

**FUNCIONES DE LA PENA EN LA POLITICA CRIMINAL COLOMBIANA
FRENTE A DELITOS DE VIOLACION Y ABUSO SEXUAL CONTRA
MENORES, A PARTIR DE LA LEY 1098 DE 2006**



**CARLOS DUQUE CERTUCHE
GERMAN ALEXANDER ALMARIO DIAZ
RUTH STELLA MELGAREJO MOLINA**

**UNIVERSIDAD LIBRE
INSTITUTO DE POSGRADOS FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO PENAL
Bogotá D.C, Colombia**

2013

**FUNCIONES DE LA PENA EN LA POLITICA CRIMINAL COLOMBIANA
FRENTE A DELITOS DE VIOLACION Y ABUSO SEXUAL CONTRA
MENORES, A PARTIR DE LA LEY 1098 DE 2006**

**CARLOS DUQUE CERTUCHE
GERMAN ALEXANDER ALMARIO DIAZ
RUTH STELLA MELGAREJO MOLINA**

Trabajo de grado para optar al título de Magister en Derecho Penal

Director: Dr. Alfonso Daza González

**UNIVERSIDAD LIBRE
INSTITUTO DE POSGRADOS FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO PENAL
Bogotá D.C, Colombia**

2013

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	vi
1. DELINCUENCIA SEXUAL CONTRA MENORES	1
1.1 DELITO SEXUAL.....	1
1.1.1 Concepto General.....	1
1.1.2 Delito Sexual Contra Niños.....	3
1.2 NATURALEZA DE LOS DELITOS SEXUALES.....	7
1.3 TRASTORNOS MENTALES QUE INCIDEN EN LA VIOLENCIA Y ABUSO SEXUAL A MENORES	18
1.3.1 La Parafilia Pedofilia	21
1.3.2 La Psicopatía	26
1.4 ETIOLOGÍA O CAUSAS DEL CRIMEN SEXUAL CONTRA NIÑOS.....	29
1.5 TRATAMIENTO CLÍNICO DE LOS AGRESORES SEXUALES DE MENORES	39
1.5.1 Intervenciones Clínicas para tratar las Enfermedades o Trastornos Mentales Sexuales y Psicopatías.....	42
2. FUNCIONES DE LA PENA COMO NORMA RECTORA. ARTICULO 4 C.P.....	56
2.1 CONCEPTO DE PENA.....	56

2.1.1 Razonabilidad, Proporcionalidad y Necesidad de la Pena.....	58
2.1.2 Utilidad de la Pena.....	64
2.1.3 Pena – Medida de Seguridad, Relación y Diferencia.....	65
2.2 FINES DE LA PENA	71
2.2.1 Prevención Especial.....	71
2.2.2 Prevención General.....	72
2.2.3 Reinserción Social.....	74
2.2.4 Protección al Condenado.....	79
3. POLITICA CRIMINAL COLOMBIANA FRENTE A LOS VIOLADORES Y ABUSADORES SEXUALES DE MENORES DESDE LA LEY 1098 DE 2006.....	84
3.1 NORMAS EXPEDIDAS POR EL LEGISLADOR CON OCASION A LA VIOLACION Y ABUSO SEXUAL DE MENORES.....	84
3.1.1 Artículo 199 Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia.....	85
3.1.2 Inciso Segundo, Artículo 48 de la Ley 1098 de 2006.....	88
3.1.3 Ley 1236 de julio 23 de 2008.....	91
3.1.4 Proyectos de Acto Legislativo 001 de 2008 y 163 de 2008.....	100
3.1.5 Ley 1327 de 2009.....	102
3.1.6 Acuerdo 280 de 2007 del Concejo Distrital de Bogotá. Del	104
3.1.7 Proyecto de ley para convocar referendo cadena perpetua, Numero 260 de 2011 Cámara de Representantes y 206 de 2010 Senado de la República.....	107

3.2 POLITICA CRIMINAL FRENTE AL DELITO SEXUAL CONTRA
MENORES 110
CONCLUSIONES 124
BIBLIOGRAFIA..... 131

INTRODUCCION

Dentro de la dialéctica del comportamiento social de nuestro país, resultan cada vez más inquietantes, algunos fenómenos que sin lugar a duda merecen toda atención, habida cuenta que tienden a mostrarse como los de mayor connotación de comienzos de siglo y que causan grandes demostraciones emocionales, bien sea de repudio o de advenimiento a los mismos.

Entre los que lesionan a la sociedad y a la persona individualmente considerada, es innegable, que conductas como el narcotráfico, la violencia de grupos al margen de la Ley, la violencia social causada por las grandes masas capitales, entre otras, tienden a mostrarse como los más recurrentes comportamientos generadores de inconformidad, repudio e impacto social, que al ser estudiados en forma exhaustiva desde una verdadera política criminal estatal, se mostrarían como que tanto sus causas generadoras y orígenes se nutren de diferentes vertientes.

No obstante, concurren con los anteriores, otros comportamientos lesivos que imperan, si se quiere con más antigüedad y que comportan mayor lesividad y degradación humana por su trascendencia, son tales los delitos que atentan contra la FORMACION, LIBERTAD E INTEGRIDAD SEXUAL;

empero un serio y eficaz tratamiento judicial escasea en la legislación, al igual que la readaptación o rehabilitación del sujeto o sujeto activos de los mismos.

Es en este contexto, donde cobra mayor importancia y trascendencia, el estudio de la violencia y abuso sexual a los niños, niñas y adolescentes, de donde ha de analizarse, no solo el hecho mismo como tal, sino que también, necesario e imprescindible es para la sociedad y en especial para los agentes jurídicos, aterrizar sobre el concepto y naturaleza del delito sexual, los trastornos mentales que afectan al agresor sexual de menores como la pedofilia y la psicopatía, el perfil criminal de estos delincuentes, las causas del crimen sexual contra menores y el tratamiento clínico posible para estos agresores. Igualmente es pertinente el estudio de la pena, su concepto y funciones como la prevención general y especial, la reinserción social y la protección al condenado, dentro del respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales.

Realizado el análisis del tratamiento jurídico social, a los diversos comportamientos lesivos, resulta de gran interés resaltar que este se debe ceñir a una política criminal estatal, fundamentada, estructurada, sólida, en la que también se evidencien la génesis y naturaleza de cada delito; a fin de que tanto la prevención general del mismo, al igual que la reubicación del sujeto activo en la sociedad, satisfagan el interés general.

En el delito sexual contra menores, objeto de estudio en este trabajo, es claro que la proliferación de normas sobre el tema, vistas de manera objetiva, pudieran quedarse cortas y hasta superfluas en los cometidos legales y constitucionales.

Resulta razonable del por qué la sociedad del siglo XXI, entre ellas la colombiana, cada vez se muestran más reacias a aceptar la ocurrencia y reiteración de fenómenos comportamentales disociadores, dañinos y lesivos al individuo y a la colectividad y que muestra de tal rechazo es que exigen del Estado, no solamente la activación de los órganos represivos, sino que también exigen políticas sociales que contrarresten y opaquen aquellas causas generadoras de perturbación y delincuencia; en tal sentido, el estudio de cada una de las conductas ilícitas que estructuran los tipos penales, resulta siendo el componente social que ha de soportar la sanción legal y estatal de tales comportamientos.

En consecuencia, en este trabajo, se enfatizará sobre la importancia del concepto de política criminal estatal, las normas expedidas por el legislador para tratar y sancionar las conductas de violencia y abuso sexual a los niños y concluir sobre un adecuado tratamiento jurídico social a estos delitos y delincuentes.

1. DELINCUENCIA SEXUAL CONTRA MENORES

1.1 DELITO SEXUAL

1.1.1 Concepto General. La sexualidad juega en los seres humanos, un papel relevante a nivel evolutivo y social, no es un simple mecanismo para la reproducción de los individuos o el mantenimiento de la especie, sino que se le considera como fuente de comunicación, afecto y de realización personal.

La Psicóloga Jurídica Espinosa Becerra,¹ recuerda que según Redondo (2002) en las sociedades democráticas, la sexualidad se concibe como una dimensión de la naturaleza humana, existencial y de comportamiento, que es necesaria y saludable tanto para el desarrollo individual como para la comunicación y las relaciones interpersonales. No obstante en esta dimensión de la actividad sexual existen algunos límites o fronteras que protegen las creencias y las leyes.

En el mundo occidental, estos límites son: 1) Los comportamientos sexuales que implican varias personas, deben ser plenamente libres y consentidos, por tanto nadie puede ser forzado a mantener relaciones sexuales que no

¹ ESPINOSA BECERRA Adriana Patricia, Aportes de la Psicología Forense al Abordaje de los Delitos Sexuales. Plan Nacional de Capacitación, Escuela Nacional de Defensoría Pública “Roberto Camacho Weverberg”. Colombia 2002. pp. 18 y 36.

desea. 2) La sociedad protege a los niños y personas con minusvalías mentales y psicológicas, de contactos sexuales que se consideran inapropiados, debido a la falta de libertad con la que podría actuar, por su corta edad o incapacidad de elección; como por ejemplo, el de un niño con un adulto.

Así las cosas, la FORMACION, LIBERTAD E INTEGRIDAD SEXUAL, ha sido consagrada por la Ley, como un bien jurídico a proteger, sancionando como conducta delictiva la vulneración del mismo. En Colombia la Ley 599 de 2000 Código Penal, Título IV, protege el derecho a la LIBERTAD SEXUAL, tipificando los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, comprendidos en los artículos 205 al 219 B.

La LIBERTAD SEXUAL se define, como *“la facultad y derecho de elegir, aceptar, rechazar y autodeterminar el comportamiento sexual, con necesaria sujeción a los conceptos éticos de la comunidad y el respeto de los derechos ajenos”*.² En consecuencia, la determinación sexual del ser humano no puede ser violentada (acceso y acto violento), ni anulada o viciada (acto o acceso con persona en incapacidad de resistir), presumiéndose la invalidez del consentimiento expresado por persona menor de catorce años o en estado de inconsciencia por causa física o psíquica.

² PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, Tomo I Serie Delitos Sexuales. DIGAME POR QUE?, Agresores sexuales, motivaciones y actuaciones judiciales, IMP Ediciones, Bogotá 2012, p.155.

1.1.2 Delito Sexual Contra Niños. Atendiendo los conceptos generales de Libertad y Delito Sexual, ya esbozados; es pertinente centrar este trabajo en el Delito sexual en que son víctimas los niños, niñas y adolescentes.

El concepto de LIBERTAD SEXUAL, conforme con la doctrina jurídica³, se encuentra integrado por dos términos:

Libertad Sexual. Facultad de elegir, aceptar, rechazar y autodeterminarse sexualmente. Bien jurídico que se tutela en adultos y mayores de 14 años.

Seguridad Sexual. Bien jurídico protegido en menores de 14 años que tienen experiencia sexual, así haya sido bajo su consentimiento. Se considera que en esta etapa el niño, niña o adolescente no tiene la facultad para ejercer su libertad sexual, no tiene capacidad de control y disfrute del cuerpo.

El ABUSO SEXUAL INFANTIL, según la Psicóloga Espinosa Becerra, se define desde los conceptos de COERCION (uso de la fuerza física, la presión o el engaño) y la ASIMETRIA DE EDAD, que impide la verdadera libertad de decisión y hace imposible una actividad sexual consentida, ya que los participantes tienen experiencias, grado de madurez biológica y expectativas muy diferentes. Parte del supuesto de que un niño dependiente, inmaduro

³ ESPINOSA BECERRA, Adriana Patricia, Op. Cit. p.19.

evolutivamente no debe implicarse en actividades sexuales que no comprende plenamente o para las que no está capacitado para dar su consentimiento. Esta perspectiva ética tiene la ventaja de no hacer necesaria la demostración de daño resultante del abuso.

Una conducta abusiva de carácter sexual puede obedecer a factores de satisfacción de impulsos, como: - El sexual, cuando se da el contacto físico directo entre el agresor y la víctima; - El económico, en actividades como la pornografía, la trata de personas, la explotación sexual, el proxenetismo, la inducción a la prostitución; - El de control y dominación, donde aparte de obtener una satisfacción de índole sexual, el agresor ve cumplido el ejercicio de su autoridad y superioridad sobre la víctima, común en dinámicas disfuncionales de pareja y en agresores con psicopatologías. En algunos casos se puede presentar la conjugación de estos factores como móviles de la misma conducta, y sería lo que enmarcaría el factor subjetivo de ella.

Este trabajo se concreta al análisis de las conductas o delincuencia sexual que obedece factores de satisfacción de un impulso sexual, así como de control y dominación, en que el agresor ve cumplido el ejercicio de autoridad y superioridad sobre la víctima, como son los agresores con psicopatologías, en que las víctimas son menores de edad.

Las conductas de violencia y abuso sexual infantil, en el Código Penal Colombiano, resultan sancionadas en los tipos penales, denominados: Acceso carnal violento, acto sexual violento, acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir, acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir y acoso sexual; agravados por realizarse sobre persona menor de 14 años y sobre parientes cuando estos son menores de edad; igualmente el acceso carnal abusivo con menor de 14 años y el acto sexual con menor de 14 años (arts. 205, 206, 207, 210, 210 A, 211 numerales 4 y 5, 208 y 209 de la Carta Penal).

Sobre el alcance de la delincuencia de abuso y violencia sexual a menores, la psicóloga Espinosa Becerra, recuerda, que jurisprudencialmente se ha venido estableciendo que se considera un delito sexual, recopilado en un estudio realizado por Buenahora, Benjumea; Poveda, Caicedo y Barraza, en el libro “Estudio de la jurisprudencia Colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas”, así:

En cuanto al ACCESO CARNAL:

- Respecto a la profundidad y las partes del órgano reproductivo femenino comprometidas, la introducción del asta viril puede ser parcial o total y por vía oral, anal o vaginal del mismo o diferente sexo. La penetración puede comprometer solo el introito puesto que este hace parte de los genitales

internos (sent. Cas Penal, C.S.J., proceso 21691, del 17 de septiembre de 2008).

- Los elementos que se reconoce, pueden penetrar físicamente a la víctima, además del pene, puede ser los dedos, o elementos no corporales y sobre la relación entre penetración y eyaculación, la Corte ha establecido que el acceso se configura con la simple introducción del asta viril en el cuerpo de otra persona, no es necesario que para la consumación se tenga perfección fisiológica (C.S.J. sent, cas. Proceso 23027, julio 13 de 2006).

- En lo relacionado con los rastros que puede o no dejar el acceso carnal, la Corte ha planteado que “no depende para su consumación de huellas espermáticas, líquidos o fluidos genéticos para su estructuración”, pues muchos factores pueden influir para que no se encuentre este tipo de rastros, tales como: la penetración con elementos no corporales, el paso del tiempo que hace que la prueba se pierda, la realización del delito sin eyaculación o sin dejar rastros de ADN en el cuerpo de la víctima (CSJ. Sents. Cas. Proceso 26682 del 4 de febrero de 2009 y proceso 22203 del 23 de mayo de 2007).

Sobre las conductas de ACTOS SEXUALES, es decir aquellas que no implican penetración, pero que vulneran el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual, la Corte indica que se entiende por “sexual” o

zona erógena, *“toda parte del cuerpo susceptible de ser lugar de una excitación sexual (...) aparte de la boca y de los genitales, que son las zonas que más frecuentemente entran en contacto, otros sectores se convierten igualmente y con facilidad en zonas de estimulación y excitación (senos, cuello, nalgas, orejas, ombligo...)”*. (Fallo del 5 de noviembre de 2008, proceso 30305).

1.2 NATURALEZA DE LOS DELITOS SEXUALES

Si bien es cierto, que en el sistema penal colombiano lo que se enjuicia es el acto humano, la conducta humana y no al autor por lo que es, lo que en últimas constituye el DERECHO PENAL DEL ACTO, en el que se requiere que las decisiones penales se adopten con base en las actuaciones positivas del imputado y no a partir de sus condiciones personales; es evidente que en situaciones de agresión sexual, no se pueden desconocer factores asociados a una conducta interna trascendente, que se acerca a la menor o mayor probabilidad de que un sujeto emita una conducta de estas características.

En consecuencia, es necesario que el legislador, el ejecutivo y la administración de justicia se centren en el estudio de esta delincuencia, en la localización de factores psicológicos situacionales que puedan explicar el desencadenamiento de las agresiones sexuales, estudiando la topografía de

la excitación sexual, las actitudes hacia las mujeres y niños, las distorsiones cognitivas y la competencia social de los agresores.

Es indudable, que la delincuencia sexual tiene relación con el psiquismo y comportamiento humano y con las relaciones sociales de control y dominación; por tanto, para entender el significado, origen y ubicación en la psiquis y en el comportamiento humano de las conductas sexuales violentas o abusivas contra un menor de edad; es pertinente hacer relación a algunos conceptos generales de la psicología y que atañen al tema objeto de estudio. Se parte por afirmar que en el comportamiento de los seres humanos, tiene gran incidencia la SALUD MENTAL; que consiste en el estado de completo bienestar biológico, psicológico, social y cultural y no solo a la ausencia de enfermedad o afección alguna. Gracias a esta, el hombre se encontrará en capacidad de mantener una relación armónica con el medio ambiente.

Es así, que aquellas personas que no gozan de salud mental, realizan conductas anormales, de diversa índole. La PSICOLOGIA ANORMAL, se encarga de realizar el estudio científico de tales conductas y su objetivo es describir, explicar, predecir y controlar conductas consideradas extrañas o inusuales

Adolfo Jarne Esparcia,⁴ advierte que las conductas anormales van desde lo extraño y espectacular, hasta lo más común; esto es, desde homicidios violentos y actos sexuales pervertidos, hasta aquellas conductas carentes de sensacionalismo como el tartamudeo, la depresión, las úlceras y la ansiedad por los exámenes, entre otras.

De la observación sistemática por un profesional (psicólogo o psiquiatra), de alguna conducta anormal, junto con los resultados de pruebas psicológicas y la historia psicológica de la persona, se puede evaluar y extraer inferencias acerca DEL TRASTORNO PSICOLOGICO del individuo. Una vez identifica las causas de la conducta y establece correctamente la fuente de la dificultad del paciente, el profesional es capaz de predecir los tipos de problemas que enfrentaría este durante la terapia y los síntomas que exhibirá.

La conducta anormal, puede ser controlada a través de terapias, que consiste en un programa de intervención sistemática cuyo propósito es modificar el estado conductual, afectivo (emocional) o cognoscitivo de un paciente. Este punto se tratará en mayor extensión, al exponer el tratamiento clínico de las conductas anormales o trastornos psicológicos.

Para Jarne Esparcia, la conducta anormal, incluye criterios de

⁴ JARNE ESPARCIA, Adolfo. Psicopatología Psicología/Psychology, Volumen 51 de Psicología, Universitat Oberta de Catalunya, Editorial UOC; 2006. p. 3 ss.

- Malestar: Físico (reacciones físicas que se derivan de un comportamiento psicológico intenso, como: asma, hipertensión, úlcera, etc.), o psicológico (reacciones emocionales extremas o prolongadas, de las cuales la ansiedad y la depresión son las más frecuentes y comunes).

- Rareza: Conducta rara o inusual, es una desviación de una norma de comportamiento aceptada (como un acto antisocial) o una aceptación falsa de la realidad (como una alucinación).

- Ineficiencia: Los problemas emocionales a veces interfieren en el desempeño de los papeles de la persona y la ineficiencia del papel resultante, puede ser usada como un indicador de anormalidad.

En congruencia con los anteriores conceptos, se define el **TRASTORNO MENTAL**, como una *“disfunción dañina”*, en donde el término *dañina* se basa en normas sociales y *disfunción* es un término científico que se refiere a la *“falla de un mecanismo mental para ejecutar una función natural para la cual fue diseñado por evolución.”*. El trastorno mental se refiere a algún patrón reconocible de conducta anormal.

Se concluye entonces que la CONDUCTA ANORMAL es aquella que se aparta de alguna norma y que perjudica al individuo afectado o a los demás.

Son PERSONAS ENFERMAS MENTALMENTE aquellos individuos que exhiben conducta anormal.

La EPIDEMIOLOGÍA PSIQUIATRICA, proporciona conocimientos de los factores que contribuyen a la ocurrencia de trastornos mentales específicos. A partir de esta información, se puede determinar con cuanta frecuencia ocurren varias enfermedades en la población, igualmente cómo varía la ocurrencia de trastornos mentales por etnicidad, género y edad y si las practicas actuales de salud mental son suficientes y efectivas.

En esta rama, se ha realizado la CLASIFICACION DE LA CONDUCTA ANORMAL, con el fin de proporcionar categorías distintas, indicadores y nomenclatura para **patrones de conducta**, procesos de pensamiento y alteraciones emocionales diferentes.

El esquema de clasificación de los trastornos mentales más efectivo, es el del *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM); el DSM-I fue publicado por la Asociación Psiquiátrica Estadounidense en 1952 y se encuentra basado en el “Sistema de Kraepelín” (psiquiatra Emil Kraepelín, 1856-1926).

El Sistema de Kraepelín (sistema de clasificación diagnóstica para los trastornos), se basaba en los síntomas del paciente y en la medicina;

consideraba que los trastornos (grupos semejantes de síntomas) que tuvieran una etiología (causa u origen) común, requerían tratamientos similares, responderían a éstos de forma similar y progresarían de manera semejante si se dejaban de tratar.⁵ Kraepelín, sostuvo que los trastornos mentales podían ser vinculados de forma directa con trastornos cerebrales orgánicos.

El sistema DSM-IV (1993), toma en cuenta la investigación acumulada sobre psicopatología y diagnóstico, realizada a gran escala con miles de clínicos y pacientes. Este sistema, recomienda que el estado mental del individuo sea examinado y evaluado con respecto a cinco factores o dimensiones, llamados ejes. Estas dimensiones o ejes son:

Eje I. Síndromes clínicos y otras condiciones que pueden ser un foco de atención clínica.

Eje II. Trastornos de Personalidad.

Eje III. Condiciones médicas generales. Las que son potencialmente relevantes para la comprensión el tratamiento de la persona.

Eje IV. Problemas sicosociales y ambientales. Estos problemas pueden afectar el diagnóstico, tratamiento y pronóstico de los trastornos mentales.

