa, autores como Ferreira (1985, p. 258) proponen que, si bien el principio de libertad es uno de los pilares en los Estados contemporáneos, no se puede usufructuar la libertad que no se merece o que ha sido limitada también en virtud de mandatos de orden constitucional, pues ello solo representa una excepción a un principio general, cuya fuerza normativa es de la misma calidad. Así, este autor ha señalado que la libertad fue disfrutada a tal punto que en ejercicio de ella se atentó contra los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, lo que dio lugar a la condena inicialmente impuesta y en tal sentido no es posible afirmar bajo ningún supuesto que la desconoce:

El auto de detención o la sentencia que le condena a privación de la libertad, constituye un status jurídico, tan susceptible de ser respetado, como el de su libertad. Ciertamente es que todo hombre busca su libertad. Pero nadie puede usufructuar algo que no merece, sobre todo si la ley y la misma Constitución lo obligan a perderla, en beneficio de los demás coasociados a quienes constituye una amenaza de daño aquella libertad inmerecida (Ferreira, 1985, p. 258).

Por otra parte, más allá del bien jurídico, algunos autores agregan que este delito es producto de la libre configuración del legislador, quien actúa en ejercicio de los poderes del

Estado a él otorgados, por lo que no hay lugar a planteamientos de orden iusnaturalistas, como los que pretenden suprimir el tipo objeto de análisis incluyendo la libertad como un principio inherente a la condición humana y superior a los ordenamientos jurídicos.

En conclusión sobre este acápite, los argumentos de justificación de este tipo delictivo se dividen en tres: la relevancia de protección del bien jurídico de la administración de justicia, corriente dentro de la cual se incluye el fundamento filosófico del Estado; la limitación de la libertad en virtud de la comisión de un delito y la negación de su condición inherente al ser humano; y finalmente, la libre configuración del legislador para determinar cuáles conductas serán sancionadas penalmente.

4 ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA CONSAGRACIÓN DE LA FUGA DE PRESOS COMO DELITO

Como ya ha sido mencionado a lo largo de este texto, el cuestionamiento sobre la inconstitucionalidad del delito de fuga de presos se presentó en especial durante el auge del derecho penal liberal, cuando se pretendía limitar la intervención del derecho penal a aquellas conductas más gravosas. En virtud de lo anterior, en un primer momento se cuestionó sobre la necesidad de utilizar el ius puniendi cuando alguien evadía su sentencia condenatoria, pues ello parecía que podría sancionarse a través de un régimen meramente disciplinario y satisfacer plenamente la finalidad pretendida, esto es, por ejemplo, prevenir a la demás población de incurrir en conductas similares.

En este contexto, surge la necesidad de cuestionar la totalidad de la consagración del delito, pues a pesar de que ello se menciona en múltiples textos como una advertencia inicial previa a analizar su estructura, la discusión se redujo considerablemente en la actualidad, asumiendo que era conveniente y constitucional tipificarlo sin haber finalizado por completo el debate.

4.1 Sobre el instinto de libertad

Así las cosas, uno de los principales argumentos en contra de la consagración de este delito, se genera alrededor de la importancia que tiene la libertad en nuestros Estados

contemporáneos. Esta consideración puede dividirse en dos vías: una primera, sostenida por autores como Groizard (citado en Pacheco, 1959), que indica que la libertad es el instinto más puro, antiguo, salvaje e ineludible del ser humano, y que por ello se constituye una especie de ley natural. En consecuencia, no puede sancionarse un instinto natural, no puede la libre configuración del legislador oponerse a lo que por naturaleza le corresponde al ser humano, esto es, su libertad.

En tal sentido también se han pronunciado autores como Carrara (1993), quien señala que la fuga mediante engaño, artificio o causada por descuido o negligencia de las personas encargadas de la vigilancia del preso, no debe ser punible ya que responde a una ley natural y no puede sancionar a quien actúa en ejercicio de ella. Del mismo modo Camacho (1987) indica que la libertad es un instinto animal y la primera y más arraigada de todas sus manifestaciones es la de locomoción, por ello la posición del reo es antinatural y constituye la peor de las penas. En consecuencia, es apenas coherente que pretenda recuperar su libertad y ello no debe sancionarse en aplicación del *ius puniendi*:

El de libertad es un instinto primario, animal, metido en lo más profundo del inconsciente, comparable con el instinto de conservación; es innato y universal propio de la especie, fundamenta la existencia del hombre en cuanto tal, al punto de que sin libertad se deja de ser, se convierte en objeto, se reifica, pierde su condición humana; largos años y cruentas luchas le ha costado a la humanidad la búsqueda de ese don, de romper con todas las formas de esclavitud y de explotación (Camacho, 1987, p. 458).

Una segunda vía del argumento descrito en el párrafo anterior señala, en un sentido similar, que el instinto de libertad es inherente al ser humano, pero no debe fundamentarse en una ley natural, sino en el reconocimiento que nuestros Estados le han otorgado al mismo, a tal punto de convertirse en uno de los principios fundamentales de las constituciones contemporáneas.

Lo narrado tiene una gran relevancia en el asunto que se aborda, toda vez que, bien sea en una vía o en otra, indudablemente la libertad es uno de los principios fundamentales de nuestros Estados y constituciones contemporáneas, ha sido objeto de múltiples tratados internacionales, y se constituye como el principal límite al que podría ser el desgarrador poder

político. De tal manera que la libertad, si bien fue concebida desde la Polis griega, adquiere un verdadero sentido en el Estado moderno, en el que se convierte en una garantía para los ciudadanos y un límite en la acción del poder político (Arendt, 2018). Incluso, en la edad moderna, la libertad se constituye como el fin principal de la política, que se limita a ser el medio a través del cual se obtiene.

En este sentido, incluso el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas ha expresado que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (...)” (ONU, 1948); por lo que es indiscutible la relevancia de este principio a nivel internacional.

La libertad, además, fue adoptada como uno de los pilares de la Constitución Política de Colombia de 1991, cuando indica que es uno de sus fines esenciales “(...) asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz (...)” (República de Colombia, 1991).

En concordancia con lo expuesto, es posible afirmar que la libertad adquiere en el Estado colombiano y en el ámbito internacional un reconocimiento inherente a la condición de ser humano, por lo que la consideración alrededor del instinto como fundamento de la inconstitucionalidad del tipo delictivo objeto de análisis puede plantearse desde este punto de vista, como efectivamente lo han desarrollado algunos autores como Carrara y Camacho, trascendiendo la discusión sobre su calidad de ley natural:

La eximición de persona y la evasión atribuidas al propio arrestado o detenido no se consideran por lo general delictivas si el elemento criminoso no se encuentra en los medios usados. El reo que para huir usa artificios o se aprovecha de la negligencia de sus custodios, obedece a una ley natural y está excusado. En este caso la ley reserva su rigor contra los custodios negligentes o corrompidos. (Carrara, 1993, p. 2812).