Eje V. Evaluación global del funcionamiento. El clínico proporciona una estimación del funcionamiento psicológico, social y ocupacional de la persona.

⁵ Ibid., p. 113.

De esta manera el DSM-IV realizó una CLASIFICACION, que enlista LOS TRASTORNOS O sus CATEGORIAS, para los EJES I Y II. Resultando 17 categorías así:

1. Trastornos de inicio en la infancia, niñez o adolescencia. Deterioro en el funcionamiento cognoscitivo e intelectual, deficiencias en el lenguaje, motoras, habilidades sociales deficientes, ansiedad, trastornos alimenticios, etc.,

2. Delirio, demencia, trastornos amnésicos y otros trastornos cognoscitivos. Anormalidad psicológica o conductual que es asociada con una disfunción identificable del cerebro, transitoria o permanente. Surgen por heridas en la cabeza, ingestión de sustancias tóxicas degeneración o enfermedad cerebral, etc.

3. Trastornos mentales debidos a una condición médica general. Evidencia que las condiciones médicas generales están relacionadas de modo causal con un trastorno. Eje. Hipotiroidismo causa directa de un trastorno depresivo.

4. Trastornos relacionados con el uso de sustancias. Estas personas son incapaces de controlar la ingestión y tienen un deseo persistente de usar la sustancia.

5. Esquizofrenia y otros trastornos psicóticos. Deterioro grave en el pensamiento y percepción. Haba incoherente, persona con delirios, alucinaciones y afecto inapropiado.

6. Trastornos del afecto. La alteración del afecto puede ser una depresiva grave, marcada tristeza, disminución de interés y pérdida de energía o Júbilo extremo o manía (personas con grandiosidad, disminución en la necesidad de sueño, fuga de ideas). Pueden presentarse condiciones bipolares.

7. Trastornos de ansiedad. Conductas de ansiedad y evitación, como las fobias.

8. Trastornos somatoformes. Síntomas de un trastorno físico que no pueden ser explicados por completo por una condición médica general. La persona cree tener una enfermedad o problema de salud, experimentan dolor, no obstante los síntomas son inconsistentes con la estructura anatómica y sugieren una base psicológica.

9. Trastornos facticios. Hay un fingimiento intencional de síntomas físicos o psicológicos. No es motivado por incentivos externos (beneficios económicos, evitación de responsabilidad legal), sino por la adopción de un papel de enfermo.

10. Trastornos disociativos. Perturbación o alteración de la memoria, la identidad o la conciencia (no recuerdan quienes son, adoptan dos o más personalidades, etc.).

11. Trastornos sexuales y de identidad de género. Categoría que interesa a este estudio.

a. Perturbaciones o Trastornos Sexuales. Se encuentran dos grupos:

1) Disfunciones sexuales. Incluyen inhibiciones en los deseos sexuales, orgasmos inhibidos, eyaculación prematura o dolor recurrente durante el proceso de relación sexual.

2). Desviaciones o Parafilias. De relevancia en este trabajo. Consiste en una activación sexual intensa y fantasías, que implican situaciones que no forman parte de las pautas habituales de los demás u objetos no humanos, sufrimiento o humillación de uno mismo o de la pareja, o a niños o personas que no consienten y que pueden interferir con la capacidad para una actividad sexual recíproca y afectiva. Se considera trastorno, solo si la persona ha llevado a cabo las fantasías o es angustiado de manera marcada por estas.

Entre estas desviaciones o parafilias, se encuentran: Exhibicionismo, fetichismo, froteurismo, pedofilia, masoquismo sexual, sadismo sexual, voyerismo, fetichismo travestista, trastorno sexual NEOM, gerontofilia y necrofilia, entre otras. En el presente trabajo se analizará en mayor

extensión **LA PEDOFILIA**, que tiene como sujeto pasivo los menores de edad.

b. Trastornos de identidad de género. Hay una intensa identificación cruzada de género y un deseo de ser del otro sexo, incomodidad persistente con el propio.

12. Trastornos alimentarios. Incluyen a la alimentación, como rehusarse a mantener el peso corporal por encima de un peso mínimamente normal, comer de manera excesiva y luego vomitar.

13. Trastornos del sueño. Problemas para iniciar o mantener el sueño.

14. Trastornos del control de los impulsos no clasificados en otra parte. Fracaso en resistir un impulso o tentación de ejecutar un acto perjudicial para el individuo o los demás.

15. Trastornos de adaptación. Angustia marcada y excesiva o deterioro significativo en el funcionamiento social, ocupacional o académico.

16. Trastornos de la personalidad.

De importancia en este trabajo. Este tipo de trastornos incluyen conductas raras o excéntricas, dramáticas y emocionales excesivas, o ansiosas y

temerosas. Entre estos se encuentra los trastornos: paranoide, esquizoide, **antisocial**, histriónica, narcisista, evitación, obsesivo compulsiva, entre otras. **La psicopatía**, es un tipo de trastorno de la personalidad antisocial. Interesa a este trabajo y a él se hará referencia más adelante.

17. Otras condiciones que pueden ser un foco de atención clínica. Trastornos que no cumplen por completo los criterios para un trastorno particular. Como trastornos del movimiento inducidos por medicación, problemas de relación.

Se hace alusión al sistema DSM IV, por tener una metodología descriptiva, con el objetivo de mejorar la comunicación entre clínicos de varias orientaciones. Sin embargo para fines diagnósticos, la OMS recomienda el uso del CIE-10 DE CLASIFICACION INTERNACIONAL DE ENFERMEDADES, de uso general en todo el mundo, en que se hace una clasificación de enfermedades a nivel general (infecciosas, de la sangre, endocrinas, etc.). En lo atinente a los trastornos mentales tratados en este trabajo, se ubican así: Del F 60-69 los TRASTORNOS DE PERSONALIDAD Y DEL COMPORTAMIENTO, dentro de las que se encuentran en el F-60 Trastornos de la Personalidad, el F-60.2 **Trastorno Disocial o Antisocial de la Personalidad** y en el F-65 los TRASTORNOS DE ORIENTACION SEXUAL, el F-65.4 **La Pedofilia**.

1.3 TRASTORNOS MENTALES QUE INCIDEN EN LA VIOLENCIA Y ABUSO SEXUAL A MENORES

Previo a explicar los trastornos mentales que inciden en la violencia y abuso sexual a menores, es importante dejar en claro las razones por las cuales se propicia en esta clase de delincuentes, el interés sexual por los menores.

Así, en términos generales, se debe resaltar, que al hacer referencia al interés sexual que los agresores sexuales evidencian sobre los niños, la psicóloga Espinosa Becerra,⁶ menciona el MODELO FINKELHOR, en que se establecen cuatro procesos complementarios que actuarían en combinaciones diversas en cada individuo para propiciar tal interés:

“Congruencia emocional: Los niños satisfacen importantes necesidades emocionales. Los agresores varones han sido socializados para dominar, de ahí que los niños debido a su escasa capacidad de dominación les resultan sumamente atractivos.

Excitación Sexual: El niño se convierte en fuente potencial de gratificación sexual. Los niños resultan sexualmente excitantes a causa de las experiencias personales de los agresores, así como de los modelos y material pornográfico que hayan tenido a su alcance.

Bloqueo: El niño es más satisfactorio y está más disponible. Debido a problemas para establecer relaciones sexuales adultas

⁶ ESPINOSA BECERRA, Adriana Patricia. Aportes de la Psicología Forense al Abordaje de los Delitos Sexuales. Plan Nacional de Capacitación, Escuela Nacional de Defensoría Pública “Roberto Camacho Weverberg”. Colombia 2002. p. 42.

heterosexuales, buscan como alternativas las relaciones sexuales con niños.

Desinhibición: Los agresores deben salvar ciertos inhibidores internos para poder abusar sexualmente de un niño; entre estos elementos precipitadores de desinhibición se señalan el consumo de drogas y alcohol y ciertas distorsiones cognitivas.”.

Como características en común que presentan los diferentes tipos de agresores sexuales de niños, niñas y adolescentes; se tienen las siguientes⁷:

- Estos agresores son menos asertivos y más ansiosos.
- Presentan limitadas habilidades sociales. Sus vivencias infantiles destructivas, hacen que estos sujetos sean propensos a la violencia, con actitudes hostiles hacia las mujeres, problemas para percibir adecuadamente señales sociales y decidir que conducta es la apropiada en determinada situación.
- Dificultad en resolución de problemas. Ante las deficientes habilidades cognitivas, estos sujetos generan menos respuestas alternativas y eficaces frente a ciertos obstáculos y muestran mayor número de conductas desadaptativas para lograr metas.
- Son menos empáticos y presentan problemas para mantener y fomentar relaciones íntimas y duraderas. Son deficientes en sus relaciones íntimas y solitarias, al parecer por la carencia de relaciones de apego en la infancia.

⁷ Ibid., p. 39.

- Dificultad de **control de los impulsos**, La impulsividad es la ejecución de conductas inapropiadas para el contexto, prematuras y pobremente planificadas.
- La característica más importante, es la distorsión cognitiva que presentan estos sujetos. Se manifiesta en una corriente de mala información y extrañas creencias y actitudes, por ello las decisiones que toman se basan en falsas percepciones y errores de pensamiento.
- Los agresores no entienden la conexión entre evento, pensamiento y sentimientos, de esta manera *“se crean una idea, se forman una opinión sobre lo que desearían que pasara y actúan como si fuera a ocurrir de verdad, sin importarles las posibilidades reales, sin consideraciones morales, ignorando las reglas sociales, tomado lo que quieren y sirviéndose de sus propios criterios, lo que potencia la falta de respeto por los derechos y sentimientos de los demás. Stangeland y Redondo, 2001). ”*.

Es pertinente entonces, hacer énfasis en los trastornos mentales de **La Pedofilia y La Psicopatía**, como se anunció anteriormente, por cuanto son estos los que afectan a los agresores sexuales de los niños, niñas o adolescentes.

1.3.1 La Parafilia Pedofilia

➤ **Concepto**

Como atrás se reseñó, la Pedofilia se ubica en el Sistema de Clasificación de las Conductas anormales o Trastornos Mentales DSM-IV, como uno de los tipos de Parafilias, constituyendo esta última una forma de Trastorno Mental Psicosexual.

Es preciso recordar que la PARAFILIA, consiste en una activación sexual o intensas fantasías, impulsos o comportamientos sexuales, que implican situaciones que no forman parte de las pautas habituales de los demás u objetos distintos a los esperados en un individuo; estas pueden presentar:- Características del deseo no humano, - el objeto de deseo consiste en el sufrimiento o humillación de uno mismo o de la pareja y – La participación de niños, ancianos o personas que no consienten o con quienes apenas existe comunicación. Se considera trastorno, solo si la persona ha llevado a cabo las fantasías o es angustiado de manera marcada por estas.

El individuo experimenta una sexualidad patológica no motivada por sentimientos de amor o afecto, sino que es utilizada como un vehículo para la liberación de ansiedad hostilidad o culpa.

Este comportamiento sexual se torna peligroso y altera el orden establecido, trascendiendo el plano de lo ilegal. Sin embargo, es importante resaltar que

no todos los actos parafílicos son ilegales, así como no todos los delitos sexuales son provocados por el hecho de que el criminal tenga una parafilia⁸.

Entre estas desviaciones o parafilias, se encuentra la **PEDOFILIA**, trastorno mental que se caracteriza por la atracción sexual, fantasías, impulsos y comportamientos sexuales recurrentes altamente excitantes con niños o menores prepúberes (14 años o menos). Se consideran actividades pedofílicas el exhibicionismo, actividad homosexual o heterosexual, que va de simples tocamientos hasta la penetración, desde la violación aceptada más o menos pasivamente, hasta la agresiva propiamente dicha.

La Pedofilia, puede ocurrir dentro del cuadro familiar, denominada INCESTO; en el ámbito comunitario, llamada PEDERASTIA o a nivel internacional PROSTITUCION INFANTIL.

➤ **Perfil Criminal del Pedófilo**

- Su edad se escalona de la adolescencia hasta la vejez. Pero generalmente se encuentran entre los 30 y 50 años
- Personas con apariencia normal, de inteligencia media y no psicóticos, están profesionalmente más cualificados, son menos impulsivos, se consideran “buena gente”.

⁸ PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION. Op. cit. p.127.

- Suelen estar casados y habitualmente son familiares o allegados de la víctima, por ende con un fácil acceso al niño.
- Con alto nivel de reincidencia aún después de condenados.
- Los hombres tienen gran identificación con la madre, especialmente en cuanto al amor por los niños. En su mayoría representan a sus padres como “ausentes emocionalmente” y a sus madres como “omnipresentes”, intensivas y dominantes.
- Tienen temor de castración por lo que sienten miedo por las relaciones adultas, consideran que están incapacitados para realizarse sexualmente como adultos, son masoquistas en cuanto tiene baja autoestima, consideran que solo merecen el amor de un niño.
- Personas mucho más integradas en la sociedad, no son delincuentes habituales, suelen no poseer antecedentes delictivos, ni cuentan con ingresos en prisión, ni adicción al consumo de drogas.
- Personas con más o menos deficiencias personales y sociales. Socialmente inmaduros, pasivos y dependientes. Con poca actividad social con personas de su edad, pues sienten incomodidad con ellos. Utilizan estrategias seductoras que desarrollan gradualmente.
- Suelen ser una figura dominante, que intimida, llámese padre, tío, abuelo, entrenador o maestro; atraen a la víctima desde su superioridad y en la medida de lo posible no emplean la fuerza. Buscan actividades próximas al niño y socialmente reconocidas (excursiones al campo), para conseguir sus escondidos propósitos.

- No reconocen los hechos ni asumen su responsabilidad. Debido a su distorsión cognitiva, niegan el delito por evidente que sea y suelen atribuir sus conductas a la seducción del menor, interpretan su comportamiento como forma adecuada de educación sexual para los niños, o para prepararlos para lo que encontrarán en la calle. Siempre inculpan a otros y a su historia vivida, adoptando el rol de víctimas porque la justicia es muy dura con ellos o por estar privados de la libertad. Consideran además que con el castigo de la cárcel pagan lo que hicieron, no aceptan el tratamiento psicológico como exigible, sino como una decisión personal y voluntaria.
- Las respuestas de estos son rápidas y elaboradas con detalles. Sin sentimiento de vergüenza, pues para ellos los niños que son virginales, no transmiten enfermedades sexuales, los mantienen jóvenes, y no exigen una auténtica madurez, virilidad y potencia sexual.
- Resultan ser muy machistas en sus pensamientos sobre la función de la mujer en la sociedad.
- El pedófilo quiere sentirse dueño del otro y no reconoce la individualidad, ni necesidades del niño o niña. Por lo general han vivido una relación paterno-filial alterada o de pequeños fueron víctimas de abusos, por lo aprendieron a encontrar eróticos tales estímulos.⁹

⁹ URRA PORTILLO, Javier. Psicólogo de la Fiscalía del Tribunal Superior y de los Juzgados de Menores de Madrid. El Agresor Sexual Casos Reales Riesgo de Reincidencia, Madrid España, Editorial EOS, 2003. p. 115.

En el INCESTO, el delincuente tiene una personalidad con identidad mal definida, actitud paranoide que tiende a aislarlo de la sociedad, aunque algunos presentan compostura social aparentemente satisfactoria. Considera su acto como un derecho natural aunque reconoce su ilegalidad; se cree con derecho a iniciar en el amor sexual a su hija. Respecto al incesto padre – hija, se produce en hogares rotos, nace de forma insidiosa, los cónyuges pierden el deseo sexual, La madre declina en su autoestima. El padre impone su autoridad – muchas veces con violencia -. A veces la madre es consentidora.

La Procuraduría General de la Nación,¹⁰ resume algunas CARACTERISTICAS DE LOS PEDOFILICOS, así:

1. Abusador Inmaduro o Fijado en la Pedofilia: - Preferencia sexual hacia los niños, - los niños son menos exigentes y críticos que las personas adultas, - los niños son más fáciles de dominar, - la intención no es hacer daño, - el abuso se produce sin violencia, ni resistencia del menor, - el menor es conocido con anterioridad, - víctimas: niñas desconocidas (generalmente).

2. Abusador Regresivo: El abuso está determinado por factores situacionales (despido laboral, divorcio, alcoholismo, etc.).

¹⁰ PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION. Op. Cit. p. 93 y 94.

3. Abusador Agresivo: - Deseo de herir físicamente a la víctima, Sentimiento de superioridad ante la víctima, - Motivación sexual y agresiva, - Víctimas menores, varones desconocidos, - Secuestro de la víctima por la fuerza e incluso uso de armas.

4. Abusador Pseudopedófilo: El abuso consiste en caricias y tocamientos.

1.3.2 La Psicopatía

➤ Concepto

Este trastorno mental, se ubica dentro del sistema de clasificación del DSM-IV, de los trastornos mentales, en la categoría 16. Trastorno Antisocial de la Personalidad.

Se entiende como TRASTORNO DE LA PERSONALIDAD, un patrón actitudinal y comportamental marcadamente falto de armonía, que afecta por lo general varios aspectos de la personalidad, por ejemplo la afectividad, la excitabilidad, el control de impulsos, las formas de percibir y de pensar y estilo de relacionarse con los demás. Son generalizadas y claramente desadaptativas para un conjunto amplio de situaciones individuales y sociales.¹¹

¹¹ PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, EL DAÑO oculto, E. Miguel Álvarez Correa G, Olga Lucia Valencia C., Daniel E. Bocanegra B., IMP Ediciones, Bogotá Colombia 2012, Primera edición. p. 24.

Los patrones de estos trastornos por lo general son evidentes ya en la adolescencia, incluyen conductas raras o excéntricas, dramáticas y emocionales excesivas, o ansiosas y temerosas.

El patrón relevante en este trastorno, es el obsesivo compulsivo y tendencia a la impulsividad; que está referido al control de impulsos y al desarrollo de una autoimagen deficiente en relación con una educación sexual culpabilizante y negativa, o con unos modelos familiares inadecuados.

Las conductas compulsivas de tipo sexual o no, están relacionadas con el perfil del agresor sexual; por su rasgo obsesivo compulsivo el sujeto puede planear con cuidado el daño a nivel intrafamiliar. Las tendencias impulsiva y antisocial están muy relacionadas con esta problemática.

Esta psicopatía es incorregible, las investigaciones en esta área han mostrado que hay límites en la intervención de estas personas, pero se puede utilizar fármacos anti-psicóticos para reducir su impulsividad y rehabilitación conductual con una alta disciplina.

➤ **Perfil Criminal del Psicópata**

En cuanto al PERFIL PSICOPATOLOGICO, la Procuraduría General de la Nación,¹² resalta que:

¹² PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, Tomo I Serie Delitos Sexuales. DIGAME POR QUE?, Op. cit. p. 109.

- Los rasgos obsesivos compulsivos, permiten al agresor planear con cuidado el daño a nivel intrafamiliar y en algunos casos el acoso o abuso se ejerce junto con rituales propios de estos trastornos.
- Estos individuos se caracterizan por estar dispuestos a herir a otros, se convencen de que no le hacen daño alguno a sus víctimas; lo que les facilita llevar a cabo la agresión sexual.
- El psicópata no puede empatizar, ni sentir remordimiento, interactúa con las demás personas como si fueran un objeto, para conseguir la satisfacción de sus intereses. Tienden a crear códigos propios de comportamiento, solo sienten culpa al infringir sus propios códigos, no los comunes.
- La mayoría de los psicópatas, no cometen delitos pero no dudan en mentir, manipular, engañar y hacer daño. Los sujetos que alcanzan conductas delictivas, incurrir en sadismo, violación o estafa, considerándose imputables y objeto de punición porque mantienen conciencia de sus actos y puede evitar cometerlos. Algunos agresores sexuales que cometen los delitos más atroces tienen perfil de psicópatas.
- Este agresor sexual, presenta marcadas obsesiones a cuidar a las mujeres, compulsivo con la limpieza, el orden, estrictos en cada actividad que desarrollan y con un patrón rígido de pensamiento que no le permite aceptar el delito. En ocasiones guardan cosas y no las pueden tirar.
- Los psicópatas que abusan de sus hijos/hijas y/o de algún familiar o persona conocida, utilizan este tipo de conductas para manipular y atemorizar a los menores, justificar sus actos y negar lo que están haciendo, enmarcando sus acciones dentro de razones que solo ellos, en medio de su patología, pueden comprender. Es el caso del padre que continuamente

está observando y controlando a sus hijos, incluso en la intimidad del baño, con el fin de tener una relación de poder destructiva sobre ellos

1.4 ETIOLOGÍA O CAUSAS DEL CRIMEN SEXUAL CONTRA NIÑOS

Sobre el origen o causas de la violencia y abuso sexual a los niños, la Psicóloga Espinosa Becerra,¹³ hace relación a los “MODELOS DE COMPRENSION DE LA AGRESION SEXUAL”, en concreto a los de Marshall y Barbaree. En este se hace relevancia a 4 aspectos:

1. Aspecto Biológico: En la constitución biológica existen dos elementos que tienen relevancia para comprender la agresión sexual:

* Semejanza de los mediadores neuronales y hormonales responsables de la conducta sexual y la agresiva. Los varones se enfrentan a la difícil tarea de aprender a inhibir la agresión dentro de un contexto sexual, en el periodo de la pubertad.

* Inespecificidad de impulso sexual innato: que obliga a aprender a seleccionar la pareja sexual apropiada para cada edad, aquí se materializa la experiencia del individuo como moldeador del apetito sexual.

De esta manera, se aduce que la persona cuenta con un ajuste sexual adecuado, cuando es capaz de inhibir las tendencias agresivas y de seleccionar la pareja apropiada.

¹³ ESPINOSA BECERRA, Adriana Patricia. Aportes de la Psicología Forense al Abordaje de los Delitos Sexuales. Op. cit. pp. 40 y 41.

Además, se han postulado otros factores biológicos, a saber: - alteraciones del lóbulo temporal, como convulsiones psicomotoras o tumores. – se ha sugerido que los niveles elevados de andrógenos pueden contribuir a una activación sexual inapropiada”.¹⁴

2. Fracaso de la Inhibición, sus controles inhibidores son débiles: Los controles inhibidores son débiles en la agresión sexual, lo que hace que determinados individuos sucumban ante estímulos provocadores. En investigaciones de psicología criminal se explica el menor aprendizaje inhibitorio de los violadores, por aspectos como: pobres modelos educativos paternos, disciplina severa e inconsistente, padres agresivos y alcohólicos, abuso físico y sexual sufrido en la niñez; generando personas egocéntricas, incapaces de aprender a inhibir la agresión, adolescentes y adultos incapaces de establecer relaciones sociales acordes a su edad.

3. Las actitudes socio-culturales: Los estudios transculturales indican que las sociedades facilitadoras de la violencia y de las actitudes negativas hacia las mujeres, con normas culturales que apoyan la violencia como un cauce adecuado de expresión, tienen las tasas más altas de violación.

4. La pornografía: La exposición a la pornografía desinhibe la actividad conducente a la violación, en especial porque un mensaje transmitido por los guiones de estas, es otorgar cierto sentido de poder y dominio sobre las mujeres débiles. En cuanto a los adultos que abusan sexualmente de los

¹⁴ TALBOTT, Jhon A. Tratado de Psiquiatría. Tuc American Psychiatric. Barcelona Spain. 1989. p. 584.

niños, se advierte en las investigaciones, que muchos de estos agresores en su infancia, además de haber sido víctimas igualmente de tal abuso, fueron expuestos a la pornografía para que se suscitara su interés sexual en beneficio del agresor.

5. Circunstancias próximas: Determinadas circunstancias, como la intoxicación etílica, una reacción de cólera (desinhiben el deseo sexual de la violación), el sostenimiento prolongado de una situación de estrés o una activación sexual previa.

6. Distorsiones cognitivas: Estas distorsiones, ya fueron explicadas con anterioridad. Son algunas formas de construir la realidad que ayudan a superar los controles internos de la agresión sexual. Estas sirven para racionalizar el asalto, son elementos facilitadores del mismo; hacen errar al sujeto en sus razonamientos sobre la forma que deben adoptar las relaciones con el mundo infantil, idealizando a los niños y atribuyéndoles características positivas que les hacen más atractivos y confortables.

Las interpretaciones erróneas más frecuentes en este tipo de sujetos, es considerar que el contacto sexual con los niños es algo apropiado, las caricias sexuales no forman parte de la relación sexual, los niños no se resisten físicamente ni dicen nada porque les gusta la experiencia, el contacto sexual mejora la relación con el niño, la sociedad llegará a aceptar las relaciones sexuales entre adultos y niños, cuando los niños preguntan

sobre el sexo significa que desean experimentar que es y una buena manera de instruir a los niños sobre el sexo es practicarlo.

7. Circunstancias oportunas: disponibilidad de una mujer o un niño para victimizar, sin que haya riesgos evidentes de detección o castigo.

FACTORES QUE INCIDEN EN EL AGRESOR SEXUAL DE MENORES

De otra parte, La Procuraduría General de la Nación,¹⁵ con el fin de explicar, donde comienza el delito sexual en contra de menores, hace relación a factores que inciden en estos agresores, diferenciando los siguientes términos:

FACTORES DE PROTECCION O RESISTENCIA, aquellos que protegen al individuo, disminuyendo el riesgo de conducta delictiva, por ejemplo el ser una persona afectuosa, poseer alta autoestima y autocontrol, haber tenido cuidados alternativos a los paternos en caso de riesgo familia y tener modelos de apoyo del mismo sexo.

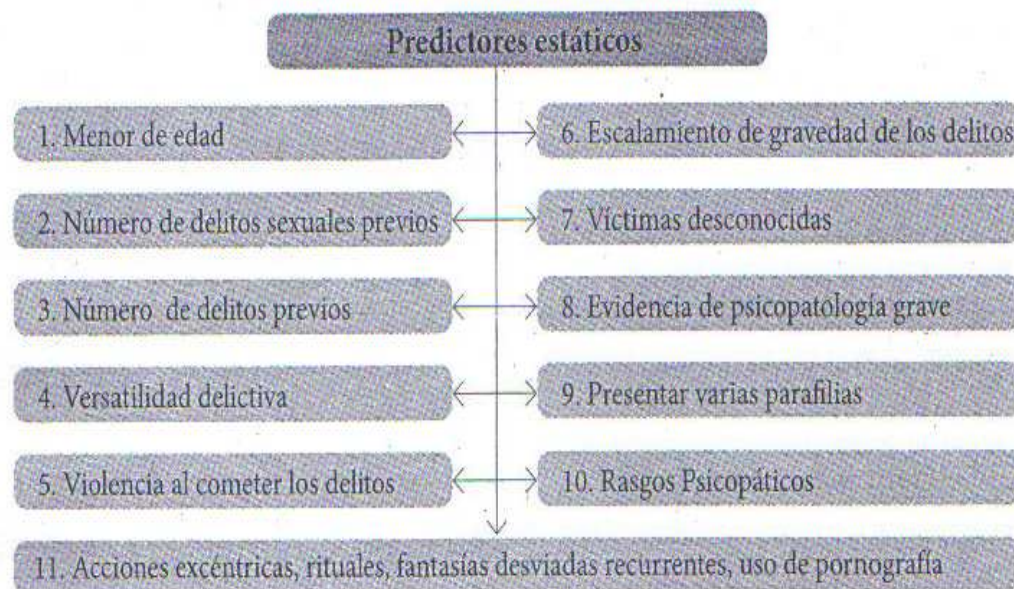
FACTORES DE RIESGO, como aquellos que están presentes en el agresor sexual e incrementan la probabilidad de que la conducta se genere y se mantenga. Estos permiten identificar algunos elementos asociados a la problemática de quien es ofensor sexual y realizar intervenciones en aquellos que son vulnerables, aunque no han incurrido en ofensas sexuales.

¹⁵ PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, Tomo I Serie Delitos Sexuales. DIGAME POR QUE?, Op. cit. p. 63 y ss.

En la investigación realizada por Redondo (2006), se dividen los FACTORES DE RIESGO, asociados al agresor así:

1. Factores de Riesgo Estáticos. Diagrama No.1

Diagrama n° 1. Factores de riesgo estáticos asociados al agresor sexual



Fuente: Redondo 2006.

Son factores inherentes al sujeto o a su pasado, de difícil o imposible alteración.

Sobre el **Escalonamiento**, En el incesto o cuando el abuso sexual se comete por personas relacionadas con la víctima, la situación se da de manera gradual, puede iniciar con caricias, seguidas de masturbación, para

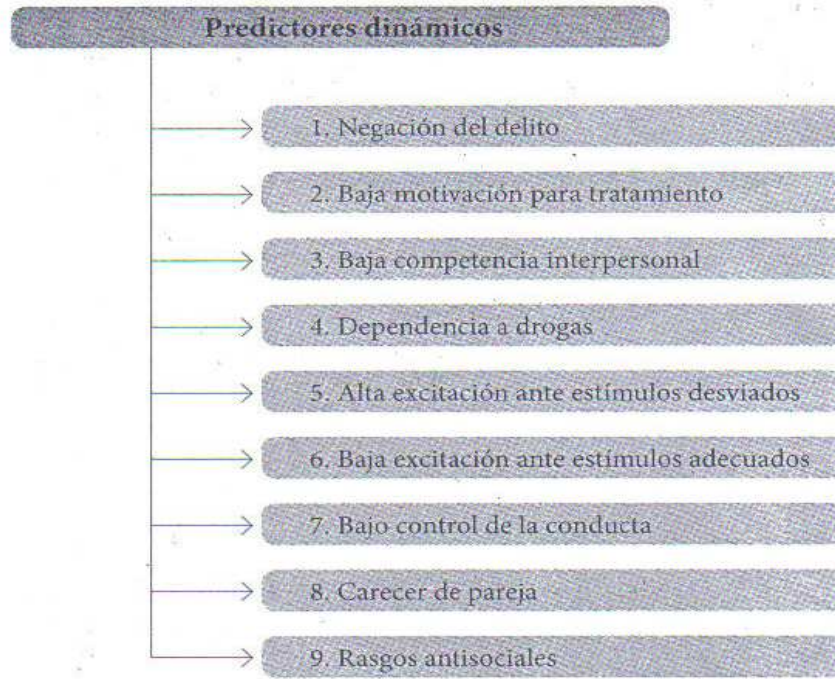
dar paso a contacto buco-genital o coito-vaginal, que puede tardar hasta que el menor alcanza la pubertad. Los Pedófilos se empiezan a interesar sexualmente por los niños en la adolescencia, prefiriendo varones. Utilizan estrategias seductoras que desarrollan gradualmente.

En cuanto a la **Evidencia de psicopatología grave, Rasgos psicopáticos y Parafilias**, ya se hizo referencia en este trabajo, en ítems anteriores, al hablar de la naturaleza del delito sexual, de la parafilia como trastorno sexual, de la psicopatía como un trastorno antisocial de la personalidad.

En lo atinente a las **Fantasías desviadas recurrentes**, aunque no siempre son un predisponente, ni constituyen un único factor causal de la violencia sexual; el estar expuesto a pornografía y fantasías desviadas, conlleva a acciones violentas o prácticas sexuales inusuales que se han aprendido y se mantienen luego de que ciertas tendencias de la personalidad se han desarrollado. Hay un proceso en que ciertas fantasías obsesivas comienzan a aumentar en frecuencia e intensidad, llevando al sujeto a cometer episodios violentos de carácter sexual, que pueden saciar temporalmente su fantasía.

2. Factores de Riesgo Dinámicos

Diagrama n°2. Factores de riesgo dinámicos asociados al agresor sexual



Hábitos, valores, cogniciones bajo estatus académico y social, bajo autocontrol, conflictos interpersonales, etc., que se pueden modificar mediante intervenciones apropiadas.

Sobre la **Negación** en la agresión sexual, se advierte que va desde negar que estuvo presente en la escena de los hechos, culpando a la víctima o la policía de conspirar contra él para que sean condenados; hasta mentir, fingir no recordar, etc. Algunos negadores parciales aceptan estar involucrados en la actividad sexual, pero no aceptan que sea una especie de abuso sexual, empleando distorsiones cognitivas como que la víctima consintió, disfrutó, merecía o se benefició de la experiencia.

En lo atinente a la **Baja motivación en el tratamiento**, se resalta que pocos agresores acuden a consultar o buscar ayuda terapéutica por problemas emocionales relacionados con la conducta sexual. Ello por cuanto por lo general estos agresores tienen la tendencia a negar o minimizar el problema, tal negación hace que sea muy difícil la recepción de ayuda.

Baja competencia social, Algunos agresores mantienen una vida social aparentemente normal, están casados o tienen pareja sexual, pero puede suceder que se junten con su pareja para acceder a sus hijos menores de edad; no obstante estos sujetos presentan déficit de asertividad y en la capacidad de expresar a otros las emociones propias y los deseos. Los pedófilos son tímidos, introvertidos, sensibles, solitarios, depresivos y con poco sentido del humor.

Alta excitabilidad ante estímulos inadecuados, pueden ser desde prácticas sadomasoquistas, hasta cualquier ritual que se encuentra asociado con pornografía; comúnmente la escena del abuso sexual tiene lugar después de una preparación destinada a paralizar a la víctima psicológicamente. La corta frecuencia entre la ocurrencia de un hecho y el asecho a la próxima víctima, aporta al alto grado de excitación que le genera este comportamiento sexual y así mismo permite predecir el incremento de violencia o abuso en cada hecho que realiza.

Bajo control de la conducta desviada. El control de la conducta desviada, es el conjunto de prácticas, actitudes y valores que interpone el sujeto para

que esa conducta, no se presente o disminuya su frecuencia de ocurrencia. Esos controles se ejercen por medios informales (no institucionalizados, medios de comunicación, educación y normas morales) o medios formales (estatutos, leyes, etc.). Es así como en casos de los delincuentes sexuales de menores los agresores no hacen uso de tales controles o lo hacen en mínima forma, para evitar la ocurrencia del comportamiento que le genera la desviación.

El bajo control de los impulsos, o impulsividad, se genera porque la persona no utiliza la información disponible en el medio, no logra posponer las recompensas o los beneficios que obtendrá al contenerse y no puede dominar su respuesta motora. En consecuencia, el sujeto presenta incapacidad para evaluar y responder con flexibilidad a un entorno cambiante.

La literatura en el tema, ha organizado los mencionados FACTORES DE RIESGO en tres CATEGORIAS:

Familiar: Maltrato físico, psicológico o afectivo, limitada comunicación y falta de diálogo en la familia. Víctimas de abuso sexual y bajo apoyo en la familia. Inestabilidad y desorganización familiar, maltrato al interior de la misma.

Individual: Bajo nivel de habilidades sociales, relaciones inadecuadas y poco apego a los compañeros y al colegio, miedo a la interacción con otras

personas, ausentismo escolar, incapacidad para aprender y distorsiones cognitivas (ya explicadas con anterioridad).

Sociocultural: Consumo de alcohol, escalas de esquizofrenia, evitación y dependencia, problemas de control del impulso e impulsividad en el estilo de vida, acceso a la pornografía.

Atendiendo los factores precitados, se concluye en el PROCESO PARA CONVERTIRSE EN OFENSOR SEXUAL, explicado mediante el siguiente diagrama

Diagrama n°3. Proceso para convertirse en ofensor sexual



Fuente: Marshall 2001.

A medida que el factor de riesgo se materializa o ejecuta, cambia de nombre y se convierte en **comportamiento de riesgo**, que va acercando al sujeto a la conducta agresora.

Los factores de riesgo atrás aludidos, se evidencian en el comportamiento del ofensor sexual, a través de un proceso que vincula elementos dados en los diferentes niveles del individuo (individual, social y familiar), hasta convertirse en agresor sexual

Se aclara, que aunque la persona presente los factores de riesgo ya expuestos, ello no significa necesariamente que sea o se vaya a convertir en agresor sexual, pues solo se tienen condiciones que incrementan la probabilidad de que se incurra en tal comportamiento. En consecuencia la evaluación no solo se debe focalizar en los factores de riesgo, sino además en factores protectores, cuyos aspectos se consideran fortalezas a nivel familiar, individual y sociocultural.

1.5 TRATAMIENTO CLÍNICO DE LOS AGRESORES SEXUALES DE MENORES

Ha sido recurrente y reiterado por los diferentes actores del mundo jurídico, el argumento sobre el alto costo de los tratamientos para los agresores sexuales y que finamente concluyen la imposibilidad de su rehabilitación y resocialización; por ello justifican el tratamiento punitivo severo, incluso el encerramiento de por vida.

No obstante, se pudo establecer en esta investigación, la existencia de diferentes tratamientos clínicos que han sido aplicados con resultados óptimos en las personas que padecen este tipo de parafilias.

Tales tratamientos clínicos, se encuentran sustentados y aplicados desde las especialidades de la PSICOLOGIA O LA PSIQUIATRIA.

La **PSICOLOGIA**, aparece definida por la Ley 1090 de 2006, como “la ciencia sustentada en la investigación y una profesión que estudia los procesos de desarrollo cognoscitivo, emocional y social del ser humano”. El objeto de esta ciencia es el estudio del comportamiento humano y los constructores psicológicos que subyacen en la misma (respuesta cognitiva, emocional y motora).

El PSICOLOGO, tiene la capacidad de describir, explorar, predecir y controlar el comportamiento humano, basándose en los 3 canales de respuesta precitados y ajusta las metodologías a las variables particulares al entorno específico y condiciones específicas; de modo que al cambiar esos elementos seria otro el comportamiento emitido.

Una de las especialidades de esta ciencia y la que interesa al presente estudio es la PSICOLOGIA CLINICA, que se encarga de la evaluación, diagnóstico, tratamiento y seguimiento de problemáticas objeto de atención

clínica que afectan el normal y buen funcionamiento de las personas. Su ejercicio es terapéutico y su razón de ser el bienestar y calidad de vida de su paciente, procura reducir sus tensiones y ayudarlo a funcionar en forma eficaz y con mayor sentido, para una mejor adaptación a la realidad. La EVALUACION CLINICA, tiene por objetivo principal poder llevar a cabo una posterior intervención terapéutica y asistencial.

De acuerdo con lo hasta aquí explicado, se entiende que la psicología clínica se desarrolla en un contexto terapéutico, de tratamiento de enfermedades, de cura, dentro de un ámbito de salud, que para el caso será de salud mental, en donde lo que se busca es la mejoría del paciente¹⁶.

En cuanto a la **PSIQUIATRIA**, es una especialidad médica, dedicada al estudio de la enfermedad mental con el objetivo de prevenir, evaluar, diagnosticar, tratar, rehabilitar, a las personas con trastornos mentales y asegurar la autonomía y la adaptación del individuo a las condiciones de su existencia.

El TRATAMIENTO CLINICO PSIQUIATRICO, puede ser de dos tipos:

¹⁶ ESPINOSA BECERRA Adriana Patricia, Aportes de la Psicología Forense al Abordaje de los Delitos Sexuales. Op. cit. pp. 12 a 15, 59.

- **Biológicos:** Aquellos que actúan a nivel bioquímico en el cerebro del paciente, como en el caso de los medicamentos y la terapia electroconvulsiva.
- **Psicoterapéuticos:** Se valen de técnicas como la psicoterapia para mejorar la condición del paciente. La psicoterapia es una aplicación de la psicología, útil en el tratamiento de trastornos psiquiátricos.

1.5.1 Intervenciones Clínicas para tratar las Enfermedades o Trastornos Mentales Sexuales y Psicopatías. Se encuentran las siguientes:

➤ **Biológico O Tratamiento Con Antiandrogenos:**

Tratamiento con fármacos que reducen el impulso sexual.

Atendiendo el importante papel que desempeñan los andrógenos en el mantenimiento de la excitación sexual, lo que se busca con este tratamiento es el bloqueo o la disminución de los niveles plasmáticos de estos. Estos fármacos pueden administrarse por vía oral o intramuscular con una inyección de larga acción. Estos nunca deben utilizarse solos, el paciente debe conocer las responsabilidades que se derivan de su conducta sexual desviada y participar en una psicoterapia individual o de grupo.

La También denominada “castración quirúrgica”, ha sido utilizada ampliamente en Europa y en todo el mundo desde los años 60, con los sujetos condenados por delitos sexuales. Con menor frecuencia en EE.UU, por consideraciones éticas y legales, debido a la cuestionable capacidad

para dar su consentimiento de un individuo que está a punto de ser condenado.

Algunos estudios concluyen que este no es un medio eficaz para eliminar esta conducta sexual desviada, pues algunos hombres castrados todavía podían realizar el coito.

➤ **Neurocirugía Estereotaxica De Las Estructuras Limbicas Del Cerebro¹⁷**

Con el fin de reducir la conducta sexual desviada y la excitación de determinados individuos. Su utilización no está justificada por razones éticas y legales, ante la destrucción irreversible del tejido cerebral y la falta de eficacia del tratamiento.

➤ **Psicoanálisis**

Resolución de los conflictos tempranos del trauma y de la humillación, que permiten eliminar la ansiedad en los individuos hacia parejas apropiadas y capacitarlo para renunciar a sus fantasías parafilicas. Esta psicoterapia ha sido decepcionante como única forma de tratamiento en los casos de excitación sexual desviada.

¹⁷TALBOTT, Jhon A. Op. cit. p. 586.

➤ **Intervenciones Cognitivo Conductuales**

Terapias de conducta, de entrenamiento en habilidades y la reestructuración cognitiva para cambiar las creencias desadaptativas del individuo.

Redondo¹⁸ resalta que estos programas de intervención tienen las siguientes características:

- Son intensivos de larga duración
- Técnicas dirigidas al comportamiento sexual desviado, distorsiones cognoscitivas y funcionamiento social del sujeto.
- En ocasiones en el contexto global del programa se utilizan agentes químicos inhibidores del impulso sexual.
- Los terapeutas entrenan a los agresores sexuales en habilidades sociales específicas con doble propósito: * que aprendan a inhibir las conductas delictivas y *aprendan habilidades de comunicación para establecer relaciones sexuales adultas y consentidas. Además se corrige la falta de información sexual, cambiando las creencias sexuales inapropiadas y de ser necesario se tratan las disfunciones sexuales.

Resulta relevante en el tratamiento el control de los impulsos, que consiste en la dificultad del individuo para resistirse a llevar a cabo una acción que puede generar perjuicios para él y para los demás.

18 PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, Tomo I Serie Delitos Sexuales. DIGAME POR QUE?, Op. cit. p. 145.

El éxito de estos tratamientos es mayor en programas comunitarios que en los institucionales, por cuanto los agresores que se encuentran en medios cerrados tienen un camino criminal avanzado.

Estos se llevan al interior de los medios cerrados, en el individuo a nivel:

Individual: Un día por semana; evaluación inicial del sujeto, desarrollo del programa y seguimiento.

Grupal: Cuatro veces por semana, desarrollar habilidades que le permitan interactuar de manera asertiva con los demás.

Intervención y seguimiento en el exterior: Una vez el individuo ha terminado el tratamiento y accede a la comunidad, porque ha cumplido el tiempo establecido por la pena impuesta.

También se han aplicado estos programas de orientación cognitivo conductual con enfoque familiar, en que además de los objetivos anteriores, se plantean como metas ayudar a que el agresor asuma su responsabilidad por el abuso, a desarrollar empatía por la víctima.

Javier Urra; explica algunas de las terapias que adelantan con los agresores sexuales de niños, para lograr su rehabilitación, así:

El tratamiento ha de partir de la asunción de responsabilidad y comprensión de los efectos desgarradores sobre la víctima y su entorno. Para obtener

este efecto en el agresor, se utilizan técnicas como el enfrentamiento con el verdadero dolor de la víctima, utilizando el video en que esta cuenta su sufrimiento; este es un paso necesario para que el agresor se implique de verdad en el tratamiento.

De otra parte es fundamental que el profesional identifique las ideas distorsionadas en el agresor y para ello, este debe narrar con todo detalle sus conductas, emociones, fantasías, percepciones y la interpretación que da de su comportamiento, así como la valoración profunda de los sentimientos de la víctima. Esto permitirá iniciar la modificación de esos pensamientos y posicionamientos distorsionados e inadmisibles.