4.2 Sobre la legitimidad del bien jurídico

En otro sentido, se ha planteado como justificación de la inconstitucionalidad del delito de fuga de presos lo relativo a la legitimidad del bien jurídico tutelado, afirmando que

la administración de justicia, por lo menos en lo que respecta a la vigilancia del cumplimiento de la sanción penal, corresponde al Estado. Cabe reiterar que, en este delito, “La objetividad del ilícito radica en la necesidad de impedir cualquier forma de violación del régimen coercitivo, impuesto por el Estado para el cumplimiento de los fines de la represión penal” (Gutiérrez, 1965, p. 147).

Así las cosas, en aras de lograr ese fin, plantean los autores que adoptan esta argumentación³, se puede recurrir a otro tipo de sanciones, no necesariamente limitadas al sistema penal, por ejemplo, sanciones de orden disciplinario al interior de la cárcel, pues el derecho penal debe mantenerse como la *ultima ratio*. Además, porque la fuga de presos simple, que es de la cual se afirma la inconstitucionalidad, solo evidencia una falla en el sistema de vigilancia, que no corresponde a un deber general como el de seguridad, sino un deber que adquiere el Estado en virtud de la privación de la libertad y la situación de especial sujeción de quien se encuentra en tal estado.

En este orden de ideas, afirma nuevamente Camacho, el reo no lesiona la administración de justicia, pues ello se deriva directamente de una negligencia o error del Estado, por lo que no puede atribuírsele las consecuencias de ello a quien, en atención a su instinto de libertad, se fuga.

Como se mencionó en un acápite anterior, pareciera ser incoherente la extensión en la aplicación del tipo penal aún cuando aumentan cada vez más las garantías en el ámbito penal, limitando su aplicación y tutelando cada vez más la libertad. Así lo señaló Camacho (1987):

En verdad, la sanción de la fuga de presos no se compadece con los avances del derecho penal, constituyendo en rezago atávico de épocas superadas totalmente discordante con los actuales fundamentos filosóficos de la pena, en especial con el tan pregonado principio de culpabilidad que se supone orienta la actual legislación. Seguramente la figura se mantiene por razones prácticas e ideológicas, por la frecuencia hace algunos años de las evasiones que

³ Tales como Groizard (citado en Pacheco, 1959) y Carrara (1993).

evidentemente han disminuido, pero desde el punto de vista teórico carece de fundamento y, definitivamente debería ser borrado de las leyes penales (Camacho, 1987)

A modo de conclusión, los argumentos a favor de la inconstitucionalidad del delito de fuga, brindados por autores como Carrara, (1993), Puig (citado en Pabón, 1998), Pacheco (1959), Camacho (1987) y otros, podrían clasificarse en tres: una primera vía que parte de la importancia de la libertad (bien sea como derecho natural o como derecho humano), reconociéndola como el instinto más primitivo del ser humano; una segunda que ataca directamente la legitimidad del bien jurídico, afirmando que su tutela corresponde a un deber del Estado y no del reo; y la tercera referida al cuestionamiento de la necesidad de intervención del derecho penal cuando puede recurrirse a otro tipo de sanciones como las disciplinarias.

5 CONCLUSIONES

En primer lugar, vale la pena señalar que los argumentos esbozados por los doctrinantes que justifican la consagración del tipo penal objeto de análisis, se limitan a un análisis superficial, que no parece ir en la misma vía de los modelos de Estados contemporáneos y de las constituciones que rigen su desarrollo. En este sentido, hacer que prevalezca la facultad sancionatoria del Estado y sus medios coercitivos, sobre garantías fundamentales de los ciudadanos, como la libertad, que más allá de ser un instinto primitivo, como se ha planteado en aras de defender la inconstitucionalidad del tipo, se constituye como uno de los derechos más importantes reconocidos incluso a nivel internacional, no corresponde con los lineamientos del Estado colombiano en particular.

En otro sentido, los argumentos que se oponen a la consagración de la fuga de presos en ocasiones se limitan a afirmar su inconveniencia, lo que no necesariamente implica que el tipo sea inconstitucional, pero sí evidencia que podría prescindirse de este delito en el ordenamiento jurídico.

No obstante, esta reflexión no se limita al ámbito del derecho penal colombiano, pues como se evidenció en el análisis preliminar, países como Alemania, Francia, Italia, México, Austria y Portugal han considerado que este delito no corresponde con las finalidades

garantistas del Estado y que debe ser suprimido en aras de no intervenir excesivamente sobre los derechos de sus ciudadanos. Además, reconocen que la administración de justicia es un bien jurídico cuya tutela corresponde al Estado, lo que desde su definición conceptual, que no ha sido pacífica, excluye de cualquier manera al reo de la atribución de la responsabilidad de su lesión.

Así las cosas, se procederá con el análisis de los argumentos brindados por quienes se oponen a la consagración del delito de fuga de presos, señalando sobre cada uno si resulta aplicable al ámbito del derecho colombiano y si implica o no la inconstitucionalidad del referido tipo.

5.1 Sobre el desconocimiento del instinto de libertad

En relación con el argumento que indica que la consagración del delito de fuga de presos atenta contra el instinto de libertad inherente al ser humano, cabe señalar que resulta insuficiente para fundamentar la inconstitucionalidad del tipo, pues allí confluye la misma facultad constitucional que tiene el Estado para limitar ese instinto en supuestos de comisión de delitos, lo que resulta ser la esencia de la pena privativa de la libertad.

No obstante, es cierto, como se ha afirmado, que no puede pretenderse que garantizar el funcionamiento de las instituciones del Estado, en especial las que se refieren a la administración de justicia, trascienda sobre los pilares fundamentales del Estado y sobre los derechos inherentes al ser humano; ello sería avalar que cualquier finalidad del Estado sobrepase precisamente aquello que se ha constituido como sus principales límites, permitiendo conductas autoritarias. Así, la construcción del Estado de Derecho material⁴ ha girado en torno a ello y a los límites del Estado frente a sus ciudadanos, restringiendo la intervención del derecho penal por ser profundamente lesivo e invasivo para sus ciudadanos.