Se trabaja con la sensibilización encubierta de manera que el agresor se imagine y fantasee con actividades sexuales inaceptables, pero ahora unidas a respuestas inmediatas negativas (ser descubierto por la esposa, o la policía, volver a la cárcel...). Estas consecuencias negativas deben estar también escritas y ser llevadas en la cartera por el agresor que intenta rehabilitarse.¹⁹

En la actualidad los programas de tratamientos cognitivo conductual para ofensores sexuales son extensos, en términos generales el tratamiento tiene

¹⁹ URRA PORTILLO, Javier. Agresor Sexual Casos Reales Riesgo de Reincidencia, Madrid España, Editorial EOS, 2003. pp.116 y 117.

un carácter voluntario, aunque el interno tenga beneficios penitenciarios por participar en este.

Marshall y Cols (1999), *“en una revisión exhaustiva de los tratamientos en gran variedad de los agresores sexuales, concluyeron que los programas más efectivos eran los que utilizaban intervenciones cognitivo conductuales y los que combinaban los antiandrógenos con el tratamiento psicológico. Estos programas han tenido resultados optimistas, relacionándose el tratamiento con una reducción de la reincidencia tanto sexual como general.”*²⁰

- **Enfoque del Tratamiento Cognitivo Conductual.**

El tratamiento que requieren los trastornos sexuales y psicopatía, debe orientarse a implementar y establecer mecanismos que logren la reducción del riesgo, incremento de la posibilidad de curación y prevención del daño.

En este punto, se hace necesario recordar que si una persona presenta factores de riesgo asociados con la agresión sexual, ello no significa que esta sea o se vaya a convertir en un ofensor sexual, toda vez que el sujeto igualmente posee factores protectores, que deben ser optimizados. Para tales efectos, es necesario un adecuado tratamiento que debe partir de la

²⁰ HALES, Robert E.; YUDOFKY, Stuart C. Tratado de Psiquiatría Tomo I. The American Psychiatric Press, Tercera edición. 1999. p. 752.

correcta evaluación psicosocial (entrevista y observación) y aplicación de pruebas para aclarar aspectos puntuales del comportamiento del agresor.

Siguiendo a MARSHALL²¹, se concluye, los siguientes tipos de tratamiento, de acuerdo al aspecto al cual se deben dirigir:

1 La violencia con la que es cometido el acto. Refleja la relación de poder entre víctima y victimario.

En este aspecto, los focos de intervención del tratamiento, son: - la Intimidad, - la Autoestima, - Distorsiones cognitivas, - Conducta sexual, - Empatía, - Prevención de recaída.

Se dice sobre la eficacia de los tratamientos a ese tipo de abusadores, centrado en el delito, que los pacientes mejoran la empatía, la capacidad de tener relaciones íntimas, aumentan la autoestima, reducen los sentimientos de soledad, y corrigen el interés por prácticas sexuales desviadas.

2 El comportamiento sexual como tal. El tratamiento no solo se dirige a la conducta sexual inapropiada, sino también a las motivaciones que lo desencadenan.

²¹ PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, Tomo I Serie Delitos Sexuales. DIGAME POR QUE?, Op. cit. p. 143.

Se dirige la intervención a los siguientes focos: - Control de la ira relacionado con la agresión física, - Abuso de sustancias, - Habilidades en toma de decisiones, - Victimización personal, - El inadecuado afrontamiento de estrés.

Desde la perspectiva de REDONDO, el tratamiento puede dirigirse a dos aspectos:

1. La Intervención. Disminución de la prevalencia de los aspectos que favorecen la presentación del comportamiento. Cuando el tratamiento se dirige a este ítem, la voluntad del individuo es uno de los factores primordiales para la mediación, por ello la importancia que el agresor acepte que cometió el hecho.

Se tienen en cuenta tres elementos: Análisis de las conductas problema, Evaluación de los determinantes de la misma (motivaciones sexuales y agresivas, competencias personales y cogniciones asociadas), Incorporar medidas de progresión de tratamiento lo más objetivas posibles.

2 Predicción del riesgo de reincidencia. Que el comportamiento no se vuelva a presentar. El tratamiento se enfatiza en indicadores como: Historia criminal (conducta en prisión), gravedad de la conducta previa, abuso de drogas, antecedentes de trastorno mental, posibilidad de reinserción laboral.

El riesgo de reincidencia decrece en cuanto mas estructurados estén los programas terapéuticos. En este punto, recuerda la Procuraduría, que de los adultos privados de la libertad en centros penitenciarios de España, el porcentaje de reincidencia cuando no se ha brindado ningún tipo de intervención se sitúa entre el 18 y 20%, en tanto que los que reciben terapia consiguen rebajar la reincidencia al 4%, pero el 6.2% recae en otro delito diferente al de la libertad sexual. Destaca que de las personas que reciben tratamiento, las que recaen son personas violentas que tienen rasgos psicopáticos, o una carrera criminal variada, otro factor agregado es el consumo de drogas.

La intervención en los agresores sexuales, es compleja y problemática. Los procedimientos especializados en el tratamiento de la población agresiva sexual, se centra en la delimitación de las necesidades del sujeto de recibirlo y en la reincidencia por parte del agresor, desde un modelo cognitivo – conductual. Los programas terapéuticos deben adecuarse a las necesidades y patrones de aprendizaje individuales, pues aunque estos tengan elementos comunes a los sujetos encarcelados, finalmente se debe mantener el foco de atención y tratamiento en las condiciones de cada persona, esto es, su idiosincrasia, causas que lo llevan a delinquir, características de personalidad, posible trastorno concurrente, y capacidad de asimilación y aprendizaje.

El psicólogo JAVIER URRA PORTILLO,²² luego de analizar diferentes casos reales de agresión sexual de niños, ocurridos en España y el riesgo de reincidencia, advierte que los pedófilos son reincidentes y por su bien y el de hipotéticas víctimas, deben ser tratados clínicamente; sin embargo, las múltiples terapias aversivas, cognitivas, etc., no son por el momento, por sí solas exitosas y en interés social es necesario el recurso de la RECLUSIÓN PROLONGADA.

Es enfático en afirmar que es posible la rehabilitación del agresor sexual de menores, sin olvidar a quien ha padecido estas infamias, como tampoco a las eventuales víctimas; para ello es de gran importancia el seguimiento próximo que se realiza al ex recluso de tales características. Como propuesta sobre lo FUNDAMENTAL, para lograr una verdadera PREVENCIÓN DE ESTAS AGRESIONES, enlista varias medidas que deben adoptar los Estados, de las cuales se resaltan los últimos puntos, por interesar al presente trabajo, así:

M) Deben dotarse los centros penitenciarios de psicólogos y otros profesionales que permitan modificar conductas y posicionamientos cognitivos.

N) El agresor ha de ingresar en la cárcel, pues consigue por miedo al castigo, lo que no alcanza por convencimiento; quienes han cumplido una larga condena reinciden poco.

Ñ) La pena, puede y debe en su última fase ser sustituida por el sometimiento a un tratamiento y la imposición de más

²² URRA PORTILLO, Javier. Agresor Sexual Casos Reales Riesgo de Reincidencia. Op. cit. pp. 205 y 219 a 224.

reglas de conducta específicas. Sólo el ser consciente de ese apoyo/supervisión les puede inhibir de agresiones seguras (sobre todo si hablamos de violadores en serie).” (Negrilla fuera de texto). Confirma que la actuación de los fármacos al comienzo del tratamiento puede inhibir el deseo sexual y facilitar el establecimiento de un programa específicamente psicológico.

La Procuraduría, resalta que según Hollin, citado por Soria (2006)²³, en los programas de intervención, en medio cerrado, se ha obtenido éxito a través de la aplicación de los siguientes mecanismos: 1) Entrenamiento en habilidades sociales, 2) Autocontrol, 3) Autoinstrucción, 4) Empatía con la víctima, 5) Solución de problemas, 6) Control de comportamiento agresivo, 7) Prevención de recaídas, 8) Estilo de vida positivo.

- **Dificultades en la terapia con agresores sexuales.**

En punto de las dificultades que se presentan al hacer tratamientos de intervención con agresores sexuales, se tiene:

- Terol 2008,²⁴ aduce que en ocasiones los tratamientos o intervenciones no son las adecuadas, pues son aplicadas sin considerar las diferentes patologías, deficiencias y/o necesidades; ello por cuanto los equipos no están preparados o si lo están no cuentan con el tiempo suficiente para poner en práctica sus conocimientos.

²³ PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, Tomo I Serie Delitos Sexuales. DIGAME POR QUE?, Op. cit. p. 145.

²⁴ *Ibíd.*, p. 144 y ss.

- Javier Urra Portillo, resalta como gran dificultad en este tipo de tratamiento, el no reconocimiento del problema y la escasa motivación para el cambio de conducta en el agresor. Lo anterior por cuanto el tratamiento ha de partir de la asunción de responsabilidad y comprensión de los efectos desgarradores sobre la víctima y su entorno.

Este problema de “la negación de implicación en los hechos”, evita en el agresor una culpabilidad más amplia, el temor a la crítica y a la cárcel y la pérdida de relaciones interpersonales; pero también impide el tratamiento y la desvinculación a estas aberrantes conductas. Los padres agresores (detectados y encarcelados) cuentan con un bajo nivel intelectual, de estudios y laboral, son alcohólicos y no suelen reconocer el delito cometido.

- Duración extensa del tratamiento, asegura Urra, que el tratamiento psicológico realizado de una forma especializada y muy continuada en el tiempo sería imprescindible para valorar la posible reinserción social del agresor sexual. Los agresores sexuales reclusos, en los primeros años de cárcel sienten rabia, confusión, deseos de venganza, con el tiempo algunos reflexionan, interiorizan y piensan en la víctima.

En Colombia,²⁵ los programas terapéuticos tendrían más éxito si los agresores enfermos estuvieran dispuestos para el tratamiento. La resistencia solo a admitir que se tiene un problema (negación), hace parte del perfil, es una de las principales características y por lo tanto la principal limitación.

²⁵ *Ibíd.*, p. 144 y ss.

Incorporar personas con conducta agresiva sexual, es una tarea de los centros penitenciarios; es decir, se debe convencer al sentenciado que tiene tal problema, que lo acepte y luego lograr que voluntariamente quiera entrar al tratamiento. Esta voluntariedad está sometida a la condición de que si participa en el tratamiento tendrían algunas garantías y disminución de tiempo de condena, como sucede en ciertos países.

Cuando la agresión es hacia una persona conocida, el agresor accede al tratamiento debido a la presión de la familia o la sociedad, el afecto hacia los familiares, el predominio de la culpa y remordimientos, entre otros.

A nivel nacional la efectividad de los programas de rehabilitación en instituciones correccionales como de la comunidad, resulta cuestionada por la inconsistencia de las medidas de evaluación. El tratamiento clínico a ofensores sexuales es poco explorado, sin embargo se resalta que el INPEC, ha venido realizando una primera aproximación en el tema y para el 2012 adelanta la formulación del “proyecto piloto en intervención a abusadores sexuales”.

Finalmente es pertinente resaltar, algunas consideraciones previas al tratamiento:

- *El terapeuta debe en todos los casos ser perceptivo e intuitivo. **Se debe tener en cuenta que no son pacientes que vienen a la consulta voluntariamente** porque reconozca tener un problema, sino que el tratamiento es forzoso y en la mayoría de los casos contingente a la adquisición de privilegios.*
- *Los límites deben ser claros y firmes y nunca laxos o inconscientes, estableciendo un ambiente cálido (dentro de lo posible) y comprensivo, aunque crítico dentro de lo objetivo.}*
- *Uno de los peligros en que se puede caer es la crítica destructiva y subjetiva de la conducta manifestada por estos individuos, debido principalmente a sentimientos de resentimiento e incomprensión por parte del terapeuta hacia los crímenes cometidos. Sin embargo, conviene tener en cuenta que con ello no se consigue el propósito terapéutico.*
- *La meta del tratamiento es entender qué han hecho y por qué lo han hecho, que necesitan incorporar a sus esquemas para actuar de otra manera, modelar ciertas conductas e infundir confianza en el proceso”.*

2. FUNCIONES DE LA PENA COMO NORMA RECTORA. ARTICULO 4

C.P.

Acogiendo, en sano entender, que nuestro sistema punitivo decantado del Estado Social de Derecho, obedece en su fin principal a la protección de la sociedad en amplio sentido; exaltan en tal norte el sometimiento a normas internacionales de protección a los derechos humanos, que a su vez vienen a integrar el bloque de constitucionalidad de cuyo tenor se hilvana amplia jurisprudencia en pro de garantías supralegales no solo de la víctima si no que también propenden la reintegración social del agresor.

En tal sentir, el legislador como norma rectora, en el artículo 4 de la Carta Penal, pre estableció que la pena, como consecuencia jurídica por la comisión de un delito, persigue unos fines, los cuales deben estar integrados en el sistema penal, procesal y penitenciario.

2.1 CONCEPTO DE PENA

La palabra pena, según el Diccionario Etimológico de la Lengua Española significa: *“aflicción, dolor, dificultad; castigo impuesto por una autoridad: latín **poena** ‘pena (en los dos sentidos)’, del griego **poíné** ‘multa’; castigo; pago’, del indoeuropeo **kwoi-ná** ‘pena’, castigo’, de **Kwoi**, de **Kwei-** ‘pagar’*

*compensación por un daño recibido'. De la misma familia: apenas, impune, penal, penoso.”*²⁶

La Corte Constitucional Colombiana,²⁷ aduce que la pena es la consecuencia de la responsabilidad penal de los imputables, cuando judicialmente se ha establecido que se ha cometido un hecho punible en forma típica, antijurídica y culpable. Precisamente este último elemento, esto es la culpabilidad, es el que diferencia, desde el punto de vista conceptual, la pena de la medida de seguridad, de lo cual se hablará más adelante.

La misma Corporación, en sentencia de Tutela 218 del 3 de mayo de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz, recuerda sobre la naturaleza de la pena en el ordenamiento colombiano, que esta es esencialmente temporal, al igual que sus efectos jurídicos. La pena es la aplicación temporal y forzada de un régimen personal, determinado por el Juez dentro de los parámetros legales, en que se limita o suspende el ejercicio de derechos fundamentales como el de la libertad personal, de locomoción, de reunión, etc. Conlleva tal limitación el recorte de otros derechos que los suponen como el libre desarrollo de la personalidad, la iniciativa privada, la intimidad, etc.; manteniéndose incólumes el de libertad de conciencia, opinión, petición,

²⁶ BREVE DICCIONARIO ETIMOLOGICO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. GOMEZ SILVA Guido. El Colegio de México – Fondo de Cultura Económica. Segunda reimpresión 2001, pág.529

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia. No. C-176 del 6 de mayo de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

entre otros y se estimula el ejercicio controlado especialmente de los derechos a la educación y al trabajo.

Una vez se aplica al delincuente el régimen jurídico personal señalado en la sentencia, se presume que la persona ha sido reeducada para la vida en comunidad o al menos cumplió con las cargas legítimamente impuestas por el juez. Resalta la Corte que se haya o no, logrado la resocialización, una vez cumplido el tiempo de pena se agota el poder punitivo del Estado con esa persona, respecto de los hechos por los que fue condenado y se reincorpora entonces a la sociedad en igualdad de derechos que los demás.

De otra parte la ley permite al sentenciado, que con su comportamiento acorte la duración de la pena, en cuyo caso para que el juez pueda rehabilitar a la persona, la Ley exige el cumplimiento de algunas condiciones, tal es el caso del subrogado de la Libertad Condicional, la redención de pena por trabajo o estudio.

2.1.1 Razonabilidad, Proporcionalidad y Necesidad de la Pena. Alude la Honorable Corte Constitucional, en sentencia C-647 del 20 de junio de 2001,²⁸ que la pena es necesaria, pues ella sirve para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados, no solo porque su poder

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-647 del 20 de junio de 2001. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-647-01.htm>.

disuasivo e intimidatorio evita o por lo menos disminuye la comisión de delitos, sino también por cuanto una vez acaecido el punible, la imposición de la pena reafirma la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela y cumple además con la función de lograr la reincorporación del autor del ilícito a la sociedad, en las mismas condiciones de los demás ciudadanos.

Para la Corte suprema de Justicia,²⁹ según el artículo 4 del Código Penal, la pena cumple funciones de prevención general y especial, retribución justa y protección al condenado. En este mismo punto, el artículo 3 ídem consagra los principios orientadores de la imposición de la sanción penal, esto es razonabilidad, proporcionalidad y NECESIDAD; este último principio se entiende en el marco de la prevención

En cuanto a la RAZONABILIDAD Y PROPORCIONABILIDAD, son expresión del entendimiento constitucional del derecho penal y el Estado social y democrático de derecho, en el que no solo se predica la protección de bienes jurídicos (a partir del cual se comprenden los fines de la pena), sino que se imponen barreras y límites a la actividad punitiva estatal, para mantenerla dentro de los parámetros de racionalidad y dignidad humana, proscribiendo excesos en la punición.

²⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala de Casación Penal. Proceso 33254. Febrero 27 de 2013. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

En síntesis, explica la Corte, que la finalidad del derecho penal está orientada a la protección de bienes jurídicos y bajo tal comprensión, el fundamento del *ius puniendi* y la función de la pena, estriba en el cometido de prevención de delitos, general y especial, cuyo aspecto se dilucidará posteriormente.

Sin embargo y en cuanto a la filosofía del Estado de Derecho, que supone entre otras, la sujeción de las autoridades al ordenamiento jurídico, el Estado Constitucional predica el ejercicio de los poderes públicos, bajo el respeto de límites que aseguren la salvaguardia de las libertades reconocidas a los ciudadanos, frente al poder estatal. Es así como para el ejercicio de la punición el Estado debe respetar tales límites o barreras en los diferentes momentos de la conminación penal, esto es en la legislativa, de aplicación judicial y de ejecución y de esta manera garantizará su legítimo ejercicio.

Entre tales garantías o límites se encuentra el PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, con aplicación imprescindible tanto EN LA FASE LEGISLATIVA como en el momento de APLICACIÓN JUDICIAL DE LA COERCION ESTATAL.

Este principio constitucional de PROPORCIONALIDAD, expresado en materia penal en la consigna de prohibición de exceso, ha sido extraído de normas constitucionales que consagran el estado social de Derecho,

reconocimiento de los derechos inalienables de las personas, responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas, prohibición de pena de muerte, proscripción de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, igualdad y proporcionalidad de las medidas excepcionales.

Este principio tiene aplicación en el proceso de criminalización de conductas del Estado, en que además acude al principio de necesidad para evitar la penalización de comportamientos que cuentan con medios menos lesivos para proteger el bien jurídico que afecta.

Igualmente se aplica la PROPORCIONALIDAD, al momento en que el LEGISLADOR determina la consecuencia penal, cuyo aspecto es el que interesa a este trabajo. De esta manera, el legislador se encuentra limitado a la fijación de una pena proporcionada, sin excederse de la potestad de configuración punitiva, esto significa que no se puede castigar más allá de la gravedad del delito, encausando la retribución a senderos respetuosos de la justicia y la dignidad humana.

Así, enseña la Corte Suprema, que la Proporcionalidad implica correlación entre la magnitud de la pena y la gravedad del delito.

En cumplimiento de estos lineamientos, aduce la Suprema Corte, que “ *la jurisprudencia reconoce en el principio de proporcionalidad de la pena un*

referente necesario a la hora de evaluar la legitimidad de las disposiciones penales...”, recordando lo dispuesto en la Sentencia C-581 de 2001, así:

*“Si bien el legislador, quien actúa en representación del Estado en cuya cabeza está radicado el ius puniendi, puede señalar, de acuerdo con una política criminal preestablecida, como punibles determinados comportamientos que considera nocivos para la vida social y fijar las sanciones o consecuencias jurídicas que de su incursión se deriva, **esa potestad no es absoluta pues encuentra límites en los principios, valores y demás normas constitucionales que está obligado a respetar.**”.*

Es así como asegura la Corte Suprema que la desproporción y la evidente carencia de razonabilidad por parte del legislador en la fijación de las penas, torna en ILEGITIMAS las mismas. Concluyendo entonces que para que la pena tenga legitimidad ha de ser definida por la ley y ser necesariamente justa, por tanto el Estado no puede imponer penas desproporcionadas, innecesarias o inútiles. En consecuencia, el respeto al principio de proporcionalidad de la pena, asume junto al de la legalidad de esta, la connotación de garantía fundamental.

De esta manera, el Estado Social de Derecho, en que prevalece la dignidad humana, sustrae del amplio margen de libertad legislativa para la configuración del ordenamiento penal, la facultad de fijar cualquier pena con independencia de la gravedad del hecho punible; pues el constituyente erigió los derechos fundamentales en límites sustantivos del poder punitivo del

Estado, preceptuando que solo la utilización de la medida justa y ponderada de la coerción del Estado, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los fines del ordenamiento.

Resalta en este punto la Corte Suprema, **las implicaciones de los aumentos de pena carentes de justificación**, recordando que el ejercicio del poder se encuentra sujeto al principio de legalidad, que en la democracia conlleva a la discusión de las decisiones políticas, **por tanto la legitimidad de una disposición normativa también depende de la apropiada deliberación de las razones que la fundamentan, bajo los parámetros que establece el ordenamiento jurídico**. Significa ello que la validez de una decisión legislativa, no se limita solo a que haya sido adoptada por la mayoría, sino a que haya sido públicamente deliberada y discutida, que las **distintas razones para justificar** tal decisión hayan sido debatidas; discusiones que deben ofrecer razones sobre cual es la mejor decisión que puede adoptarse en el punto.

Ello también opera, desde luego, en eventos de incremento punitivo posteriores a la tipificación inicial, toda vez que este aumento de pena, representa una medida de política criminal que además de impactar negativamente el derecho fundamental de la libertad personal, implica una adición a las valoraciones concernientes a la correlación entre la gravedad y el delito; este evento plantea la reconsideración de los presupuestos político

criminales valorados por el legislador penal, pues se está alterando la naturaleza o la intensidad de la respuesta que el Estado da al delito con fines de prevención y resocialización.

Así las cosas, afirma la Corte que:

“el aumento injustificado de penas deviene en una medida arbitraria y lesiva de la garantía fundamental de proporcionalidad. ... Además si se admitiese un incremento punitivo infundado, resultaría nugatoria la dignidad humana...”