La argumentación, entonces, debe encaminarse de otra manera, no expresando que el Estado no puede limitar el instinto de libertad del ser humano, puesto que esta es una de sus funciones fundamentales; sino señalando que resulta excesivamente lesivo imponer un deber

⁴ Contrario a lo que sucede con el Estado de Derecho formal, en el que el poder legislativo tiende a ser excesivo y a imponerse sobre las garantías y los demás poderes (Villar, 2007, p.75).

en contra de este, cuando además es el Estado tiene todos los medios para garantizar la finalidad de dicho deber - que en este caso se trata de garantizar el eficaz funcionamiento de la administración de justicia -.

En concordancia con lo anterior, el instinto de libertad no hace inconstitucional el delito de fuga de presos, pero sí genera grandes cuestionamientos y reproches ya que este traslada un deber que en principio es del Estado, como se precisará más adelante, al ciudadano privado de la libertad, quien no cuenta con los medios para garantizar la protección del bien jurídico y que debe actuar en contra de su propio instinto para cumplirlo; lo que resulta excesivamente intervencionista y lesivo.

A modo de conclusión, el razonamiento planteado implica afirmar que el instinto de libertad justifica la fuga, pero esto por sí mismo no hace que sea contraria a la constitución, por lo que el análisis debe estar encaminado a cuestionar si el derecho penal debe intervenir en estos supuestos, superando incluso los límites tolerables e interpuestos para evitar excesos.

5.2 Posible configuración de un estado de necesidad

La fuga de presos, explicada por el instinto de libertad, adquiere aún más sentido si se atiende a las particularidades del sistema carcelario colombiano, caracterizado por estar en una profunda crisis en términos de hacinamiento, alimentación, salud, etc (Escobar y Medina, 2016). Esta problemática, que se ve reflejada en sentencias como la T-296/98 (Corte Constitucional, Sala séptima), ha llegado en los últimos años a tasas de hacinamiento enormes e intolerables, no solo en cárceles, sino también en centros de detención transitoria o estaciones de policía, en las que incluso por la deficiencia en el funcionamiento del sistema, actualmente se encuentran personas con sentencia en firme.

En estos lugares el hacinamiento ha sido de tal manera que en el año 2018 en la ciudad de Medellín ascendió hasta el 636%, situación que no solo afecta a las personas privadas de su libertad, aunque sean ellos quienes padecen sus consecuencias directas, sino también recaen sobre los mismos funcionarios del Estado, quienes se han manifestado en paros como los realizados por miembros del INPEC en los años 2014 y 2016 (Posada, 2018).

Todo esto ha generado el «estado de cosas inconstitucional» en el sistema carcelario y penitenciario, declarado en Colombia por la Corte Constitucional desde el año 1998 y reiterado en sentencias como la T-388/13, lo que hace que resulte imperioso estudiar si dichas circunstancias pudieran, a la luz de la teoría del delito, ser consideradas una causal de excluyente o atenuante de la responsabilidad penal derivada de la fuga que, en principio, podría ser sancionada con entre 3 y 6 años de prisión (Código Penal, art. 448, 2000).

Así las cosas, para el análisis que se propone debe partirse de que el estado de cosas inconstitucional es la figura a través de la cual la Corte Constitucional reconoce jurisprudencialmente que la situación que atraviesan las personas que se encuentran dentro del sistema penitenciario y carcelario del país va en contravía de sus derechos fundamentales, al ser vulnerados de forma masiva y generalizada, dadas las condiciones inhumanas que se presentan, por regla general, en estos lugares.

Esta situación se debe, en gran parte, a las acciones omisivas y/o negligentes del Estado colombiano y las entidades que deben promover su protección, respeto y cabal cumplimiento. Esta vulneración se ve reflejada en las altas tasas de hacinamiento que persisten a lo largo del territorio nacional, la deficiente alimentación que reciben las personas privadas de la libertad, el deplorable funcionamiento del servicio de salud, e incluso en la institucionalización de medidas y conductas claramente inconstitucionales; siendo todo ello en conjunto una afectación grave a la dignidad humana.

En este contexto, podría afirmarse que lo narrado se ajusta a lo dispuesto por el numeral 7 del artículo 32 del Código Penal colombiano, que expresa los requisitos para la configuración del estado de necesidad:

ARTICULO 32. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

(...)

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.”

En los términos expuestos, el estado de cosas inconstitucional que implica una vulneración masiva a los derechos fundamentales constituye un peligro actual o inminente, no causado intencionalmente por el reo y que no puede evitarse de otra manera más que alejándose del lugar en el que se encuentre privado de la libertad. Así las cosas, solo resta, para el cumplimiento de estos requisitos, el estudio del deber jurídico, esto es, si quien se fuga está obligado jurídicamente a afrontar la vulneración masiva de sus derechos fundamentales, lo que no resulta coherente pues si bien la pena implica limitación del derecho a la libertad, ello no puede incluir la vulneración masiva referida, ya que entraña un desconocimiento de su condición humana.

En consecuencia, es posible que el preso que se fugue en el marco del sistema carcelario colombiano afectado por esta crisis estructural configure la causal de exclusión de la responsabilidad consagrada en el numeral 7 del artículo 32 del Código Penal, al actuar en procura de la protección de sus derechos fundamentales, masivamente vulnerados por la privación de la libertad.

No obstante, pese a que el estado de cosas inconstitucional responde a una problemática estructural y generalizada, algunos establecimientos carcelarios del país podrían no encontrarse en estas condiciones. Así, no puede perderse de vista que el análisis propio del estado de necesidad requiere realizarse en casos concretos, por lo que no basta tampoco la posible configuración de esta causal para afirmar que el delito de fuga de presos es inconstitucional.

5.3 El deber de garantizar el eficaz funcionamiento de la administración de justicia

En relación con el bien jurídico, que está directamente relacionado con la constitucionalidad del delito, es menester cuestionar quién genera efectivamente la lesión cuyo desvalor se atribuye a la conducta tipificada en la fuga de presos, tal y como está consagrada en Colombia. En tal sentido entonces, atendiendo a la relación de especial sujeción a la que se encuentran sometidas las personas privadas de la libertad, y a los deberes especiales que recaen en cabeza del Estado en relación con ella, en los términos ya expuestos, garantizar que la condena efectivamente se cumpla debe ser vigilado por el Estado.

No obstante, para afirmar sobre quién recae el deber de garantizar la recta y eficaz impartición de justicia, que es el bien jurídico tutelado en este caso, en primer lugar, debe delimitarse conceptualmente, en aras de determinar a qué se refiere el objeto de protección y cuáles son los medios para tal efecto.