De esta manera, se concluye que el principio de proporcionalidad en la determinación e imposición de la pena se erige en la condición de garantía fundamental y su vulneración comporta arbitrariedad, ya sea en al establecer la disposición penal o al fijar la consecuencia punitiva. Por tanto un aumento de penas inmotivado o sin fundamento resulta opuesto al entendimiento constitucional del derecho penal.

2.1.2 Utilidad de la Pena. El alto Tribunal Constitucional, igualmente considera en la mencionada sentencia C-647 de 2001, que una pena es útil en la medida que supone la necesidad social de ella, en caso contrario resulta inútil y su imposición es notoriamente injusta. Sería un regreso a la ley del talión, criterio punitivo obsoleto en una sociedad democrática, que concebía la pena como UN CASTIGO, devolver mal por mal, entonces el

poder del Estado y su fuerza se convierte en un instrumento de violencia y vindicta institucional sobre el individuo.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia,³⁰ advierte que la conmutatividad es expresión de la proporcionalidad de la pena. La proporción de la sanción se elabora a partir de consideraciones de equilibrio entre el dolor generado y el que por haberlo causado debe sufrir, es esa conmutatividad la que se expresa en la sanción que en nombre de la sociedad se impone. Y por eso mismo, en el *quantum* punitivo mínimo de cada delito se debe entender incluido ese valor de cambio que se le reconoce a la pena, la proporción que el legislador consideró como suficiente retribución.

2.1.3 Pena – Medida de Seguridad, Relación y Diferencia. La consecuencia de un hecho punible puede ser una pena o una medida de seguridad. Estas figuras jurídicas tienen identidades y diferencias, cuyos aspectos analiza la Honorable Corte Suprema de justicia, en sentencia del 29 de mayo de 2003, así:³¹

³⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala de Casación Penal. Sentencia Proceso 35767, Acta 218 de Junio 6 de 2012. MP José Leonidas Bustos Martínez.

³¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala de Casación Penal. Sentencia mayo 29 de 2003, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

Identidades

- Son consecuencia de la comisión de un hecho punible tipificado en las normas penales. Por tanto son posdelictuales.
- Acarrear en principio la privación de la libertad en virtud de una providencia judicial de un Juez de la República.
- En ambas se debe respetar el debido proceso.
- En cada una, además se debe probar de manera plena los elementos que determinan la medida.
- Tienen finalidades similares, porque con ellas se pretende aislar a quien con su conducta ha demostrado ser un peligro para el medio social y ambas cumplen fines de readaptación, buscando la inocuización de quien mostró ser peligroso.
- De las dos se exige el principio de legalidad, en el sentido de que no pueden imponerse, una ni otra, si no está previamente definida en la ley; de la misma manera que exige el principio de legalidad del proceso, en el sentido de que no pueden ser aplicadas sino como consecuencia de un proceso previamente determinado por ley anterior, y sólo puede ser impuesta como consecuencia de una decisión judicial.

- Estas dos estructuras jurídicas implican responsabilidad penal, siendo la de los imputables responsabilidad subjetiva, al tiempo que para los inimputables la responsabilidad penal es objetiva. La responsabilidad penal es el compromiso que le cabe al sujeto por la realización de un hecho punible y conforme a la legislación vigente no existe duda alguna de qué esta se predica tanto de los sujetos imputables como de los inimputables.

Tal conclusión es consecuencia de la existencia de dos clases de hechos punibles, en términos estructurales, en el Código Penal Colombiano, esto es, el hecho punible realizable por el sujeto imputable que surge como conducta típica antijurídica y culpable, y el hecho punible realizable por sujeto inimputable que surge como conducta típica y antijurídica, pero no culpable (delito en sentido amplio).

- Como acertadamente lo afirma Welzel, tanto la pena como la medida de seguridad suponen una restricción de la libertad del individuo y ambas a su vez deben tender a la resocialización, razón por la cual no hay entre ellas diferencias de estructura.³²

- Respecto de la ejecución de estas sanciones, el Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1.991) creó los Juzgados de Ejecución de Penas y

³² WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán, 11a edición. Traducción al español por Juan Bustos Ramírez y S. Yáñez, Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1.976, pp. 30 y 31.

Medidas de Seguridad y en su artículo 75 determina la competencia de estos jueces, especialmente para verificar que los lugares destinados al cumplimiento de la sentencia se encuentren en aceptables condiciones para su cumplimiento. Tal decreto, creó además un grupo interdisciplinario asesor del juez, que lo integra un médico, un sociólogo, un psicólogo, un antropólogo, un trabajador social, un criminólogo y el director del establecimiento, de acuerdo con las capacidades de cada centro de reclusión. Toda vez que la ejecución de la pena y de la medida de seguridad exige la intervención de tales profesionales para la satisfacción de cada una de las necesidades existentes, facilitando la resocialización y rehabilitación de imputables e inimputables.

- En sentencia C-176 del 6 de mayo de 1993, la Corte Constitucional, agrega que, es imposible desconocer que al igual que la pena, la medida de seguridad es, cuando menos, limitativa de la libertad personal, así se establezca que la medida de seguridad tiene un fin "curativo" no está sometida a la libre voluntad de quien se le impone. Ella es una medida coercitiva de la que no puede evadirse el inimputable por lo menos en relación con la internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada de carácter oficial (art. 94 del Código Penal).

Diferencias

Entre las penas y las medidas de seguridad median, entre otras, las siguientes diferencias:

- La pena es la consecuencia de la responsabilidad penal de los imputables, cuando judicialmente se ha establecido que se ha cometido un hecho punible en forma típica, antijurídica y culpable. Precisamente este último elemento, la culpabilidad, es el que diferencia, desde el punto de vista conceptual, la pena de la medida de seguridad.
- Según el artículo 12 del Código Penal, "la pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora". Se advierte que, siendo imputable la persona condenada, no se le trata como a un disminuido síquico sino como a una persona normal pero que ha cometido un hecho punible.

En tanto que la medida de seguridad es la privación o restricción del derecho constitucional fundamental a la libertad, impuesta judicialmente por el Estado con fines de curación, tutela y rehabilitación, de la persona declarada previamente como inimputable, con base en el dictamen de un perito siquiatra, con ocasión de la comisión de un hecho punible.³³

³³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C- 176 de 1993, 6 de mayo de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

- En cuanto al deber del Estado, en caso de un imputable, al privarlo de la libertad, le corresponde otorgarle ciertas condiciones mínimas de dignidad, comunes para todas las personas que se encuentren en semejante situación, sin necesidad de realizar un tratamiento penitenciario especial. Sin embargo en lo que se refiere a los inimputables, además de garantizar las condiciones mínimas de dignidad, debe realizar el tratamiento penitenciario dispuesto para cada caso.

- Respecto de las obligaciones de los sentenciados, el imputable condenado, por su parte, tiene el deber jurídico de soportar la privación de la libertad y demás medidas accesorias de la pena principal. Al inimputable no se le imponen medidas accesorias.

- Determinación del tiempo de la pena en la sentencia. En el caso de los imputables, el juez en la sentencia determina un tiempo cierto y preciso de reclusión, sin perjuicio de la eventual y futura existencia de las diferentes modalidades de subrogados penales. En todo caso, el tiempo de la pena es un tiempo determinado, fijado definitivamente en la propia sentencia de manera exacta en términos de años, meses y días.

2.2 FINES DE LA PENA

La Corte Constitucional,³⁴ recuerda que la pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas.

El Dr. VELASQUEZ VELASQUEZ en la teoría de la unión preventivo – dialéctica, de conformidad con la cual *“el sentido de la pena es la prevención general y especial, funciones que se complementan mutuamente, atendiendo a que las normas penales solo se justifican si protegen tanto la libertad individual como el orden social”*.³⁵

2.2.1 Prevención Especial. La prevención especial, es el resultado del conjunto de procedimientos que propenden por la reinserción del reo en sociedad.³⁶ Atiende la persona del condenado, procurando que en el futuro lleve una vida sin delito. Así las cosas, la necesidad de tratamiento

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C- 430 de 1996, septiembre 12 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³⁵ VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Derecho Penal Parte General. Segunda edición. Bogotá Colombia. 1995. p. 100.

³⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala de Casación Penal. Proceso 17.392. Febrero 11 de 2003. M.P. Fernando Arboleda Ripoll.

penitenciario del condenado, tiene que ver con el fin de prevención especial de la pena.

La prevención especial surge para impedir la continuación de la actividad delictiva y la venganza privada y que ésta se imponga sobre la estatal.

2.2.2 Prevención General. La Prevención general, protege los intereses de la comunidad, manteniendo la sanción dentro de los límites razonables. Se explica así, porque se castiga los delitos más graves con penas más altas, aunque no haya peligro de que se repita el hecho. La prevención general se orienta a la evitación de nuevas conductas similares a partir de la advertencia de que quien afecte la igualdad y la paz social por medio de un delito, será efectivamente castigado.

En Salvamento de Voto el Magistrado Pérez Pinzón, Sentencia de Casación Penal 15728 del 29 de agosto de 2002, advierte que la necesidad de la pena, se relaciona sustancialmente con la forma de prevención general de la pena.

La Honorable Corte Constitucional,³⁷ recuerda que a través de la prevención general, se alerta a la sociedad sobre las consecuencias reales que puede sufrir una persona que incurra en un delito, se protege a la sociedad

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C- 647 de 2001, 20 de junio de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

mediante la amenaza a los individuos que la componen. Esa prevención general se aprecia en la determinación judicial de la pena y en el cumplimiento de la misma, pues *“se previene no solo por la imposición de la sanción, sino y sobre todo, desde la certeza, la ejemplarización y la motivación negativa que ella genera (efecto disuasivo), así como desde el afianzamiento del orden jurídico (fin de prevención general positiva)”*.

El fin de prevención general al lado de los otros fines de la pena, radica en su vocación por la paz jurídica de la comunidad, cuya garantía incumbe al derecho penal. El Estado tiene que ocuparse preferentemente de las necesidades preventivas generales para la preservación del mínimo social.

La Corte Suprema de Justicia, en torno de la Prevención General de la pena, advierte en Sentencia 8099 de 2002,³⁸ advierte que desde el punto de vista de esta prevención, debe notificarse a la sociedad que la comisión de ciertos comportamientos de particular gravedad, merecen un trato drástico, para fortalecer la confianza en la prevalencia del derecho, desarrollar actitud de respeto al ordenamiento jurídico y satisfacer la conciencia jurídica. Un tratamiento benigno, llevaría un mensaje de desequilibrio en la aplicación del Derecho y de impunidad, que estimularía a los demás a seguir mal ejemplo,

³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Penal, Proceso 8099, 27 de septiembre de 2002, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

pues de ser descubiertos, confían en que serán tratados benévolamente y con preferencia.

2.2.3 Reinserción Social. El legislador prevee para el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, su función de verificador del proceso resocializador, al establecer en el parágrafo del artículo 51 del Código Penitenciario y Carcelario que el Consejo superior de la Judicatura y el INPEC, establecerán los mecanismos necesarios para que dicho juez cumpla sus funciones en los establecimientos de reclusión que se les asignen.

El tratamiento penitenciario y la ejecución de la pena debe orientarse a la resocialización del condenado, bajo el respeto de su dignidad, autonomía, libre desarrollo de la personalidad y derechos humanos y no a su exclusión de la sociedad. El estudio de la información obrante en el expediente puede llevar al Juzgador a la convicción de que el procesado, al volver a su casa no colocará en peligro la comunidad, ni evadirá el cumplimiento de la pena.

La Honorable Corte Constitucional.³⁹, aduce que la idea de resocialización se opone a penas y condiciones de cumplimiento que sean, por su duración o consecuencias, desocializadoras.

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-261 de Junio 13 de 1996. M..P. Alejandro Martínez Caballero.

Igualmente advierte este Supremo Tribunal Constitucional,⁴⁰ que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por el ordenamiento interno mediante la ley 74 de 1968, en su artículo 10.3 establece: "*El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados*".

En consonancia con tal precepto, el artículo 10 de la ley 63 de 1995 define la finalidad del tratamiento penitenciario en los siguientes términos: "*Alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad...*".

Para lograr dicho propósito, se ha adoptado un modelo de tratamiento penitenciario progresivo (Título XIII Código Penitenciario y Carcelario), del cual hacen parte los beneficios administrativos (permisos hasta de 72 horas, libertad y franquicia preparatoria, trabajo extramuros y penitenciaría abierta), y los subrogados penales, que son: la condena de ejecución condicional (art. 68 del C.P.), que podrá ser concedida por el juez cuando la sanción sea de arresto o no exceda de 3 años de prisión, y la libertad condicional (art. 72 del C.P.), que se concede cuando la pena de arresto sea mayor de 3 años o la de prisión exceda de 2, siempre que se cumplan la condiciones de orden subjetivo exigidas por las normas.

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C- 430 de 1996, 12 de septiembre de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Por eso ha reconocido la Corte que *"lo que compromete la existencia de la posibilidad de resocialización no es la drástica incriminación de la conducta delictiva, sino más bien la existencia de sistemas que, como los subrogados penales y los sistemas de redención de la pena, garanticen al individuo que rectifica y enruta su conducta, la efectiva reinserción en sociedad"*.⁴¹

No obstante lo anterior, el legislador haciendo uso de su competencia para establecer tratamientos distintos en relación con las conductas punibles, ha excluido de los beneficios judiciales y administrativos y de los subrogados penales algunos hechos delictivos dada su mayor gravedad y la necesidad de una represión más severa.

Al tenor de tales prohibiciones legales, La Corte Suprema de Justicia,⁴² aclara que la resocialización se origina desde la convicción de que la pena debe servir para preparar al penado, para convidar al convicto a que vuelva al seno de la sociedad de la cual hacía parte; objetivo que contrasta con la tendencia de tratar a los delincuentes como enemigos que no se merecen las garantías que el Estado soberano conserva para sus súbditos.

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C- 565 de 1993, diciembre 7 de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁴² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala de Casación Penal, Sentencia Proceso 35767, Acta 218 del 6 de junio de 2012. M.P. Jose Leonidas Bustos Martínez.

Por ello la redención de pena no es un beneficio, sino que es expresión funcional de la resocialización, de acuerdo con la formulación del artículo 4º del Código Penal; la cual está recogida de manera más enfática en el artículo 9º del Código Penitenciario y Carcelario, norma que advierte que “*La pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización*”; esto es, la recuperación del condenado para el Estado social, identidad de nuestro modelo constitucional.

Al decir el artículo 10 del mismo plexo normativo que “*El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario.*”, surge nítido que el trabajo del penado es uno de los mecanismos a través de los cuales se examina su personalidad, de cara al sistema progresivo del tratamiento penitenciario.

Negar la redención por trabajo, estudio o enseñanza a un convicto equivale a cerrarle las puertas de la reinserción social, dejando la pena relegada a un ejercicio de mera conmutatividad o retribución, excluyendo el concepto de intervención que está en la esencia del tratamiento que se supone brinda el Estado a los penados, con miras a recuperarlos para que sean útiles a la sociedad.

La concepción de pena, sin trabajo, atenta contra el principio de la dignidad del condenado, en este sentido el Pacto de San José, dentro de los alcances del derecho a la integridad personal, advierte que:⁴³ ***“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”***, como forma de advertir que de no ser así se estaría dando al condenado privado de la libertad un trato degradante en tanto se le niega la posibilidad del trabajo con consecuencias para el reconocimiento de su tiempo de privación de la libertad, y por esa vía se considera que tal conducta afecta la integridad personal, o sea, contribuye a desintegrarlo como persona, lo cual, se insiste, va en contravía del declarado carácter de Estado social que la Constitución reconoce a nuestra organización política.

De otra parte, la Corte Constitucional, en Sentencia T-153 de febrero 28 de 1998, advierte que la labor de resocialización no consiste en imponer valores a los reclusos, sino en brindarles medios para que en uso de su autodeterminación, cada interno establezca el camino de su reinserción a la sociedad. Es así que las normas del Código Penitenciario en esta materia se deben interpretar desde el respeto a la dignidad de los reclusos y a sus derechos al trabajo, a la educación y enseñanza, al servicio de sanidad, a la

⁴³ CONVENCION AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS, PACTO DE SAN JOSE Artículo 5.6, San José de Costa Rica, 7 – 22 de noviembre de 1969. http://www.oas.org/di/es/p/tratados_B-32_Convención_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

comunicación con el exterior y la recepción de visitas, a la atención social, etc.

Resalta la Corte, que la concepción de pena, sin trabajo, atenta contra los más elementales principios de la dignidad del condenado, y equivale a un vergonzoso retroceso a las épocas del terror propias del Antiguo Régimen.

2.2.4 Protección al Condenado. Consiste este fin, en la protección y respeto a la dignidad humana y derechos fundamentales del sentenciado durante la ejecución de la pena.

El legislador, en el Código Penitenciario y Carcelario, asigna entre otras, funciones al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, tendientes a garantizar la legalidad de la ejecución de la pena y el seguimiento de la sanción, en condiciones dignas, para lo cual debe realizar visitas periódicas a los establecimientos de reclusión asignados.

En concordancia con ello, debe:

- Verificar las condiciones del establecimiento de reclusión en donde se ubicará la persona condenada, repatriada o trasladada.
- Conocer de la ejecución de la sanción penal de estas personas, para ello el INPEC debe notificarle la ubicación, dentro de los 5 días siguientes al acto que disponga la designación del establecimiento.

- Hacer seguimiento a las actividades dirigidas a la integración social del interno. Conceptuando periódicamente sobre el desarrollo de los programas de trabajo y estudio.
- Conocer de las solicitudes de los internos en relación con el reglamento interno y tratamiento penitenciario en lo referente a los derechos y beneficios que afecten la ejecución de la pena.

De otra parte, corresponde Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia condenatoria y por ende la protección de los internos que se encuentren en los centros penitenciarios y carcelarios.

Preceptúa el Código Penitenciario y Carcelario, que la ejecución de las penas y medidas de seguridad en los establecimientos penitenciarios y carcelarios, se cumplirán bajo los principios de igualdad y respeto a la Dignidad Humana. Ello por cuanto estos lugares de reclusión y penitenciarios, no son ajenos al derecho y a los internos se les suspende el derecho a la libertad personal, se les limita el de la comunicación y la intimidad, entre otros; pero gozan plenamente de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud.

En consecuencia, advierte la Corte Constitucional,⁴⁴ que se erige en deber para la administración penitenciaria, el garantizar a los internos que se encuentran en los establecimientos penitenciarios y carcelarios, un trato humano y digno, proporcionar alimentación suficiente, agua potable, vestuario, utensilios de higiene y lugar de habitación en condiciones dignas de higiene y salud, asistencia médica y derecho al descanso nocturno entre otros. Es así como el régimen disciplinario de tales centros, debe orientarse y enmarcarse dentro de los límites impuestos por los derechos de los internos o personas reclusas.

No obstante, el Estado y la administración penitenciaria no han cumplido con dicho cometido, toda vez que los establecimientos carcelarios y penitenciarios, lejos de ser centros de rehabilitación, que garanticen la resocialización y el respeto por los derechos fundamentales de los condenados e internos, se han convertido en verdaderos depósitos de los sentenciados, donde se vulneran a diario las mínimas condiciones de dignidad de tales personas.

Ello se viene evidenciando años atrás, situación que obligó a la Corte Constitucional, en Sentencia T-153 del 28 de abril de 1998, a hacer uso de la

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-596 de Diciembre 10 de 1992. M..P. Ciro Angarita Barón.

figura de Estado Inconstitucional de Cosas, para solucionar la grave situación de establecimientos carcelarios, advirtiendo que:⁴⁵

“Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema.”

Sin embargo la crisis carcelaria en el país continúa, así se resalta en el titular del Espectador, sobre el “Diagnóstico de política criminal”,⁴⁶ del 10 de julio de 2012, en el diario El espectador, en que se aduce que, “Las

⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T- 153 de 1998, Abril 28 de 1998, sobre el Estado de cosas inconstitucional en los centros de reclusión del país. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁶ Disponible en: [http://www.elspectador.com/politica/articulo-358774.Diagnostico de Política Criminal - páldo panorama penal/Colombia Julio 10 de 2012.](http://www.elspectador.com/politica/articulo-358774.Diagnostico%20de%20Pol%C3%ADtica%20Criminal%20-%20p%C3%A1lido%20panorama%20penal/Colombia%20Julio%2010%20de%202012)

implicaciones en materia de hacinamiento carcelario hablan por sí mismas. De acuerdo con el informe, “Colombia pasó de 32.000 internos en 1990 a 110.000 en el año 2012. En el mismo período el Estado, pese a triplicar el número de cupos penitenciarios, ha sido incapaz de resolver el hacinamiento que alcanza más del 32% a nivel nacional”.

Resalta este diario, que del análisis realizado por la Comisión Asesora la política criminal en Colombia, que la Política Criminal se mueve al ritmo que imponen los escándalos mediáticos, pues gran parte de las reformas penales han tenido como fin el aumento de condenas sin la existencia de estudios sobre el impacto y la viabilidad de las mismas. Es así como el denominado “populismo punitivo” ha generado más hacinamiento en las cárceles, toda vez que el aumento de la penas ha repercutido en la sobrepoblación de tales centros penitenciarios.

3. POLITICA CRIMINAL COLOMBIANA FRENTE A LOS VIOLADORES Y ABUSADORES SEXUALES DE MENORES DESDE LA LEY 1098 DE 2006

3.1 NORMAS EXPEDIDAS POR EL LEGISLADOR CON OCASION A LA VIOLACION Y ABUSO SEXUAL DE MENORES

Previo a sintetizar y valorar la atención que el legislador nacional ha dado en los últimos tiempos a los delitos de violencia y abuso sexual a los niños, niñas y adolescentes, es necesario recordar que a partir de la Constitución de 1991, el Centro y fundamento del Derecho, es el ser humano digno, libre, autónomo y a quien el Estado se debe.

Como ya se dijo, corresponde al Congreso evaluar previamente las razones de política criminal que deben servir de base para expedir las diferentes leyes que regirán todo sistema penal; en este trabajo, se hace entonces énfasis en lo acontecido a partir de la promulgación de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) y en concreto al tratamiento que ha merecido para el legislador, el agresor sexual de menores, estableciendo si sus disposiciones se encuentran en congruencia con los imperativos conceptos para el Estado de dignidad, libertad y autonomía del ser humano.