En este orden de ideas, cabe destacar que el ámbito de protección de este bien jurídico ha sido planteado de diversas maneras: si se adopta según un criterio institucional, legislaciones como la española han abarcado de forma sistemática cada vez un mayor número de delitos, lo que ha generado críticas como la de Muñoz Conde (2004), quien considera que es tan vago e impreciso que, incluso los delitos cuya consagración se justifica en aras de proteger este interés, parecieran afectar en mayor medida a otros bienes jurídicos. Sin embargo, lo que hace que se considere que este es el bien jurídico tutelado es que el interés que se afecta termina siendo la relación de la conducta delictiva con el poder judicial.

Esta postura no es aceptada de forma pacífica en la doctrina puesto que algunos autores critican el alcance del bien jurídico, argumentando que todos los tipos penales en últimas tienen una relación con el poder judicial, ya que son el resultado de su ejercicio (Wilenmann, 2011).

Por otro lado, una corriente diferente entiende que el objeto de tutela penal de este bien jurídico es el correcto y óptimo funcionamiento de la actividad judicial, el respeto de lo decidido por esta rama del poder público y el sometimiento de los particulares a su arbitrio, por lo que se considera que es delictiva toda conducta que entorpezcan la actividad judicial o pretendan eludir las decisiones judiciales o el desconocimiento de su función; en este aspecto se fundamentan autores como Manzini (1961), Cantarero (1995) y Bustos (1991).

En esta misma corriente, autores como Acale (2011) puntualizan que la tutela de este bien jurídico es la protección de los “mecanismos e instituciones” dispuestos por el estado para la persecución de delitos, su debido enjuiciamiento y cumplimiento; a lo que Sergi (2004) enfatiza en la importancia de la efectividad de las decisiones judiciales

Por su parte, otros autores como Carrara (1993), establecen que por medio del bien jurídico de la administración de justicia se protege la justicia pública, que al final constituye

y explica la existencia de la sociedad civil, lo que genera una gran problemática por la ambigüedad del término.

Pese a que, como se mencionó anteriormente, es pacífico en la doctrina que el bien jurídico es el de la administración de justicia, hay quienes prefieren puntualizar y clasificarlo en un delito “contra la autoridad de las decisiones judiciales”, en el que la tutela jurídica va encaminada a impedir toda rebelión en contra del poder coercitivo del Estado para la prevención del ilícito y su debida represión (Maggiore, 2000).

En el caso colombiano, autores como Pérez (1984) y Pacheco (1959), señalan que el origen de bien jurídico está en la política, pues no es un asunto que corresponda meramente a la rama judicial, sino que se extiende al correcto funcionamiento del Estado.

En este contexto, indica el Pérez (1984) que la administración de justicia:

(...) es el aparato establecido como una rama del poder público, con el fin de que el ordenamiento jurídico se mantenga en capacidad de acción, investigando y juzgando las infracciones, dirimiendo las controversias privadas y regulando la intervención de las propias autoridades en los asuntos públicos y particulares (...).

El monopolio de la administración de justicia por las autoridades centrales, dice Eberhard Schmidt, justifica el deber oficial de garantizarla. Sobre este deber se funda el del poder político para crear los órganos correspondientes y establecer los procedimientos, buscando, en lo posible, el doble objetivo “de la verdad y de la justicia. Así lo sostienen Goldschmidt, Rosenberg, Kern y Niese (Pérez, 1984, p. 341).

En los términos del referido autor, entonces, la administración de justicia, como función pública, implica un deber oficial, esto es, un deber que recae sobre las autoridades, que finalmente serán las encargadas de garantizarla. En un sentido similar desarrolla su argumentación Barreto (2019, p. 48), quien señala que este bien jurídico entraña el servicio y los deberes propios del Estado social y democrático de derecho, con el fin de garantizar el valor de la justicia.

En contraposición, relata Wilenmann (2011), un sector de la doctrina define el bien jurídico de la administración de justicia desde la verdad y la fe pública, considerando que el hecho objetivo es faltar a ellos, lo que extiende excesivamente el objeto de protección penal.

En virtud de lo expuesto, es posible afirmar que es transversal a todas las definiciones que el bien jurídico de la administración de justicia está ligado a un deber del Estado, a una de sus principales funciones y que promueve el buen funcionamiento de sus instituciones. Asimismo, se evidencia que se extiende excesivamente el objeto de protección en algunos casos en los que se pretende incluir en su delimitación uno que corresponda a la fuga de presos.

Continuando con el análisis, partiendo de que la administración de justicia es una de las principales funciones del Estado colombiano, y en general de los Estados contemporáneos, es importante destacar que ellos cuentan con las ramas del poder público para tales efectos y que ocupan diferentes roles en esa labor. En el ordenamiento jurídico colombiano, esta función se consagra en diversos artículos de la Constitución, tales como el artículo 2 cuando señala que es deber del Estado “asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”, dentro del cual encaja la administración de justicia.

De la misma manera, el artículo 228 expresa: “La Administración de Justicia es función pública” (República de Colombia, 1991), del cual es posible derivar que corresponde precisamente al poder público administrar justicia. Es que nótese como en aras de garantizar la administración de justicia se delegan entidades y se distribuyen las funciones que esta labor implica:

Artículo 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición

de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Con ello, es evidente que desde la Constitución de 1991 se le encargó al Estado la administración de justicia, delegando y distribuyendo las labores que implica dicha labor. No obstante, aunque los artículos citados se limitan a una fase previa al reproche propio del delito de fuga, vía decretos reglamentarios y leyes el Estado ha encargado el deber de vigilancia de ejecución de la pena:

Art. 17: Corresponde a los departamentos, municipios, áreas metropolitanas y al Distrito Capital de Santafé de Bogotá, la creación, fusión o supresión, dirección, y organización, administración, sostenimiento y vigilancia de las cárceles para las personas detenidas preventivamente y condenadas por contravenciones que impliquen privación de la libertad, por orden de autoridad policiva.

(...)

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario ejercerá la inspección y vigilancia de las cárceles de las entidades territoriales.

(...)

Artículo 31. Vigilancia interna y externa. La vigilancia interna de los centros de reclusión estará a cargo del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional. La vigilancia externa estará a cargo de la Fuerza Pública. Cuando no exista Fuerza Pública para este fin, la vigilancia externa la asumirá el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional. (Código Penitenciario, 1993)

Asimismo, el Decreto 1069 de 2015, que reglamenta el Ministerio de Justicia, señala:

Artículo 1.2.1.1 Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, tiene como objeto ejercer la vigilancia, custodia, atención y tratamiento de las personas privadas de la libertad; la vigilancia y seguimiento del mecanismo de seguridad electrónica y de la ejecución del trabajo social no remunerado, impuestas como consecuencia de una decisión judicial, de conformidad con las políticas

establecidas por el Gobierno Nacional y el ordenamiento jurídico, en el marco de la promoción, respeto y protección de los derechos humanos. (Decreto 1096, 2015).

En concordancia con los artículos citados, es claro que toda la legislación y reglamentación que se refiere a la estructura del Estado colombiano expresamente consagra que el deber de vigilancia está en cabeza del poder público, concretamente del INPEC, que integra la rama ejecutiva. Es por ello por lo que no es posible afirmar que, en la etapa de ejecución de penas, este deber se traslade al ciudadano y, en consecuencia, una lesión como la que produce la fuga de presos sea atribuible al mismo.

Adicional a lo anterior, es menester destacar que es el Estado quien cuenta con todos los medios necesarios para garantizar el cumplimiento de la condena, tales como la vigilancia, los espacios físicos, la seguridad, e incluso la tecnología, etc. Por lo que adquiere menos sentido aún trasladarle al preso este deber.

Este deber ha sido incluso desarrollado por el Consejo de Estado, quien en el 2016 consideró que el Estado había incurrido en una falla del servicio ante el desaparecimiento de una persona privada de la libertad al interior de la cárcel Modelo. Si bien la referida corporación excluyó la fuga del preso como fuente de su desaparecimiento, destacó que:

En efecto, lo anterior sería suficiente para que el menoscabo referenciado le resultara imputable al extremo pasivo de la litis sin entrar a analizar incumplimiento alguno en su contenido obligacional, dado que es el órgano encargado de dirigir, administrar, sostener y vigilar los establecimientos de reclusión del orden nacional²⁴, como lo es la cárcel nacional Modelo, de modo que le correspondería responder en forma objetiva de los detrimentos soportados por los demandantes a raíz de la desaparición de su familiar (...).

Sin perjuicio de lo anterior, en los hechos acaecidos antes del 11 de octubre de 2001 en la cárcel Modelo, la entidad demandada incurrió en una falla del servicio de vigilancia, control y custodia que en forma adecuada permitió que el reo JLG desapareciera, sin que los demandantes pudieran tener noticia alguna de su paradero, lo cual resulta completamente inaceptable a la luz de sus referidas obligaciones.

(...)

13.9 Ciertamente, es evidente que el INPEC incumplió con sus aducidos deberes de vigilancia, control y custodia en contravía de lo dispuesto por los artículos 3126 y 4427 de la Ley 65 de 1993, y 3828 del Decreto 1890 de 1999 -que rige los hechos materia de la litis, con lo que permitió que produjera el daño en comento y en consecuencia, tal falla del servicio se constituyó en la causa adecuada del menoscabo sufrido por los accionantes (...) (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2016).

En virtud de ello, condenó al Estado a responder patrimonialmente por la desaparición del preso, argumentando que el INPEC, como entidad encargada en representación del Estado, falló en su deber de mantener la custodia y vigilancia de las personas privadas de la libertad, por lo que le era imputable el daño en tal caso. Esta sentencia reiteró, además, la jurisprudencia sostenida hasta ese momento, en la que afirma que quien se encuentra recluso en virtud de una providencia judicial está en una relación jurídica especial de subordinación o sujeción, lo que ha hecho que baste para ser un título objetivo de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado.

Lo anterior quiere decir que es tan evidente el deber de custodia y vigilancia a cargo del Estado, que basta con estar privado de la libertad para que todas las acciones u omisiones constitutivas de daños, sean imputables al mismo.

En consecuencia, no cabe señalar que existe un deber de mantenerse privado de la libertad más allá de la obligación ya abordada en acápites anteriores que no tiene entidad suficiente para generar una pena privativa de la libertad de conformidad con los pilares fundamentales del Estado y de los principios fundantes del derecho penal. Ante la inexistencia de este deber, entonces, es posible afirmar que la totalidad de la lesión es causada por el Estado, quien no enfoca toda su atención en mantener al reo privado de la libertad.

Si el deber de permanecer privado de la libertad y así lograr que se desarrolle efectivamente la administración de justicia recae sobre el preso, sería preciso que se prescindiera de todas las medidas de seguridad implementadas por el Estado para mantenerlo de tal forma, lo que no tendría sentido alguno, pues nadie permanecería en tales condiciones por su propia voluntad. Recuérdese que la privación de la libertad, como lo han planteado

algunos autores, podría ser incluso antinatural, razón por la cual no tiene sentido imponer un deber en tal sentido sin vigilancia y/o seguridad.

De modo similar y consecuencial, contrario a lo que afirman los autores que justifican la consagración del delito y se oponen a su inconstitucionalidad, el correcto y eficaz funcionamiento de la administración de justicia no depende meramente del cumplimiento efectivo de la condena o, por lo menos, de una amenaza en caso contrario. Así las cosas, con la despenalización del delito de fuga de presos, no se pierden las garantías de la administración de justicia, pues resulta más importante en aras de generar el efecto deseado, reforzar el sistema de seguridad en cumplimiento del deber ya referido, que recaer en cabeza del Estado.

Además, se reitera, el Estado cuenta con los medios suficientes para recapturar al fugado y obligarlo a cumplir la medida o pena respectiva, por lo que el mero hecho de la fuga no implica libertad absoluta, sino que el Estado deba desplegar todo su poder coercitivo para hacer cumplir sus decisiones.

En este sentido es importante también destacar que de la ejecución de la pena no depende el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, que también se ve reflejada a lo largo del proceso penal, más aún cuando se trasciende su finalidad sancionatoria y se atiende a la reparación integral de la víctima.

Ahora bien, resulta incoherente la argumentación de los autores que defienden esta posición, como Ortiz (1973, p. 201), cuando señalan que la tipificación del delito de fuga de presos se deriva expresamente de los modelos de Estado contemporáneos, por el deber de garantizar la seguridad en virtud del contrato social, pues ello solo confirma que el deber de garantizar el funcionamiento de la administración de justicia recae en cabeza del Estado.

El error en el que incurre el referido autor es considerar que quien se fuga estando legalmente privado de la libertad manifiesta rebelión e indisciplina, pues no en todos los casos se pretende oponerse al orden impuesto por el Estado, sino reconquistar la libertad que se ha perdido. De tal manera que ello no constituye una burla a las decisiones de las

autoridades judiciales, sino un error y/o incumplimiento de deberes por parte del Estado que permite que el reo, en respuesta a su instinto de libertad, evada su vigilancia.