El tratamiento legislativo dado a esta delincuencia, se evidencia en la siguiente reseña de las *diferentes* leyes y proyectos emitidos sobre el tema, así:

3.1.1 Artículo 199 Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia. Esta norma, prohíbe todo beneficio judicial o administrativo, aplicación principio de oportunidad, rebaja de pena por acuerdos y aceptación de cargos, a las personas procesadas, entre otros, por delitos sexuales en que la víctima sea un niño, niña o adolescente.

Agotado el filtro constitucional, la Corte advierte que estas prohibiciones se encuentran dentro de las facultades del legislador de dar un trato más riguroso a los delitos de mayor gravedad. Mediante Sentencia C-738 de 2008, declara Exequible exclusivamente por las razones anotadas en esa sentencia, el numeral 3º del artículo 199 de la ley 1098 de 2006, y se declara Inhibida para emitir pronunciamiento de fondo respecto de los numerales 7º y 8º del artículo 199 de la ley 1098 de 2006. Desestimó la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra de esta norma, en lo que atañe a la aplicación del principio de oportunidad para los delitos allí referidos, bajo el argumento de que la razón de ser de la misma es brindar un trato especialmente protector a los niños, niñas y adolescentes, víctimas de tales punibles; se trata de una población vulnerable, lo que debe reflejarse en las normas vigentes en el país en el sentido de brindar una mayor protección.

Por este énfasis del sistema jurídico se entiende como razonable que el legislador no autorice que la acción se renuncie, suspenda o termine cuando el delito afecta gravemente la integridad, libertad y formación sexual del menor.

Sin embargo, es pertinente resaltar que no existe pronunciamiento de la Corte Constitucional en concreto sobre la prohibición de beneficios judiciales, administrativos, subrogados y rebaja de penas por aceptación de cargos, a estos agresores, consagrada en el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, numerales 4, 5, 6, 7 y 8.

No obstante, es importante destacar sobre este punto, que en ocasiones los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad y magistrados, en aplicación del precitado artículo 199 numeral 8 ídem, niegan al sentenciado la redención de pena por estudio o trabajo, pues lo consideran un beneficio prohibido por tal normatividad; no obstante en recientes decisiones la Honorable Corte Suprema de Justicia reconoce la procedencia de tal redención, así en Sentencia del 6 de junio de 2012, advierte que⁴⁷:

“ Dicho sea de paso, la redención de pena tampoco es, por tanto, un beneficio, sino que es expresión funcional de la resocialización, de acuerdo con la formulación del artículo 4º del Código Penal; la cual está recogida de manera más enfática en el artículo 9º del

⁴⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala de Casación Penal. Proceso 35767. Acta 218. Junio 6 de 2012. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

*Código Penitenciario y Carcelario, norma que advierte que “La pena tiene función protectora y preventiva, **pero su fin fundamental es la resocialización**”; esto es, la recuperación del condenado para el Estado social, identidad de nuestro modelo constitucional.*

Al decir el artículo 10 del mismo plexo normativo que “El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario.”, surge nítido que el trabajo del penado es uno de los mecanismos a través de los cuales se examina su personalidad, de cara al sistema progresivo del tratamiento penitenciario.

Negar la redención por trabajo, estudio o enseñanza a un convicto equivale a cerrarle las puertas de la reinserción social, dejando la pena relegada a un ejercicio de mera conmutatividad o retribución, excluyendo el concepto de intervención que está en la esencia del tratamiento que se supone brinda el Estado a los penados, con miras a recuperarlos para que sean útiles a la sociedad.

Claramente ha dicho la Corte Constitucional que⁴⁸

“...la legitimidad del trabajo obligatorio, el cual, aparte de estar conforme con el Convenio 29 de la OIT, es un elemento dignificante, ya que afianza el dominio del hombre sobre sí mismo, es decir, lo realiza como persona, en orden siempre al ascenso de sus propias capacidades. El trabajo, pues, como supremacía del raciocinio humano, que se vierte bien en una idea, o en hechos, cosas y situaciones, tiene al tenor de nuestra Carta Política, una triple dimensión armónica: como principio, como derecho y como deber. Es en virtud de lo anterior que el Convenio citado de la OIT, en su art. 2o., num. 1o., admite el trabajo forzado en las cárceles como elemento perfeccionante. ...”

Una tal concepción de pena, sin trabajo, atenta contra los más elementales principios de la dignidad del condenado, y equivale a un vergonzoso retroceso a las épocas del terror propias del Antiguo Régimen. No en vano el Pacto de San José, dentro de los

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C- 394 de 1995, septiembre 7 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo López. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-394-95.htm>.

alcances del derecho a la integridad personal, advierte que,⁴⁹ **“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”**, como forma de advertir que de no ser así se estaría dando al condenado privado de la libertad un trato degradante en tanto se le niega la posibilidad del trabajo con consecuencias para el reconocimiento de su tiempo de privación de la libertad, y por esa vía se considera que tal conducta afecta la integridad personal,...

Por tanto, las prohibiciones genéricas de concesión de cualquier beneficio legal, judicial o administrativo, no incluyen tampoco la redención de pena, especialmente las contenidas en los artículos 26 de la Ley 1121 de 2006, 199.8 de la Ley 1098 de 2006, 32 de la Ley 1442 de 2007, 13 de la Ley 1474 de 2011 y 28 de la Ley 1453, también de 2011; por cuanto este reconocimiento está íntimamente ligado con la resocialización, como se ha manifestado, y no puede tener la categoría de simple beneficio, sino que con ella se explica, como ya se ha dicho, el objetivo fundamental de la pena en el contexto del Estado social.” (negrilla fuera del texto).

3.1.2 Inciso Segundo, Artículo 48 de la Ley 1098 de 2006. Este inciso, ordenaba la publicación en espacios de radiodifusión, televisión y electromagnético, de los nombres completos y foto reciente de personas condenadas por delito sexual en que es víctima es un menor.

En control constitucional la Corte⁵⁰ declara inexecutable el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006, por cuanto considera que la medida

⁴⁹ CONVENCION AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS, PACTO DE SAN JOSE Artículo 5.6, San José de Costa Rica, 7 – 22 de noviembre de 1969. Disponible en: http://www.oas.org/di/esp/tratados_B32_Convención_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C- 061 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Declara Inexecutable el inciso segundo del Art. 48 de la ley 1098 de 2006. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-061-08.htm>.

establecida en dicha norma, resulta desproporcionada e ineficaz frente a la búsqueda de tal objetivo y más el artículo 44 superior.

Resalta el alto tribunal, que la medida no cumple con los fines de: PREVENCIÓN GENERAL, para disuadir a futuros infractores en potencia, ni hay motivación en el proceso legislativo con estudios biológicos, psicológicos, sociológicos y criminológicos sobre la naturaleza de esos delitos cometidos contra seres humanos que no han adquirido formación sexual, pudiendo mediar impulsos irracionales, instintivos e irrefrenables, que difícilmente podrían ser controlados así se observe que la justicia ha sido eficiente y severa en algunos casos de comportamientos semejantes.

No se analizó el índice de reincidencia en este tipo de conductas, lo que daría lugar a pensar que tampoco opera la PREVENCIÓN ESPECIAL, pues aunque se divulgue la condena, no es suficiente para contener a un individuo en trance de cometer una nueva acción delictiva de la misma naturaleza.

Esta divulgación, desconoce al excarcelado la función de la pena de REINSERCIÓN SOCIAL o RESOCIALIZACIÓN, justificadora de la privación de la libertad. Por el contrario, con esta medida se corre el riesgo que la violencia pueda ser exacerbada contra el mismo sentenciado, como ocurre frecuentemente en los centros de reclusión contra los que son etiquetados como violadores de niños. Igualmente agredidos en el lugar que se

encuentren ante la remota posibilidad de recobrar su libertad. Acentuando como remota tal libertad, si se atiende la severidad de las sanciones previstas para estos delitos y la exclusión de beneficios y mecanismos sustitutivos o alternativos, impuestos por el legislador.

Reseña la Corte, que durante el trámite de este proyecto, no se evidencia que se hubiera sustentado suficientemente, frente al propósito de protección de la niñez, porque este medio resulta preferible a otros de menor impacto contra la persona condenada.

Tampoco aparece justificada la finalidad de este proyecto que a nivel general se ha anunciado como de “protección a los niños”, siendo notoriamente incierto de que manera concreta estarán ellos mejor resguardados por el hecho de divulgarse dicha información. En consecuencia no es válido afirmar que la medida sea útil o efectiva para la protección de la niñez residente en Colombia.

De otra parte, debe advertirse, que disposiciones legislativas como estas, en que se ordena la publicación en los medios de comunicación de nombres y fotografías de los condenados por tales punibles, pudieron ocasionar grave vulneración a su dignidad humana y a la de sus familias; lo que eventualmente conllevaría a “la responsabilidad del Estado por el hecho del

Legislador”, generada en la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, por entenderse como actuaciones contrarias a la Constitución”⁵¹

3.1.3 Ley 1236 de julio 23 de 2008. Por medio de la cual se incrementan las penas en materia de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, consagrados en el Título IV, artículos 205 a 219 del Código Penal.

La Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre la exequibilidad de esta Ley en concreto, pero puede advertirse, que reiteradamente este Alto Tribunal viene sosteniendo que la iniciativa de incremento punitivo se encuentra dentro de las facultades del legislador de imponer un trato más riguroso a los delitos de mayor gravedad.

Sin embargo, debe resaltarse de los debates y exposición de motivos que impulsaron esta ley, los siguientes aspectos:

En el Acta de Plenaria, No. 36, del 11 de diciembre de 2006, Capítulo IV. Lectura de ponencias y consideraciones con el proyecto en segundo debate, Proyecto de Ley No. 25 de 2006, por medio del cual se modifican algunos

⁵¹ LEIVA RAMIREZ, Eric. Aspectos generales de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. En: Verba Iuris. II semestre de 2007, no. 18. Instituto de Posgrados de Derecho Universidad Libre. Bogotá. p. 139 - 168.

artículos del Código Penal, relativos a delitos de abuso sexual,⁵² quedó plasmado por el Senador Ponente Héctor Hely Rojas Jiménez, entre otras consideraciones que:

- En estos tipos penales se deben expresar los mínimos y máximos de las penas en años.
- Es necesario repensar en la tipificación de otros delitos, atendiendo la importancia de estas conductas en el tema de los menores y el avance de la informática y cibernética.
- En estos casos, más que el daño físico, es el mismo daño psicológico ocasionado a la víctima, el que determina la pena y lo que se quiere penalizar muy especialmente es el abuso.
- Estos delitos deben tener una sanción que responda no solo a la “vindicta al castigo”, sino a una defensa social de los menores de 14 años.

Esta iniciativa fue respaldada por mayoría en el senado, incluso algún senador propuso que el aumento de penas no sea a 14 años, sino hasta cadena perpetua, pues estos delincuentes deben ser castigados con prisión, sin ningún tipo de consideración.

En torno a esta ponencia, se destaca la intervención del Senador Parmenio Cuellar Bastidas, quien aduce que aunque sabe que el proyecto será votado por unanimidad, llama la atención del senador ponente, quien es también

⁵² REPUBLICA DE COLOMBIA, GACETA DEL CONGRESO, Senado y Cámara, ISSN 123 – 9066, año XVI- N. 58, Bogotá jueves 1 de marzo de 2007, Edición de 60 p, Imprenta Nacional de Colombia, p. 12 – 14.

miembro de la Comisión de Política Criminal, en que no es suficiente que el Congreso se acostumbre a despachar de manera fácil un problema de tal gravedad, simplemente aumentando las penas; pues considera que esta es una forma fácil hasta cierto punto de lavarse las manos por parte del congreso y el gobierno.

Advierte que teniendo en cuenta las secuelas que padecen las víctimas de este tipo de abusos, deben recibir del Estado alguna atención que permita aminorar las consecuencias. Mas aún recalca que ***“lo mismo que pensar en un tratamiento para los propios delincuentes, si se quiere legislar con seriedad frente a este problema, el Congreso debe dejar de aprobar simplemente proyectos de aumentos de penas...”***.

Por ello anuncia la necesidad y solicita que se conforme una comisión en el senado, para que junto con el Ministerio del Interior y el Viceministerio de Justicia, se busque la implementación de políticas criminales que logren combatir de manera más eficiente tanto la comisión del delito, como aliviar las consecuencias de este tipo de conductas en los menores, presentando propuestas concretas al respecto.

No obstante esta propuesta no tuvo eco alguno, tan solo una Senadora, adujo que ya existían algunos proyectos que hacen parte de un paquete

legislativo y un proyecto de ley de política preventiva, que articula entidades como el I.C.B.F. y la Fiscalía General de la Nación.

Por su parte, el Senador Jose Ignacio García, dice no estar de acuerdo con el aumento de penas, porque la experiencia en la vida jurídica del país, demuestra que en la medida que se aumentan las penas, crecen los índices de criminalidad en relación con esos delitos, como ha ocurrido con el secuestro, delitos contra la administración pública, etc.

Finalmente el informe de ponencia fue aprobado con las modificaciones presentadas.

Posteriormente, en el Informe de Ponencia del proyecto para segundo debate, presentado en la Honorable Cámara de Representante, el 11 de junio de 2008,⁵³ se señalan entre otras motivaciones que justifican el aumento de penas en estos delitos, que:

- Las sanciones establecidas para la época, en estos tipos penales, no atienden las necesidades y evolución criminal, como tampoco la protección a los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, ni están acordes con el mensaje de protección dado en el

⁵³ REPUBLICA DE COLOMBIA, GACETA DEL CONGRESO, Senado y Cámara, ISSN 123 – 9066, año XVII – N. 349, Bogotá miércoles 11 de junio de 2008, Edición de 24 p, Imprenta Nacional de Colombia, p. 1 – 5.

Código de la Infancia y la Adolescencia, que prohíbe subrogados a los delitos de abuso sexual contra los menores. Por ello se propone un enfático aumento punitivo.

- El desbordamiento de los delitos sexuales, que estremece a la sociedad, especialmente porque las víctimas son menores de edad.

- Es urgente y necesaria la protección a grupos vulnerables con garantía constitucional, como las mujeres embarazadas, desempleadas, cabeza de familia, niños y adolescentes y personas de la tercera edad, con derechos prevalentes.

- El impacto social y los medios de comunicación. Resalta que la contundencia de las denuncias, cobertura e información sobre tales hechos criminales que ofrecen los medios de comunicación, para que la sociedad conozca de la situación de vulnerabilidad de los derechos humanos y estado de indefensión de las víctimas sexuales; exige del Congreso la mayor actividad en su labor, para la efectiva protección y garantía de los derechos.

- El *Ius Puniendi*. Se advierte, que frente a este drama, no puede tener acogida la benevolencia y el patrocinio a la impunidad en la comisión de estos delitos. Por ello la propuesta se centra en ***“imponer penas más severas que eviten de por sí los beneficios y rebajas de pena a quienes han cometido delitos sexuales, ya que los instrumentos jurídicos aplicados judicialmente hoy en día están dejando a los abusadores, en muy poco tiempo, reacomodados en sus residencias, sin recibir un***

castigo ejemplar que sirva de defensa a la sociedad y de ejemplo disuasivo a potenciales criminales.”.

Similares razones se esbozaron finalmente en la EXPOSICION DE MOTIVOS de tal proyecto, presentada el 21 de julio de 2006,⁵⁴ adicionando el reciente caso que “conmovió al país, el de Luis Alfredo Garavito”, en que se daba cuenta de homicidios de más de 140 niños, que según se informó en los medios de comunicación, previamente a la muerte el victimario abusaba sexualmente de ellos. Señala que este antecedente produjo la inquietud de saber si desde la perspectiva penal, el ordenamiento jurídico nacional está respondiendo a la necesidad de protección de personas desvalidas, sobretodo a la niñez en materia de agresiones sexuales.

Informa que luego de una revisión integral del sistema penal, en esta clase de delitos, inclusive teniendo en cuenta los incrementos punitivos establecidos por la Ley 890 de 2004 y ante la aceptación de cargos en la audiencia de formulación de imputación, la pena seria de 64 meses de prisión.

Estas penas resultan muy bajas, sin desconocer que desde la perspectiva del derecho a la igualdad, todos los sentenciados tienen acceso a un sistema

⁵⁴ REPUBLICA DE COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA, Presentación Proyecto de la Ley 25 de 2006, Bogotá julio 21 de 2006, dirigido al Dr. Emili Otero Dajud, Secretario General Senado de la República, Tramitación de Leyes, por el Senador Jose Darío Salazar Cruz.

de beneficios en la ejecución de las condenas, que básicamente comprende la posibilidad de cumplir la pena extramuro, en virtud de mecanismos sustitutivos como la prisión domiciliaria, suspensión condicional de la ejecución de la pena y libertad condicional y los subrogados, además de los beneficios en el régimen penitenciario, de redención de pena por trabajo y estímulos por buena conducta, educación, enseñanza, actividades artísticas, etc. y trabajo comunitario.

El Congreso considera indignante como Luis Alfredo Garavito, delincuente en serie y pedófilo consciente de sus actos, es de los reclusos más disciplinados en el establecimiento carcelario y estudioso de la Biblia, de buenos modales y excelente interlocutor, aspira a posicionarse en las más altas dignidades cuando cumpla la condena.

Por ello consideró el legislativo que el sistema penal, procesal penal y penitenciario con que cuenta el Estado Colombiano no está respondiendo adecuadamente con el castigo como medida de prevención especial y como medida de prevención general.

“El proyecto de ley que se presenta tiene por propósito reformular penas, para que por esa vía se limiten beneficios penales, y se haga efectiva la prisión como mecanismo legítimo con que el Estado cuenta para protección de la sociedad. El proyecto supone igualmente la

garantía del derecho a la vida, la abrogación de los tratos crueles, inhumanos y degradantes, pero se presenta como una adecuada respuesta, a futuro, frente a las deficiencias evidentes de la respuesta penal actual.

De lo que se trata entonces es de atemperar las penas con el sistema de enjuiciamiento acusatorio que ofrece múltiples oportunidades y beneficios en eventos de aceptación de responsabilidad penal, y también se ofrece como una respuesta de garantía a los derechos de las víctimas.”.

Se colige de la exposición de motivos y razones que esboza el Congreso para justificar el aumento considerable de las penas inicialmente señaladas para los delitos contra la libertad, formación e integridad sexual; principalmente el deber que le asiste al Estado, de protección a la víctima y el que conforme con la filosofía del sistema acusatorio, los sentenciados cuentan con beneficios, tales como rebaja de pena por aceptación de cargos, o preacuerdos, subrogados penales, prisión domiciliaria y redención de pena por estudio y trabajo, entre otros; en consecuencia las penas resultan mínimas y los agresores sexuales están plácidamente en sus casas.

Sin embargo y con todo ello, olvidó el legislador que los aludidos beneficios de rebaja punitiva por aceptación de cargos y preacuerdos, prisión

domiciliaria, subrogados penales y demás beneficios judiciales y administrativos, que lo impulsan a aumentar significativamente las penas en los delitos sexuales; **se encuentran expresamente prohibidos desde la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 199 y más aún, contradictoriamente este fue un aspecto que tuvo en cuenta en los primeros debates ante el Senado, al presentarse la ponencia del proyecto de ley, como atrás se dejó reseñado.**

Este olvido, incoherencia y contradicción del Congreso, en los motivos que expone para proferir la Ley que se analiza y por la cual se aumentan las penas a los delitos sexuales, sin que se evidencie un estudio criminológico, social, etc., que sustente la necesidad de dicho incremento, puede afectar la legitimidad de la disposición normativa.

Ello, por cuanto se debe recordar que la LEGITIMIDAD DE LA LEY o de la actividad del legislador, depende, entre otras, de la apropiada deliberación de las razones que la fundamentan y desde la óptica del principio de proporcionalidad de la pena, ese aumento debe estar fundado en una completa valoración concerniente a la correlación entre la gravedad del delito y la pena. Si ello no es así, se incurre en una arbitrariedad legislativa, por cuanto se admite la existencia de márgenes de castigo, carentes de justificación, emanados de la simple voluntad del legislador. Tal como lo

explica la Corte suprema de Justicia en la ya citada Sentencia de Casación penal 33254, del 27 de febrero hogañó.

3.1.4 Proyectos de Acto Legislativo 001 de 2008 y 163 de 2008. En el proyecto de Acto Legislativo 001 del 2008, se propuso la prisión perpetua para los delitos de violación sexual de niños seguida de muerte o lesión grave; permitiendo que la pena se revise de oficio o a petición de parte, cuando el condenado cumpla 35 años privado de la libertad. Pena que no se aplicará a personas que al momento de la comisión del delito tengan menos de 18 años o más de 70, ni a las mujeres embarazadas.

Posteriormente en el Proyecto de Acto legislativo 163 de 2008, se propuso imponer prisión perpetua para los delitos contra la vida, la integridad personal, contra la libertad individual y otras garantías, contra la integridad y formación sexuales y contra la familia cuyas víctimas sean menores de 14 años.

En este contexto, revistas especializadas, como “Ámbito Jurídico”,⁵⁵ informa que en el trámite del Acto legislativo 001 de 2008, el senador Héctor Helí Rojas pidió archivar el proyecto, pues consideró que el incremento de penas en los últimos años sitúa a los delitos contra la libertad sexual en la cúspide

⁵⁵ NEIRA RUEDA, Clara Juliana. ¿Es viable la cadena perpetua?. En: Ámbito Jurídico. Septiembre 20 a Noviembre 2 de 2008, Bogotá Colombia. p. 21.

de la represión penal y en su criterio “dicha pena perpetua no disminuirá la criminalidad, porque está probado que ningún método de castigo ha logrado ese cometido”.

De otra parte, informa que en la exposición de motivos del Proyecto de Acto Legislativo 163 de 2008, se destaca que países como Bélgica, Inglaterra, Francia, Irlanda y EE UU imponen la prisión perpetua a quienes cometen delitos contra menores; pero no muestra que la mayoría de esos países permiten que la condena se revise cuando el sentenciado lleve algún tiempo en prisión, para garantizar el fin **resocializador de la pena**.

Este artículo señala que para la fecha se estaba recolectando firmas para aprobar la prisión perpetua a los delitos de homicidio doloso, violación y explotación sexual, maltrato severo y secuestro a menores de 14 años y menores con discapacidad física o mental.

Evidencia esta revista, que aunque las tres iniciativas justifican la prisión perpetua en la necesidad de proteger el interés superior del menor, ninguna de ellas realiza un análisis criminológico serio, tampoco se hace alusión a las deficiencias del sistema penitenciario y carcelario y a su alto índice de hacinamiento. Olvidan calcular los recursos que el Estado debe invertir para mantener privados de la libertad a perpetuidad a estos delincuentes.

Finalmente resalta que aunque en muchos países mantienen la posibilidad de aplicar la cadena perpetua a ciertos delitos, el mínimo porcentaje prohíbe que el condenado recupere su libertad en algún momento. Sin embargo es evidente que no hay una relación directa entre la prisión perpetua y la disminución de la criminalidad; más aún los Estados que la aplican tienen porcentajes de población penitenciaria similares o mayores que países como Brasil o Colombia donde está prohibida.

3.1.5 Ley 1327 de 2009. Esta ley, convocó a un referendo sobre la reforma al art. 34 de la C. N., en el sentido de imponer hasta prisión perpetua, entre otros para los delitos sexuales cometidos contra menores de 14 años.

Se expusieron como motivos en el Congreso para tal convocatoria que: *“... en marzo de 2006 se supo que el Tribunal Superior de Bogotá rebajó la pena a Luis Alfredo Garavito de 30 a 22 años por colaboración,.... En el programa de televisión “El mundo según Pirry”, emitido el 11 de junio de 2006, se denunciaba que por los subrogados penales y las rebajas de penas, Garavito podría salir de la cárcel cumpliendo solo 11 años de prisión.”.*

El proyecto tiene como finalidad la protección de los derechos a la integridad física y moral de los menores, con alto grado de vulnerabilidad, ante la impunidad para castigar estos delitos atroces. **Además, la necesidad de crear un ordenamiento jurídico lo suficientemente fuerte, en la**

imposición de las sanciones y acorde con la gravedad que significa la violación de los derechos de nuestros niños y niñas; ...que no son prevenidos y castigados severamente, como corresponde cuando las víctimas son quienes tienen derechos prevalentes. Corresponde a todas las instancias estatales crear las normas jurídicas tendientes **a castigar severamente** a quienes cometen estos delitos. (Negrilla fuera del texto, dadas por la Corte Constitucional en Sentencia C-397/10).⁵⁶

La Corte Constitucional, en la mencionada Sentencia C-397 de 2010, declaró inexecutable la Ley 1327 de 2009, por vicios de forma.

Sin embargo, es evidente que el legislador insiste en la política del castigo al agresor sexual de menores, sin consideración alguna de la situación mental del agresor, la naturaleza de estas conductas y la implementación de una política verdaderamente preventiva del delito.

El jurista Alfonso Gómez Méndez, resalta que:⁵⁷ *“... Sin contar los casos en que, pensando en la galería y después de un crimen atroz, se plantea la pena de muerte o la cadena perpetua, un día para los violadores, otro para los... Hemos ensayado por eso mismo todas las recetas fracasadas. El*

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-397 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Declara inexecutable la Ley 1327 de 2009. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-397-10.htm>.

⁵⁷ GOMEZ MENDEZ, Alfonso. ¿Cuándo tendremos política criminal?. En: *Ámbito Jurídico*. Septiembre 5 de 2008, Bogotá Colombia. p. 18.

facilismo para obtener aplausos ha sido constante. Por ello, cada cierto tiempo se pide la pena de muerte para determinados delitos. Pero para nada se piensa, ni se dice, ni se hace en materia de prevención. Los crímenes contra los niños son horripilantes. Pero para evitarlos no basta con estar agitando la bandera de una cadena perpetua, que por cierto no tendríamos a quien aplicársela sino tenemos procedimientos confiables de investigación criminal y judicial, debemos ir más allá y volver a pensar en políticas preventivas. Ello supone, naturalmente, estudiar de manera científica eso que los viejos penalistas llamaban la etiología criminal. Y por ahí tendríamos que combatir aspectos atinentes a la organización socio económica del país. Más que reformas constitucionales a la justicia, lo que el país requiere es que el Gobierno y el Congreso no hagan del Código Penal un instrumento negociable, sino que diseñen para Colombia una verdadera y estable política criminal. ...”

3.1.6 Acuerdo 280 de 2007 del Concejo Distrital de Bogotá. Del mismo sentir que el legislador nacional, también el legislador distrital de la ciudad capital del país, de manera errada en cuanto a la consideración del reo y protección a la víctima, expidió este acuerdo, por el cual se adoptan medidas para la protección, garantía y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la Capital, relacionados con su libertad, integridad y formación sexual.

Fundamentado en el artículo 48 de la Ley 1098 de 2001 (C.I.A.), ordena instalar en el Distrito Capital espacios físicos como MUROS Y VALLAS, en zonas destacadas, relevantes, de alto influjo vehicular y peatonal; en que se divulgará nombre, foto reciente de los condenados por delitos sexuales, cuyas víctimas sean menores de edad en Bogotá, los delitos cometidos, la condena impuesta y edad de las víctimas. El tamaño de la fotografía será mínimo de un pliego. La misma información se divulgará mediante volantes en sitios de afluencia al público y en los medios de comunicación de amplia circulación, escrito, televisivo y radial.

Esta medida origino, que familias de los sentenciados por estos delitos, acudieran en protección de sus derechos conculcados con tales publicaciones, mediante tutela, la cual concluyó con la Sentencia T- 1073 de 2007,⁵⁸ en que la Corte Constitucional ordena la inaplicación transitoria de este acuerdo, mientras la jurisdicción contencioso administrativa se pronuncia sobre la constitucionalidad del mismo.

Advierte en esta oportunidad la alta Corte, que en el proyecto se afirmaba la “creación de los MUROS DE LA INFAMIA”, sin embargo este término se eliminó del acuerdo final.

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1073 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Ordena la inaplicación del Acuerdo 280 de 2007 emitido por el Concejo Distrital de Bogotá.

Señala que esta es una medida administrativa con la finalidad de protección de los derechos de los niños, medida que persigue prevenir de las ofensas sexuales a los menores, poniendo en conocimiento de la comunidad, familia y menores, sobre un hecho cierto de condenas. Ante el riesgo de reincidencia y ocurrencia de nuevos episodios de violencia sexual contra menores.

Si bien es cierto, esa modalidad de divulgación puede resultar eficiente para lograr la recordación de delinciente y los hechos y la motivación de la acción preventiva; estas medidas afectan orbitas constitucionalmente protegidas del agresor, sus familiares y allegados y las propias víctimas, máxime cuando en la gran mayoría de casos la víctima y agresor pertenecen a una misma familia. Por tanto no es proporcional y ante la tensión de estos intereses debe prevalecer la protección de los derechos fundamentales afectados.

La autoridad que expide la medida no aporta ninguna evidencia que soporte una conclusión sobre la adecuación de la misma para la realización del fin propuesto.

El efecto preventivo se materializa cuando se divulga al momento de emitirse la condena, pero al no señalarse en este acuerdo el momento y duración de la medida, se materializará también en el momento en que sentenciado una vez purga la pena, se reinserta a la sociedad.

No obra en la exposición de motivos del acuerdo, ni se aporta estudios que muestran cual puede ser el efecto preventivo de una divulgación general sobre la identidad de estos agresores sexuales.

Tampoco se allegan evidencias que demuestren que quien comete este tipo de abusos, constituyan un riesgo general, más allá del ámbito familiar, ni que la divulgación al público tenga en ese ámbito familiar un efecto útil mayor que el que se tiene por el conocimiento de primera mano de los hechos.

Falta un estudio serio sobre la adecuación de la medida al fin propuesto y sobre alternativas menos gravosas en términos de derechos fundamentales y que pueden tener la misma o mayor eficacia en función del fin propuesto.

La Corte a modo de ejemplo de medidas alternativas menos gravosas, mediante la divulgación del condenado, menciona la Ley Megan de EE.UU, en que las personas condenadas por delitos de violencia sexual, tienen que inscribirse en un registro público que se debe mantener actualizado, para que los interesados puedan establecer que personas con esos antecedentes residen en su vecindario.

3.1.7 Proyecto de ley para convocar referendo cadena perpetua, Numero 260 de 2011 Cámara de Representantes y 206 de 2010 Senado de la República. Por medio de tal iniciativa, se convocaba a un referendo constitucional y se sometía a consideración del pueblo un proyecto de

reforma constitucional, que proponía aplicar la pena de prisión perpetua de acuerdo a la Ley, a quienes incurran en “homicidio doloso, violación y explotación sexual, maltrato severo y secuestro contra los niños”.

La autora de esta iniciativa fue la senadora Gilma Jiménez, quien obtuvo ponencia mayoritaria positiva, suscrita por los Representantes de 5 partidos políticos.

No obstante los argumentos de algunos senadores, en contra de la propuesta, la Presidencia de la Corte Constitucional,⁵⁹ resalta que el Gobierno, en cabeza del Ministro del Interior, apoyó activamente el proyecto, logrando incluso la unanimidad de otros partidos, con una propuesta de modificación, siendo aprobada la iniciativa por la Comisión Primera del Senado.

Ante la Cámara de Representantes, el proyecto recibió dos ponencias negativas, toda vez que algunos senadores advierten que aunque es responsabilidad prioritaria la protección de las niñas y niños de eventuales agresiones, no existen evidencias ni razones de política criminal para que la pena que se imponga a los autores de esas conductas sea la prisión

⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Presidencia. Boletín de prensa del 31 de marzo de 2011.

perpetua como lo propone el proyecto, en cuya exposición de motivos solo se presentan cifras sobre abuso y maltrato infantil.

Aluden que un cambio de tal entidad requiere una modificación constitucional, que no puede estar motivada por reacciones emotivas y oportunistas, sino sustentada en una reflexión serena y desapasionada acerca de la utilidad que la aplicación de esa condena puede representar para que se genere una disuasión frente a potenciales abusadores; no se evidencia que esta sea una estrategia adecuada de política criminal, para prevenir la comisión de estos delitos, como para reducir su impunidad. Reconocen la gravedad e importancia de la materia, pero advierten que la justificación del proyecto es pobre para introducir un cambio tan drástico

Agregan que la propuesta normativa se encuadra en lo que los estudios de criminología denominan fuga al punitivismo, en que se considera que la solución a los problemas de criminalidad es el aumento drástico de penas.

Otro senador consideró que la cadena perpetua, en la praxis, ya existe en Colombia en la medida que delincuentes que asesinen o violenten a menores no tendrán beneficios ni mecanismos sustitutivos de pena, según el artículo 199 del Código de la Infancia y Adolescencia.⁶⁰

⁶⁰ Disponible en: [http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/9-2011-Cadena Perpetua no una sino dos ponencias negativas/Bogotá Colombia Septiembre 4 de 2011](http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/9-2011-Cadena%20Perpetua%20no%20una%20sino%20dos%20ponencias%20negativas/Bogotá%20Colombia%20Septiembre%204%20de%202011)

Finalmente ante la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, el 13 de septiembre de 2011⁶¹, el proyecto naufragó y se ordenó su archivo. La decisión estuvo motivada, entre otras razones, por el concepto de la Comisión Asesora de Política Criminal, que consideró que la implementación de la cadena perpetua es desproporcionada con la política criminal del país y que la iniciativa era "populista". Adicionalmente, se advirtió sobre un posible vicio de inconstitucionalidad, ya que la pregunta que se les hizo a los casi dos millones de personas que firmaron apoyando la radicación del proyecto de ley, fue modificada en el Senado. En las planillas que firmaron los colombianos decía que para los violadores de niños "procederá" la cadena perpetua, y el Senado cambió esta expresión por "podrá aplicar" la prisión de por vida.

3.2 POLITICA CRIMINAL FRENTE AL DELITO SEXUAL CONTRA MENORES

La Honorable Corte Constitucional, atendiendo los intereses y bienes jurídicos objeto de protección, la complejidad de las conductas criminales y los imperativos de cooperación para combatir la impunidad y la limitación de los recursos con que cuentan los Estados para responder a la criminalidad organizada, define en sentido amplio la POLITICA CRIMINAL, como "...e/

⁶¹ Disponible en: http://www.elpais.com.co/Colombia/Se_hundió_referendo_de_prisión_perpetua_para_violadores_en_Colombia/noticias_de_Cali_Valle_y_Colombia, Marzo 14 de 2011.

conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción.”⁶²

Advierte esta Corporación que tal conjunto de respuestas es de diversa índole, por ejemplo: social, como cuando se promueve que los vecinos de un barrio se encarguen de alertar a las autoridades sobre sucesos extraños asociados a la comisión de un delito; o jurídica, como cuando se reforman las normas penales; además económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables; igualmente cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social; adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria; inclusive tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica.

⁶² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C- 646 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-646-01.htm>.

Así las cosas, en Colombia corresponde al Congreso, por su origen, conformación y procedimientos internos, formular los lineamientos generales de política criminal y a los órganos ejecutivos plantear iniciativas al respecto, contextualizar dichos lineamientos en la práctica y ejecutarlos con criterio político y adecuación jurídica. La política criminal que adopte el legislador, debe entre otros, identificar claramente aquellas experiencias de difícil superación que atropellan los derechos e integridad ciudadana, y ante ellas dirigir una orientación asertiva o un apoyo puntual, con mayor énfasis en la implementación de una verdadera política preventiva y curativa.

No obstante lo anterior, la legitimidad, transparencia y seriedad en el ejercicio de sus funciones de estas ramas del poder, están en discusión, por lo menos en lo que atañe a los lineamientos de política criminal, pues tal y como se evidenció en la reseña normativa realizada en el ítem anterior, tanto el legislativo como el ejecutivo, ignoran las bases teóricas y políticas de nuestro sistema de persecución penal.

Se hace necesario, por tanto, propender por un Congreso, cuyos debates legislativos estén orientados por entidades o personas estudiosas de las instituciones políticas y jurídicas, capaces de diseñar y ajustar un sistema de persecución criminal adecuado a las necesidades políticas, sociales y económicas del país.

La política criminal colombiana, resulta duramente cuestionada por la sociedad jurídica, entre otros, el jurista y analista político Alfonso Gómez Méndez,⁶³ advierte que el Congreso no toma en serio su papel de legislador; resalta la ausencia de una verdadera política criminal, en la que debe intervenir el gobierno, el congreso y las entidades judiciales; sin embargo se sigue *“el fácil camino de legislar al fragor de la angustia o el escándalo diario. Y se repite la receta que consiste en aumentar las penas o modificar los procedimientos. De esta manera se ha “descuartizado” el Código Penal del 2000.”*

Por ello, este jurista anuncia la necesidad de realizar una verdadera investigación criminal y judicial, estudiar de manera científica la etiología criminal, para volver a pensar en **políticas preventivas**, combatiendo aspectos atinentes a la organización socio económica del país. *“Más que reformas constitucionales a la justicia, lo que el país requiere es que el Gobierno y el Congreso no hagan del Código Penal un instrumento negociable, sino que diseñen para Colombia una verdadera y estable política criminal”*.

Es importante resaltar que la Honorable Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, no ha sido ajena a este debate y es así como en

⁶³ GOMEZ MENDEZ, Alfonso. ¿Cuándo tendremos política criminal?. En: *Ámbito Jurídico*. Septiembre 5 de 2008, Bogotá Colombia. p. 18.

pronunciamiento del pasado 27 de febrero de 2013, Casación No. 33254⁶⁴, llama la atención sobre la manera como el ejecutivo y el legislativo han venido diseñando y ejecutando la política criminal, en lo penal y en aspectos procesales de esta área. Advierte que a la luz del artículo 250 de la Carta Magna, dicha política está concebida como un criterio relevante al racionalizar el ejercicio del *ius puniendi*

Igualmente, la Corte en casación 29.053 del 5 de noviembre de 2008, sin perjuicio de la competencia de la Corte Constitucional en punto de la constitucionalidad de las leyes, expresa su preocupación “**por la manifiesta inflación legislativa que observa, específicamente en lo atinente al aumento indiscriminado y desmesurado de penas y la supresión de beneficios de toda índole por la realización de específicos tipos de conductas punibles, mediante la expedición de un cúmulo de normas, las cuales, las más de las veces, no obedecen al resultado de estudios políticos, criminológicos o sociológicos serios, sino al mero capricho de quienes las proponen o aprueban, cuando no al interés de un sector de la economía o de la política, en desmedro de caras garantías fundamentales y principios inherentes al concepto de Estado social y democrático de derecho, tales como los de igualdad, legalidad, favorabilidad y proporcionalidad, para solo mencionar algunos de ellos.” (subraya y negrilla del texto).**

⁶⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala de Casación Penal. Proceso 33254. Acta 60. Febrero 27 de 2013. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

La Corte califica la política criminal adoptada en el decurso del sistema penal acusatorio, como carente de fundamentación empírica, incoherente, alejada de una perspectiva de derechos humanos, tendiente al endurecimiento de penas; poco reflexiva frente a los desafíos de contexto colombiano y subordinada a la política de seguridad. Cataloga las iniciativas legislativas en materia penal y procesal penal como producto de un exacerbado populismo punitivo, lo que además está perjudicando la funcionalidad del sistema de justicia premial y consolidando su inoperancia.

Dentro de este crítico panorama de la política criminal en general, es evidente que uno de los escenarios, que requiere con urgencia una política criminal debidamente estructurada y orientada, es el de la agresión sexual a niños, niñas y adolescentes, presente durante el transcurso del tiempo; es una problemática que invisiblemente, siempre ha tenido altos niveles de ocurrencia y a ella se referirá en sentido amplio el presente capítulo.

El fenómeno de la violencia y abuso sexual a menores, toca contextos familiares, personales y sociales y aunque rechazado y considerado como un acto reprochable en las comunidades sociales y jurídicas, sin embargo permanece y crece en silencio ante la negación de muchos de los afectados de reportar lo acontecido, sin que se logre obtener una solución o la implementación de mecanismos preventivos, curativos o represivos eficaces.

Aunque en el sistema penal lo que se enjuicia es el acto humano, la conducta humana y no al autor por lo que es - lo que en últimas constituye el DERECHO PENAL DEL ACTO -, en el que se requiere que las decisiones penales se adopten con base en las actuaciones positivas del imputado y no a partir de sus condiciones personales; es evidente que en situaciones de agresión sexual, no se pueden desconocer factores asociados a una conducta interna trascendente, que se acerca a la menor o mayor probabilidad de que un sujeto emita una conducta de estas características.

Es necesario para el legislador y la administración de justicia centrarse también en el estudio de esta delincuencia, en la localización de factores psicológicos situacionales que puedan explicar el desencadenamiento de las agresiones sexuales, estudiando la topografía de la excitación sexual, las actitudes hacia las mujeres y niños, las distorsiones cognitivas y la competencia social de los agresores.

Es así como en este tema, la labor del Estado es triple: 1) Lograr el suficiente conocimiento sobre los factores impulsores de los agresores sexuales con el fin de anticipar el daño (físico, psicosocial, económico, etc.), 2) Atender exitosamente víctimas directas e indirectas del fenómeno y finalmente lo que interesa a este trabajo 3) **Ejecutar una política preventiva exitosa.**

Siguiendo tales lineamientos, se puede afirmar que es prudente acopiar la propuesta que se acercaría a una política de verdadera prevención de esta clase de agresiones sexuales a menores, expuesta por el psicólogo JAVIER URRA, quien concluye sobre lo FUNDAMENTAL, en varios puntos así: ⁶⁵

“A) Hay que erradicar la pobreza congénita, los guetos que conllevan promiscuidad.

B) Hay que intervenir y educar a las familias incestuosas, para que no dejen en heredad esta tara conductual.

C) Hay que impulsar desde la escuela y en la vida cotidiana la igualdad de los géneros masculino y femenino, en todo lo referente a participación en la sociedad, erradicando cualquier atisbo de discriminación.

D) Legisladores, jueces y figuras como el Defensor del Menor han de poner filtros a algunos mensajes y contenidos que se emiten por videos, televisión, etc. y que unen violencia a éxito y sexo a violencia.

E) Hay que luchar contra la dependencia económica de las mujeres (y por ende de las madres).

F) Debe dotarse de educadores de barrio, de familia y apoyar a los servicios sociales de zona, a las asociaciones y ONG que trabajan junto a, (y) en los problemas, allí donde golpea el paro, la droga, el bajo nivel cultural.

*G) Debe dotarse de más psicólogos los Juzgados y Fiscalías de Menores, los Juzgados de Familia, las Clínicas Médico-Forenses, los Servicios de Atención a la Víctima y los **Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.***

H) Los psicólogos forenses han de intervenir en el inicio del proceso (en cuanto se conoce la existencia de un menor posible víctima de un delito sexual). Se coordinará con médicos y juristas,

⁶⁵ URRA PORTILLO, Javier. Op. cit. p. 205 y 219 a 224.

a fin de evitar duplicidades en las entrevistas de detección y comparecencias en sucesivas ocasiones del proceso judicial.

I) Deberá preservarse al menor en el acto del juicio oral de la presión que supone el contacto visual con el presunto agresor, tanto a la entrada y salida de la sala, como dentro de ella (utilizando separadores opacos).

J) Donde todavía no existen, se ha de poner en marcha un servicio efectivo de asesoramiento y asistencia a las víctimas, que proporcione información en todo momento procesal, garantice el acceso a la Justicia Gratuita y a la asistencia letrada y ofrezca al menor asistencia psicosocial, atendiendo a los efectos traumáticos consecuencia de los hechos y del propio procedimiento. Dicha instancia informará con inmediatez al Servicio de Protección de Menores de la correspondiente Comunidad Autónoma del inicio de un procedimiento judicial por posibles abusos sexuales a un menor, dado que puede conllevar una situación de riesgo o desamparo.

K) Se elaborará un protocolo de actuación relativo a menores presuntamente víctimas de abusos sexuales, que partiendo de explicitar las medidas necesarias para preservar la intimidad y el honor del menor, así como la información de sus derechos y de los servicios a su disposición, articule el funcionamiento de las distintas instituciones (sanitarias, fuerzas de seguridad, judiciales, administradores locales, autonómicas y del Estado). Dicho protocolo se encontrará en todas las instancias intervinientes.