Por otra parte, tampoco le asiste razón a aquellos autores que expresan que descriminalizar la fuga de presos implicaría que deben declararse inconstitucionales también otros delitos, pues el deber de garantizar el correcto funcionamiento de la administración de justicia y la lesión que se genera con la fuga de presos se asemejaría a otros deberes como el de seguridad y la lesión que se genera con el hurto, por razones de diversa índole, enfocadas principalmente en dos sentidos.

El primero, que es coherente con lo planteado por los autores citados a lo largo de este escrito, es la tendencia natural del hombre a recobrar la libertad, supuesto que no concurre con una tendencia a apoderarse o sustraer bienes de otra persona; e incluso con otros delitos donde también se incluye ese “deber de seguridad en cabeza del Estado”, tales como el homicidio, reconociendo que los seres humanos no ostentan una tendencia a acabar con la vida de otras personas.

El segundo, es que el deber que implica la vigilancia y custodia de quienes están privados de la libertad no se trata de un deber asimilable al de seguridad, pues este es un deber general que permea la actuación del Estado, mientras que el de vigilancia se adquiere en virtud de la providencia que ordena la privación y todo lo que ella implica. Por lo anterior, no son equiparables los supuestos propuestos para desestimar el argumento del deber que recae en cabeza del Estado y de su comparación con otros deberes.

Por otro lado, en cuanto a la argumentación de Ferreira (1985, p. 258) cuando señala que no se puede usufructuar la libertad que no se merece, vale la pena destacar la idea de “merecimiento de la libertad”, que además entraña limitaciones peligrosas de cara al poder del Estado que debe ser limitado. Si bien es cierto que la comisión de un delito implica, principalmente, la privación de la libertad, ello no basta para afirmar que el reo no merece ser libre.

Ahora bien, en todo caso, la fuga del preso de ninguna manera implica que no deba ser recapturado, es decir, despenalizar la fuga de presos no exime al Estado de su deber

durante la ejecución de la sanción penal o medida de seguridad según el caso, pues es precisamente en virtud de él que debe destipificarse. En este sentido, lo que se cuestiona no es el merecimiento de la sanción penal, sino que la fuga implique un nuevo delito.

Aun cuando no se admitiera esta propuesta, conviene destacar también que una cosa es la consideración que se realiza respecto de la imposición de la pena, y otra muy diferente es la reflexión alrededor del merecimiento, pues si nos guiamos por los principios y la filosofía de los derechos humanos, el mero hecho de ser humano permite afirmar la inherencia del derecho a la libertad, especialmente la de locomoción. En consecuencia, indicar que alguien no merece su libertad podría implicar que se le negara su condición humana, desconociendo los importantes límites que ella impone a la intervención del Estado y poniendo en riesgo otras garantías conquistadas.

Si este razonamiento se admitiera, podría incluso llegar a proponerse que alguien que comete un delito no merece la vida, la dignidad y otros pilares fundamentales de nuestros Estados contemporáneos, negando su humanidad y generando una excesiva intervención del Estado. Cabe señalar, en tal contexto, un Estado Social de Derecho como el colombiano no puede olvidarse de la humanidad que posee quien comete una infracción penal, para ilustrar esta idea es relevante citar planteamientos como los de Todorov (2008), quien expresa que el significado de la palabra “civilizados” se refiere a aquellas personas que reconocen la humanidad del otro; mientras que, por el contrario, “bárbaro” describe a aquel que no lo hace.

En este orden de ideas, el autor citado afirma que el miedo a los bárbaros no debería convertirnos en uno de ellos, es decir, que en pro de la idea de justicia no puede generarse una deshumanización de quien incurrió en un ilícito penal, por lo que es menester cuestionar si es esto lo que sucede con la consagración del delito de fuga de presos, más aún cuando se niega el merecimiento de la libertad, ampliamente reconocida como inherente al ser humano.

Es importante realizar esta salvedad, ya que a lo largo de la historia esto no ha sido totalmente claro en la aplicación de las sanciones penales, pues como bien describe Foucault (2002), se han presentado diversos métodos a través de los cuales se sometía a los condenados

a escarmientos desproporcionados que implicaban una gran vulneración. De la misma manera, este autor destacó, en su momento, el cambio producido:

La atenuación de la severidad penal en el transcurso de los últimos siglos es un fenómeno muy conocido de los historiadores del derecho. Pero durante mucho tiempo, se ha tomado de una manera global como un fenómeno cuantitativo: menos crueldad, menos sufrimiento, más benignidad, más respeto, más "humanidad (Foucault, 2002, p. 18).

Según lo expresado por los autores referenciados, es posible afirmar que los principios en materia penal se han encargado de limitar y, al mismo tiempo, de permitir que los sujetos pasivos del derecho penal, es decir, quienes incurrieron en una conducta punible, posean garantías que posibiliten la conservación de su humanidad y, en aras de mantener un tipo delictivo inconstitucional, no pueden traerse debates que lo pongan en duda.

Una reflexión similar se opondría a quienes expresan que la consagración de este tipo responde meramente a la libre configuración del legislador, toda vez que la estructura del Estado en Colombia está precisamente establecida para generar un sistema de controles entre uno y otro poder. Así, la confianza excesiva en el legislador, característica propia de los Estados de Derecho, generó grandes arbitrariedades y abusos de poder; por lo que el cuestionamiento de sus decisiones y el control ciudadano aunado al de las demás ramas del poder, resulta indispensable, no resultando de recibo la mera liberalidad del legislador como justificación para la consagración de un delito.

En concordancia con lo anterior, habría que concluir que se estaría criminalizando una conducta que en sí misma no tiene la capacidad de lesionar o poner en peligro el bien jurídico de la eficaz administración de justicia, contradiciendo de esta manera el principio de lesividad, el cual no solo está consagrado como norma rectora de nuestra legislación penal (artículo 11 del Código Penal), sino también a nivel constitucional (Sotomayor y Gómez, 2020).

A modo de conclusión parcial de lo expuesto hasta el momento, es posible afirmar que carecen de verdadero fundamento los argumentos que pretenden justificar la consagración del delito de fuga de presos en Colombia, pues no es de recibo la negación de

la libertad, la mera liberalidad del legislador y/o la relevancia del bien jurídico, atendiendo a que la libertad es un valor y derecho inherente al ser humano y no cabe atribuirle al preso, en contra de su instinto, un deber que recaer sobre el Estado. Además, en aquellos casos en los que el tipo concurre con violencia ejercida sobre las personas o las cosas, es posible incluir el desvalor de esta conducta propiamente dicha en otros ilícitos penales, tales como el daño en bien público y/o las lesiones personales, con las circunstancias agravantes que puedan configurarse.