L) La actuación del Ministerio Fiscal ha de permitir garantizar una asistencia efectiva, mediante su presencia en todos los momentos del procedimiento (obviamente habrá de entrevistarse con el menor antes del juicio oral).

M) Deben de dotarse los centros penitenciarios de psicólogos y otros profesionales que permitan modificar conductas y posicionamientos cognitivos.

N) El agresor ha de ingresar en la cárcel, pues consigue por miedo al castigo, lo que no alcanza por convencimiento; quienes han cumplido una larga condena reinciden poco.

Ñ) La pena, puede y debe en su última fase ser sustituida por el sometimiento a un tratamiento y la imposición de más reglas de conducta específicas. Sólo el ser consciente de ese

apoyo/supervisión les puede inhibir de agresiones seguras (sobre todo si hablamos de violadores en serie).” (Negrilla fuera de texto).

Los literales resaltados, en la propuesta del prenombrado psicólogo español, son los que más interesan a este trabajo, toda vez se hace énfasis en el seguimiento próximo que se realiza al recluso y posterior ex recluso de tales características. Cree en la rehabilitación del agresor, sin olvidar a quien ha padecido estas infamias, como tampoco a las eventuales víctimas, recordando la diversa normatividad de protección al interés superior y derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Considera que el problema no está en la falta de normas o leyes, sino en la carencia de sensibilidad y medios para poner su contenido en la práctica cotidiana.

Sin embargo, nada de ello ha tenido en cuenta el Congreso Nacional, por el contrario, lejos de procurar una política preventiva exitosa en esta clase de criminalidad, se continua, como se adujo anteriormente por el analista político Gómez Méndez, optando por el camino fácil, al fragor de la angustia o el escándalo y publicidad diaria, ante un crimen atroz; aumentando penas, prohibiendo beneficios, cercenando derechos, proponiendo la cadena perpetua como castigo a los autores de estos crímenes, para obtener los aplausos de la opinión pública, sin que nada se piense o se haga por una verdadera prevención y curación.

Al efectuar el análisis de la actividad del legislativo en este punto, se evidencia sin mayor esfuerzo, que una de sus finalidades, es y será castigar al delincuente sexual y combatir la impunidad.

No obstante, la Procuraduría General de la Nación,⁶⁶ recuerda que aunque el concepto de impunidad se ha entendido como un problema de gestión del sistema penal, considerando el corte claramente represivo de nuestra política criminal, resulta determinante dar una mirada alternativa, concibiendo la impunidad no como un problema en sí misma, sino como el síntoma de un problema mayúsculo que tiene la sociedad colombiana, esto es “La conflictividad social”.

Empero, el carácter reactivo del Estado ante el delito y la desarticulación entre la política criminal y la política social, ha tomado el régimen punitivo como el principal instrumento para enfrentar la conflictividad social; lo que ha sido contraproducente, por cuanto la pena no necesariamente disuade el delito, ni la cárcel resocializa al recluso. El síntoma de impunidad crece porque la conflictividad se incrementa, **“es por ello que es necesario solucionar los problemas en sus causas y factores que los generan y no en los síntomas que advierten de ellos”**.

⁶⁶ PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, Tomo I Serie Delitos Sexuales. DIGAME POR QUE?, Op. cit. p.30.

“Por esta razón maximizar el uso del régimen punitivo del Estado para resolver la creciente conflictividad social, resulta equivocado. El nivel de impunidad no se reducirá y el Estado se verá envuelto en un círculo vicioso del que difícilmente podrá salir. (Barreto L.H., Rivera S. 2009).”⁶⁷

Por ello, el gobierno con su actitud propositiva y de mantener su principal actuar en el castigo (ampliando las penas, criminalizando conductas, limitando derechos, reduciendo beneficios, usando los estados de excepción para legislar penalmente), no está contribuyendo a la disminución de la impunidad.

Para lograr tal cometido y alcanzar una verdadera administración de justicia en este aspecto, es pertinente dirigir la mirada al delincuente, es evidente, que la línea entre las concepciones del abuso como un delito y un problema psicológico se entremezclan en todos los casos; sin embargo, **la tendencia a excitarse ante la presencia de un bebe o características de infante, hacen parte de una de las enfermedades más graves que puede padecer un ser humano, y ello amerita la toma de acciones puntuales por parte del sistema penal;** las penas privativas de la libertad resultarían más eficientes si la reinserción y la rehabilitación se considerara como parte del programa formativo en prisión,

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 49 y 50.

Sin embargo el Estado ha demostrado una falta de credibilidad en tales programas y en la rehabilitación de los agresores; y en consecuencia, en los casos de abuso sexual la motivación para el tratamiento de los agresores, no se tiene en cuenta como parte de la política criminal para prevenir estos delitos.

Es así que en torno al tratamiento penitenciario de esta clase de delincuentes, orientado a una resocialización, como al trato digno, que de todas maneras merecen los condenados por estos delitos, no existe una política criminal. Más aún, en este último aspecto, advierte la Procuraduría,⁶⁸ que no hay una atención integral a esta problemática, los procesados no gozan de una atención profesional e institucional adecuada; *“la inmensa mayoría de la oferta existente de la red de servicios públicos y privados apunta exclusivamente a la atención de la víctima y ello también con múltiples fallas pese a su innegable importancia. **Ello conforma el corte de una política criminal claramente represiva y pocas veces curativa o preventiva.**”* (negrilla fuera del texto). En este punto se recuerda el testimonio de un hombre de 34 años condenado por actos sexuales abusivos en menor de 14 años que afirma *“Soy consciente de que cuando vuelva a la calle en seis meses voy a querer hacer nuevamente lo que hice para estar aquí; no quisiera, porque no quiero volver a la cárcel, pero tampoco sé cómo no aguantarme;...”*

⁶⁸ Ibid., p. 30.

Finalmente, se hace cada vez más evidente la mayor probabilidad de agresión que pueden padecer los convictos por delitos sexuales por parte de los demás integrantes de los centros de reclusión, sin que ello haya conllevado una mejoría en la atención profesional existente para su beneficio. Solo a partir del 2002, ante la presión del Ministerio Público, la misma realidad carcelaria y un estudio realizado por el INPEC, se logró crear en los centros penitenciarios y carcelarios, “los patios exclusivos” para los delincuentes sexuales, aunque aun estos no están implementados en todo el territorio nacional.

CONCLUSIONES

Los delitos sexuales en general han sido tipificados por el legislador colombiano, con el fin de proteger el DERECHO A LA FORMACION, INTEGRIDAD Y LIBERTAD SEXUAL. Al centrar el análisis en los delitos de violencia y abuso sexual en que son víctimas los niños, niñas y adolescentes, conforme con los planteamientos doctrinales y jurisprudenciales, se concluye que el legislador protege la **Seguridad Sexual**, en menores de 18 años violentados sexualmente y en niños que no han alcanzado los 14 años de edad que tienen experiencia sexual, así haya sido bajo su consentimiento; pues se considera que en esta etapa el niño, niña o adolescente no tiene la facultad para ejercer su libertad sexual, ni capacidad de control y disfrute del cuerpo.

Como se puede colegir del estudio sobre la naturaleza de los delitos sexuales, tales conductas anormales se originan en la psiquis del delincuente, como el resultado de diferentes condiciones o vivencias; es así que se postulan como causas de este comportamiento anormal, el aprendizaje de actitudes negativas hacia el sexo (abuso durante su niñez), factores biológicos (alteraciones en el lóbulo temporal, como convulsiones o tumores, niveles elevados de andrógenos, alteraciones de los niveles neuronales y hormonales responsables de la conducta sexual), consumo de

estímulos que debilitan los controles inhibidores, el medio sociocultural en que se desarrolla la persona (normas culturales que apoyan la violencia y el abuso sexual), la exposición a la pornografía y distorsiones cognitivas.

Los comportamientos de agresión y abuso sexual sobre menores, son considerados por la psicología y psiquiatría, como un TRASTORNO PSICOLOGICO, que conforme con el sistema de clasificación DSM4, se ubican bien sea como: Un TRASTORNO SEXUAL O PARAFILIA denominado PEDOFILIA, consistente en una activación o excitación sexual intensa hacia los niños o en un TRASTORNO ANTISOCIAL DE LA PERSONALIDAD, llamado PSICOPATIA, caracterizada, porque la conducta del agresor es excéntrica y emocionalmente excesiva, obsesivo compulsiva, con el fin de satisfacer sus intereses personales, en este caso el deseo sexual, carente de empatía y ausencia de remordimientos.

Esta clase de trastornos psicológicos, pueden ser tratados clínicamente bien sea por la psicología o la psiquiatría, de manera PREVENTIVA, esto es que ante la presencia de los factores de riesgo enunciados en este trabajo, la persona puede ser intervenida para evitar que incurra en una ofensa sexual, haciendo énfasis en los factores de protección o resistencia con que cuenta el individuo. Pero también aunque con grandes dificultades existe un tratamiento curativo o de control de dichas desviaciones, persiguiendo la rehabilitación y la adaptación del individuo a las condiciones de su existencia.

Existen diferentes tipos de intervenciones clínicas, para el tratamiento de tales trastornos psicológicos; entre ellos: las biológicas o tratamiento con antiandrógenos, la neurocirugía, el psicoanálisis y las INTERVENCIONES COGNITIVO CONDUCTUALES. Estas últimas han logrado los mejores resultados, algunas veces en combinación con fármacos; consisten en intensivas terapias, de larga duración, dirigidas al comportamiento sexual desviado, en que además se entrena a los agresores sexuales en habilidades sociales específicas, que le ayudaran a inhibir sus conductas y a establecer habilidad de comunicación que los lleven a relaciones sexuales adultas y consentidas.

Es así como se puede colegir que los agresores sexuales de menores, aunque no son considerados inimputables, por cuanto son sujetos que actúan con consciencia de la ilicitud de sus actos, son personas que sufren una desviación o trastorno mental, que interfiere con la capacidad para una actividad sexual recíproca y afectiva, utilizada como vehículo para la liberación de ansiedad o culpa, con orígenes sociológicos y en ocasiones físicos y genéticos, que puede ser tratada clínica y psiquiátricamente, para lograr su resocialización.

Por lo anterior, además de la necesidad de imponer una pena privativa de la libertad a los autores de esta clase de comportamientos altamente reprochables y aberrantes; estos seres humanos, requieren que a la par del

cumplimiento de su sanción punitiva, se les brinde un tratamiento clínico psicológico o psiquiátrico, para que las funciones de la pena impuesta, logren un cabal cumplimiento. Solo así es posible alcanzar una efectiva prevención general y especial respecto de estos delitos y una óptima resocialización y protección a los condenados.

Sin embargo, la política criminal con que el Estado Colombiano ha respondido al fenómeno de la delincuencia sexual en contra de los niños, niñas y adolescentes, desde la expedición del Código de la Infancia y Adolescencia, no corresponde en su totalidad a las funciones de la pena trazados como norma rectora en el artículo 4 del C.P.

Por el contrario, tal como se expuso en el transcurrir del capítulo 3 de este trabajo, el Congreso acude al “populismo sancionatorio”, al momento de legislar sobre la sanción de los delitos en estudio, por cuanto de manera indiscriminada, arbitraria y en ocasiones sin legitimidad, recurrentemente proyecta aumento de sanciones penales, prohíbe beneficios y rebajas punitivas por aceptación de cargos y preacuerdo; más aún propende por implementar una serie de sanciones que atentan contra la dignidad humana y la resocialización del sentenciado, como es la prisión perpetua; sin efectuar o sustentarse en estudios biológicos, psicológicos, sociológicos y criminológicos previos sobre la naturaleza de esos delitos y sin contar con un

análisis sobre reincidencia, rehabilitación o resocialización, relacionadas con la prevención especial.

La política criminal de Colombia en la regulación de este fenómeno delincencial, carece de coherencia, es contradictoria y no está fundada en una óptica científica que permita establecer la causalidad de estos delitos que atacan la parte mas sensible de nuestra sociedad como son los menores y por el contrario solo reacciona ante el escándalo y oportunismo de los medios de comunicación al publicar los innumerables casos de abuso sexual a niños, pretendiendo resolver el problema apelando solo al incremento desmedido de las penas y prohibición de beneficios, utilizando el Derecho Penal del enemigo y como prevención especial negativa, que conlleva a una secreta y real venganza, opresión, humillación y desprecio por el ser humano.

Así las cosas, en este trabajo, se evidencia como alternativa, la necesidad de que el legislador colombiano reoriente la política criminal en el tratamiento punitivo y penitenciario del delincuente sexual de menores, en aras de conseguir al igual que la protección a las víctimas potenciales, una resocialización y rehabilitación de los condenados, cuyos conceptos guardan consonancia con el artículo 2 de la Carta Política al consagrar como un fin del Estado la protección de la dignidad humana y para ello es necesario no solo imponer una sanción intramural, sino también implementar el tratamiento

clínico psiquiátrico y/o psicológico que su patología mental requiere, para alcanzar una efectiva reinserción del sentenciado, a la sociedad.

Aunque reiteradamente doctrinantes, juristas, psicólogos y psiquiatras, esbozan propuestas para lograr una real prevención del delito de violación y abuso sexual a los niños, niñas y adolescentes, en este trabajo se resalta la alternativa planteada por el psicólogo JAVIER URRRA, por considerarse acertada y conclusiva de lo fundamental en este punto. Este profesional propone la adopción de medidas por parte de las diferentes instituciones estatales, que parten desde una erradicación de la pobreza congénita y los guetos que conllevan a la promiscuidad, intervención y educación de las familias incestuosas, impulso desde las escuelas y familias de la igualdad de géneros y derecho de la mujer, disponer por las autoridades filtros de mensajes y contenidos emitidos por los medios de comunicación que unen violencia a éxito y sexo a violencia, dotar las fiscalías, juzgados de familia y de vigilancia penitenciaria, entre otros, de psicólogos; evitar duplicidad de entrevistas y revictimización de los menores afectados, en los procesos judiciales; tomar medidas de protección al menor víctima durante los procesos judiciales y elaboración de protocolos en las diferentes instituciones, tendientes a la protección de los niños abusados sexualmente; y los tres últimos puntos que interesan a este trabajo, así:

- Dotar los centros penitenciarios de psicólogos y otros profesionales que permitan modificar conductas y posicionamientos cognitivos en estos delincuentes sexuales.

- El agresor ha de ingresar en la cárcel, pues consigue por miedo al castigo, lo que no alcanza por convencimiento; quienes han cumplido una larga condena reinciden poco.

- La pena, puede y debe en su última fase ser sustituida por el sometimiento a un tratamiento y la imposición de más reglas de conducta específicas. Sólo el ser consciente de ese apoyo/supervisión les puede inhibir de agresiones seguras, sobre todo si se habla de violadores en serie.

El tratamiento psicológico del condeno por una agresión sexual a menor de edad, no se incluye como medida de prevención y resocialización, dentro de la política criminal trazada por el Legislador; sin embargo jurisperitos, doctrinantes y entidades estatales consideran en la efectividad de las intervenciones clínicas, psicológicas o psiquiátricas en el pedófilo y el psicópata, las cuales deben estar dirigidas a la violencia con la que es cometido el acto, el comportamiento sexual como tal, la intervención del agresor sexual y la predicción del riesgo de reincidencia. Resaltándose que tales tratamiento han tenido éxito en esta clase de delincuentes en los programas de intervención, en medio cerrado, a través de la aplicación de los siguientes mecanismos: 1) Entrenamiento en habilidades sociales, 2) Autocontrol, 3) Autoinstrucción, 4) Empatía con la víctima, 5) Solución de problemas, 6) Control de comportamiento agresivo, 7) Prevención de recaídas, 8) Estilo de vida positivo.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

BREVE DICCIONARIO ETIMOLOGICO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.
GOMEZ DE SILVA Guido. El Colegio de México – Fondo de Cultura Económica. Segunda reimpresión 2001.

ESPINOSA BECERRA Adriana Patricia, Aportes de la Psicología Forense al Abordaje de los Delitos Sexuales. Plan Nacional de Capacitación, Escuela Nacional de Defensoría Pública “Roberto Camacho Weverberg”. Colombia 2002.

GOMEZ MENDEZ, Alfonso. ¿Cuándo tendremos política criminal?. En: *Ámbito Jurídico*. Septiembre 5 de 2008, Bogotá Colombia. p. 18.

HALES, Robert E., YUDOFKY, Stuart C. Tratado de Psiquiatría Tomo I. The American Psychiatric Press, Tercera edición. 1999.

JARNE ESPARCIA Adolfo. Psicopatología Psicología/Psychology, Volumen 51 de Psicología, Universitat Oberta de Catalunya, Editorial UOC; 2006.

LEIVA RAMIREZ, Eric. Aspectos generales de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. En: *Verba Iuris*. II semestre de 2007, no. 18. Instituto de Posgrados de Derecho Universidad Libre. Bogotá.

NEIRA RUEDA, Clara Juliana. ¿Es viable la cadena perpetua?. En: *Ámbito Jurídico*. Septiembre 20 a Noviembre 2 de 2008, Bogotá Colombia. p. 21.

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, EL DAÑO oculto, E. Miguel Álvarez Correa G, Olga Lucia Valencia C., Daniel E. Bocanegra B., IMP Ediciones, Bogotá Colombia 2012, Primera edición.

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, Tomo I Serie Delitos Sexuales. DIGAME POR QUE?, Agresores sexuales, motivaciones y actuaciones judiciales, IMP Ediciones, Bogotá 2012.

TALBOTT, Jhon A. Tratado de Psiquiatría. Tuc American Psychiatric. Barcelona Spain. 1989.

URRA PORTILLO, Javier. Agresor Sexual Casos Reales Riesgo de Reincidencia, Madrid España, Editorial EOS, 2003.

VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Derecho Penal Parte General. Segunda edición. Bogotá Colombia. 1995.

WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán, 11a edición. Traducción al español por Juan Bustos Ramírez y S. Yáñez, Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1.976.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA,

- Presidencia. Boletín de prensa del 31 de marzo de 2011.

Sentencias:

- C-176 de 1993, mayo 6 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- C- 565 de 1993, diciembre 7 de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara.
- C-261 de 1996, Junio 13 de 1996. M..P. Alejandro Martínez Caballero.
- C- 430 de 1996, septiembre 12 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- C- 646 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- C- 647 de 2001, 20 de junio de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- * T-596 de Diciembre 10 de 1992. M..P. Ciro Angarita Barón.

- T-153 de 1998, Abril 28 de 1998, sobre el Estado de cosas inconstitucional en los centros de reclusión del país. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- T-1073 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Ordena la inaplicación del Acuerdo 280 de 2007 emitido por el Concejo Distrital de Bogotá.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Penal. Sentencias:

- Mayo 29 de 2003, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.
- Proceso 8099, 27 de septiembre de 2002, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Proceso 17.392. Febrero 11 de 2003. M.P. Fernando Arboleda Ripoll.
- Proceso 35767, Acta 218 de Junio 6 de 2012. MP José Leonidas Bustos Martínez.
- Proceso 33254. Febrero 27 de 2013. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

NORMATIVA

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia 1991. Santa Fe de Bogotá: Presidencia de la República, 1991.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1098 (8, noviembre, 2006). Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Diario Oficial. Bogotá, 2006. No. 46446. p. 13.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1327 (15, julio, 2009). Por la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional. Diario Oficial. Bogotá, 2006. No. 4741. p. 13.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA, Presentación Proyecto de la Ley 25 de 2006, Bogotá julio 21 de 2006, dirigido al Dr. Emili Otero Dajud, Secretario General Senado de la República, Tramitación de Leyes, por el Senador José Darío Salazar Cruz.

COLOMBIA, GACETA DEL CONGRESO, Senado y Cámara, ISSN 123 – 9066, año XVI- N. 58, Bogotá jueves 1 de marzo de 2007, Edición de 60 p, Imprenta Nacional de Colombia, p. 12 – 14.

COLOMBIA, GACETA DEL CONGRESO, Senado y Cámara, ISSN 123 – 9066, año XVII – N. 349, Bogotá miércoles 11 de junio de 2008, Edición de 24 p, Imprenta Nacional de Colombia, p. 1 – 5.

WEBGRAFIA

CONVENCION AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS, PACTO DE SAN JOSE Artículo 5.6, San José de Costa Rica, 7 – 22 de noviembre de 1969. Disponible en: http://www.oas.org/di/esp/tratados_B32_Convención_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C- 394 de 1995, septiembre 7 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-394-95.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C- 061 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Declara Inexequible el inciso segundo del Art.48 de la ley 1098 de 2006. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-061-08.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-397 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Declara inexequible la Ley 1327 de 2009. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-397-10.htm>.

EL ESPECTADOR, artículo “Pálido panorama penal. Diagnóstico de política criminal”, Disponible en: <http://www.elespectador.com/politica/articulo-358774>. Diagnóstico de Política Criminal - pálido panorama penal/Colombia Julio 10 de 2012.

EL NUEVO SIGLO, Cadena perpetua: no una sino dos ponencias negativas.
Disponible en: [http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/9-2011-Cadena Perpetua no una sino dos ponencias negativas/Bogotá Colombia Septiembre 4 de 2011](http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/9-2011-Cadena%20Perpetua%20no%20una%20sino%20dos%20ponencias%20negativas/Bogot%C3%A1%20Colombia%20Septiembre%204%20de%202011).

EL PAIS, Se hundió referendo de prisión perpetua para violadores.
Disponible en: [http://www.elpaís.com.co/Colombia/Se hundió referendo de prisión perpetua para violadores en Colombia/noticias de Cali Valle y Colombia, Marzo 14 de 2011](http://www.elpaís.com.co/Colombia/Se%20hundió%20referendo%20de%20prisión%20perpetua%20para%20violadores%20en%20Colombia/noticias%20de%20Cali%20Valle%20y%20Colombia,%20Marzo%2014%20de%202011).

GONZALEZ RODRIGUEZ, Martha. La Pedofilia y a Explotación Sexual Comercial de niños. Universidad Central Las Villas Cuba. Disponible en: http://www.monografias.com/tabajos13/lapedof/lapedof.shtml?mono_search.13/08/03.