5.4 Juicio de proporcionalidad

Aun cuando no se admitiera el razonamiento propuesto alrededor de la delimitación del bien jurídico y sus implicaciones, es importante realizar el test de proporcionalidad, que se constituye como un principio que permite analizar la constitucionalidad de las normas penales, con el fin de concluir si el delito de fuga de presos logra superarlo. Este principio es una manifestación de concebir que el derecho penal debe ser la *ultima ratio*, esto es, el último instrumento para sancionar conductas lesivas de bienes jurídicos penalmente relevantes; por lo que, si la gravedad de la conducta no lo amerita, debería recurrirse a sanciones diferentes y menos lesivas, pero que finalmente reprochen la conducta.

Si bien es cierto que las decisiones judiciales son de obligatorio cumplimiento, el incumplimiento de dichas normas jurídicas de carácter particular no implica ni amerita la aplicación de una sanción penal. Es que, en los casos más graves, el incumplimiento de una sentencia, por ejemplo, de tutela, conlleva excepcionalmente a un arresto meramente administrativo, de aproximadamente dos días. De tal manera que no es equiparable la obligación de cumplimiento de las sentencias judiciales con el deber que recae en cabeza del Estado de garantizar, en pro de la seguridad, la privación de la libertad del reo.

Así las cosas, no tiene justificación válida la intervención del Estado, además en virtud del mencionado principio de proporcionalidad que determina la potestad que tiene el Estado para castigar, es decir, para impartir la sanción o intervención penal sobre los ciudadanos y sus derechos fundamentales. Es que, si se ha de considerar al derecho penal como *ultima ratio*, este sería la última medida a tomar para enfrentar el fenómeno de la conducta desviada y solo se efectuaría frente a los bienes jurídicos más importantes (Sánchez,

2007), en aras de no desbordar el poder punitivo del Estado y que se resguarde al máximo los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En concordancia con lo planteado anteriormente, la Corte Constitucional ha definido el principio de intervención mínima o de necesidad como:

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 (...). En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la última ratio del derecho sancionatorio (Subrayas propias). (Corte Constitucional., Sala Plena, C-365, 2012).

En el contexto descrito, si a través de la imposición de sanciones, como las disciplinarias, basta para reprochar la conducta realizada, entonces no debe recurrirse al derecho penal para ello. Así las cosas, considerando que según el artículo 121 de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), que consagra los tipos de faltas disciplinarias, constituye falta grave “intentar, facilitar o consumir la fuga”, y que, de la misma manera, el título XII establece todo lo relativo a la evasión, la fuga de presos ya configura un ilícito disciplinario dentro del régimen penitenciario, por lo que no sería necesario entonces tipificarlo como delito dentro del Código Penal.

En casos de fractura, esto es, de efectuar la fuga sirviéndose del ejercicio de violencia sobre las personas o las cosas, como ya se mencionó, puede recurrirse a sanciones penales cuyo desvalor recae precisamente sobre este reproche, es decir, sobre el daño a los bienes o las lesiones generadas a las personas.

Este análisis ya ha sido realizado en otras ocasiones por la Corte Constitucional, por ejemplo, cuando analizó la constitucionalidad del delito de ultraje a emblemas o símbolos patrios, en cuyo caso consideró que:

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 (...). En aplicación de este criterio de control, la Corte Constitucional ha declarado la inexecutable de conductas cuya penalización ha encontrado desproporcionada, precisamente por estimar innecesario que el Estado recurriera al sistema penal para castigar conductas que podían castigarse con mayor eficacia por la vía de la potestad sancionatoria de la administración. Así, la decisión de criminalizar una conducta sólo puede reputarse legítima cuando responde a la necesidad de sancionar comportamientos atentatorios de los derechos y libertades individuales y colectivos, y en razón de la imposibilidad de reprimir el ilícito con mecanismos menos invasivos de los derechos fundamentales, pues la incursión del derecho penal en la regulación del comportamiento humano debe considerarse como el último recurso posible para enderezarlo o reprimirlo. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-575, 2009).

En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del referido delito, argumentando que en tal caso no era procedente la sanción penal, pues la conducta reprochada podría sancionarse a través de otros ilícitos, como el contemplado en el Código Nacional de Policía. Un razonamiento similar debe aplicarse al delito de fuga de presos, toda vez que, como se mencionó, está consagrado expresamente como falta grave al régimen penitenciario, por lo que es excesiva la intervención penal.

En este contexto, la Corte Constitucional ha explicado la aplicación del principio de proporcionalidad de la siguiente manera:

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes (Corte constitucional, Sala Plena, C-022, 1996).

Con lo expresado por la Corte es posible afirmar que este tipo tampoco supera el juicio de proporcionalidad, pues sancionar la fuga de presos no impide de ninguna manera que existan fallas en la administración de justicia ni mejora el sistema de vigilancia y de seguridad del Estado para garantizar la privación de la libertad; en consecuencia, no genera

ningún impacto en la lesión del bien jurídico la despenalización de este tipo, por lo que no es un medio idóneo para producir los efectos que se le endilgan, esto es, la efectiva protección del bien jurídico delimitado en el acápite anterior.

Asimismo, como ya se ha expresado, tampoco es coherente afirmar que sea necesaria la tipificación de la fuga de presos para obtener el fin, pues ello puede garantizarse a través de otros medios, como las mejoras en el funcionamiento de los sistemas de vigilancia y seguridad y/o la sanción a través del régimen disciplinario de la cárcel que es menos lesivo para los derechos fundamentales del reo. Finalmente, de conformidad con lo expuesto en este artículo, el delito evidentemente sacrifica principios constitucionales más importantes, como la libertad, cuyas limitaciones deben ser excepcionales y bien fundamentadas, lo que no sucede en este caso.

En conclusión, el tipo de fuga de presos no supera el juicio de proporcionalidad, generando conflicto en cada uno de sus subprincipios, esto es, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; por lo que, si no se aceptara el razonamiento realizado alrededor del bien jurídico, deberá admitirse entonces que, al no superar este juicio, dicho delito es incompatible con la Constitución Política colombiana y las garantías que ella ofrece.

5.5 Propuesta final

En conclusión, pareciera ser el delito de fuga de presos es inconveniente atendiendo a los argumentos ofrecidos por la doctrina, pues los argumentos que justifican su consagración, de conformidad con lo expuesto, no resultan ser suficientes para mantenerlo ni logran superar aquellos que se le oponen. En el marco de un sistema penitenciario y carcelario como el colombiano, de políticas criminales desmedidas y que vulneran derechos constitucionales, no resulta lógico exigirle a las personas que se encuentran en privadas de la libertad, mantenerse en tal situación.

Es aquí donde entra el instinto de libertad mencionado por la doctrina de una forma potencializada, dado que no es solo que se le prive al preso de su derecho a la libertad de locomoción por estar cumpliendo la condena impuesta, sino que se le impone una carga excesiva de estar en las condiciones referidas, lo que lleva a que también se exponga el

instinto de supervivencia natural que tiene el ser humano, puesto que, como bien lo menciona la Corte, no se respetan ni garantizan allí las condiciones mínimas de vida del ser humano.

Todo esto, lleva a plantear que, aunque no se reconociera que el delito de fuga de presos sea inconstitucional por dicho motivo, sí debe admitirse, por lo menos, un estado de necesidad, en tanto el sujeto no tiene otra alternativa que la fuga para la salvaguarda de sus bienes jurídicos, incluyendo la vida misma. En consecuencia, si bien la posibilidad de afirmar la existencia de un estado de necesidad dependerá del caso en concreto que se analice, atendiendo a que la crisis carcelaria es estructural y se constituye como la regla general frente a una minoría exenta de ella, la configuración de la referida causal permearía la mayoría de los casos.

No obstante, es posible afirmar que el delito de fuga de presos es inconstitucional, en principio, atendiendo a lo expresado por la doctrina penal en relación con el bien jurídico tutelado y su delimitación conceptual que integra un deber inherente del Estado cuando se trata de la administración de justicia; lo que concuerda con lo consagrado en la Constitución Política de 1991, la legislación y reglamentación citada, quienes le atribuyen el deber de vigilancia y custodia al Estado.

De la misma manera, aun cuando no se admitiera la tesis propuesta, parece evidente que el delito de fuga de presos no supera el juicio de proporcionalidad, constituyendo un medio inidóneo e innecesario para la protección de la recta y eficaz impartición de justicia; por lo que de tal modo también sería inconstitucional. Finalmente, el desvalor de esta conducta ya se encuentra subsumido en normas de otra índole, tales como las faltas graves disciplinarias en el caso de la mera evasión y otros ilícitos penales como el daño en bien público y/o las lesiones personales cuando se trata de la fractura.

En consecuencia, más allá de ser inconveniente, en los términos expuestos, el delito de fuga de presos es incompatible con la Constitución Política de 1991 y la legislación colombiana posterior, por lo que resulta indispensable estudiar su aplicación actual trascendiendo los casos puntuales de estado de necesidad que pudieran presentarse.

6 REFERENCIAS.

- Acale, M., García, N., Terradillos, J., et al., (2011). *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal: tomo III: derecho penal, parte especial*. Madrid, España: Iustel
- Arendt, H. (2018). *¿Qué es la política?* Barcelona, España: PAIDÓS Esenciales.
- Barreto, H. (2019). *Lecciones de derecho penal: parte especial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bustos, J. (1991). *Manual de derecho penal: parte especial*. Editorial Ariel S.A:Barcelona,España
- Camacho, J. (1987). *Delitos contra la administración de justicia*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Cantarero, R. (1995). *Administración de justicia y obstruccionismo judicial*. Madrid, España: Editorial Trotta S.A.
- Cardenal, S., Corcoy, M., Fernandez, S., et al., (2004) *Manual Práctico De Derecho Penal: Parte Especial: Doctrina Y Jurisprudencia, Con Casos Solucionados*. Valencia, España: Tirant Lo Blach.
- Carrara, F. (1993). *Programa de derecho criminal*. Parte especial. Vol. V. Ed. Temis: Bogotá, Colombia
- Código Penal [C.PEN.]. (2002). (25.va ed.). Legis.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (05 de diciembre de 2016). Sentencia dentro del proceso identificado con radicado 5000-23-26-000-2003-00747-01. MP. Danilo Rojas Betancourth.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (16 de mayo de 2012). Sentencia C-365/12. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sala Plena. (26 de agosto de 2009). Sentencia C-575(09). MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

Escobar, S., y Medina, M. (2016). *Sentencia de la Corte Constitucional T-762 de 2015, de dieciséis (16) de diciembre de dos mil quince (2015), sobre estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario en Colombia*. Nuevo Foro Penal, 12(87), 244-251. <https://doi.org/10.17230/nfp.12.87.8>

Ferreira, F. (1985). *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá: Temis.

Foucault, M. (2002). *Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.

Gutiérrez, L. (1965). *Derecho penal especial*. Bogotá, Colombia: Temis.

Maggiore, G. (2000). *Derecho penal: parte especial*. Vol.III: de los delitos en particular. Editorial temis: Bogotá, Colombia.

Manzini, V (1961). *Tratado de derecho penal. Tomo x: Segunda parte de los delitos en especial, volumen V: Delitos contra la administración de justicia*. Buenos Aires, Argentina: EDIAR Soc. Anón, EDITORES

Muñoz, C (2004). *Derecho penal parte especial*. Valencia, España: TIRAN LO BLANCH

Ortiz, A. (1973). *Curso de derecho penal especial (Primera Parte)*. Medellín, Colombia: Copytecnic.

Pacheco, P. (1959). *Derecho penal especial*. Bogotá, Colombia: Temis.

Pabón, P. (1998). *Delitos contra la Administración de Justicia*. Bogotá, Colombia: Leyer.

Pérez, L. (1984). *Derecho penal: parte general y especial. Tomo III. De los delitos en particular*. Bogotá, Colombia: Temis.

- Posada, M. (2018). *La inconstitucionalidad de la detención preventiva en las estaciones de policía*. Revista Nuevo Foro Penal, 91, [151-181]
- Sánchez, J. (2007). *El principio de intervención mínima en el Estado mexicano*. Revista del Instituto de la Judicatura Federal.
- Sergi, C. (2004). *Manual práctico de derecho penal parte especial: doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*. Tirant lo blanch: Valencia, España
- Sotomayor, J., y Gómez, D. (2020). *Fundamento constitucional del principio de lesividad: Consecuencias para el legislador y el juez*. En: Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid, España: Editorial Reus.
- Todorov, T. (2008). *El miedo a los bárbaros*. Sevilla, España: Galaxia Gutenberg.
- Villar, L. (2007). *Estado de derecho y Estado social de derecho*. Revista Derecho del Estado. 20 (dic. 2007), 73–96.
- Wilenmann, J. (2011). *La Administración de justicia como un bien jurídico*. Revista de derecho (Valparaíso), (36), 531-573. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512011000100015>