



UNIVERSIDAD  
**NACIONAL**  
DE COLOMBIA

# **Fundamentación Teórica de una Política Criminal Constitucional para los Delitos Sexuales con Menores de 14 Años en Colombia**

**Víctor Manuel Cáceres Tovar**

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Bogotá D.C., Colombia

2018



# **Fundamentación Teórica de una Política Criminal Constitucional para los Delitos Sexuales con Menores de 14 Años en Colombia**

**Víctor Manuel Cáceres Tovar**

Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de:  
**Doctor en Derecho**

Director:

Ph.D. Jorge Enrique Carvajal Martínez

Línea de Investigación Doctoral:

Dogmática Específica Instituciones Jurídico Penales

Grupo de Investigación:

Escuela de Derecho Penal “Nullum Crimen Sine Lege”

Reconocido COLCIENCIAS y Clasificado en Categoría “A” 2017

Línea de Investigación: Derecho Penal Constitucional

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá D.C, Colombia

2018



*“El Derecho Penal es un Dios con  
muchos fanáticos, quienes creen que  
con la pena se pueden resolver todos  
los problemas sociales”*

*- E. R. Zaffaroni -*



## Agradecimientos

Agradezco a todos los COLOMBIANOS, a COLCIENCIAS y a COLFUTURO, por otorgarme y administrar la beca doctoral que integralmente permitió cubrir mis estudios;

Agradezco a mi Profesor, Colega, Asesor y Amigo Ph.D. OMAR HUERTAS DÍAZ, por continuar siendo mi gran apoyo personal, académico y profesional;

Agradezco a mi Director Ph.D. JORGE ENRIQUE CARVAJAL MARTÍNEZ, por su paciencia, tiempo y sobre todo por sus valiosas correcciones y sugerencias para mi tesis;

Agradezco a la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, por permitirme estar en sus campus, aulas y bibliotecas durante todos mis años de estudios doctorales;

Agradezco a la UNIVERSIDAD DE VALENCIA (Reino de España) y a mi tutor extranjero Ph.D. LORENZO COTINO HUESO, por su gran hospitalidad y soporte durante mi estancia internacional de investigación;

Agradezco a MI FAMILIA y muy especialmente a mi MADRE, por acompañarme incondicionalmente en el trasegar de mis estudios doctorales y de todo mí existir;

Agradezco a todos mis AMIGOS, COLEGAS e INSTITUCIONES que no alcanzo a nombrar, pero que de una u otra forma contribuyeron en mi proceso doctoral;

Y finalmente agradezco profundamente a mi esposa MARÍA FERNANDA y a mi pequeña hija LUCIANITA, ya que ustedes han sido la más linda e inesperada compañía que pude encontrar y tener en todos estos años... a quienes igualmente ofrezco sinceras excusas, ya que debido a mis largas y agotadoras jornadas de estudio, sufrieron mi ausencia durante mucho e irremplazable tiempo.





## Resumen

La investigación doctoral cualitativa de tipo documental ejecutada propone y desarrolla la fundamentación teórica de una “Política Criminal Constitucional” emergente en materia de delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia, para lo cual en un primer momento se establecen los dos paradigmas epistemológicos internos sobre la materia, junto con sus representantes y límites de sus conocimientos académicos actuales, rastreando e inventariando posteriormente su integración legal y elaborando un marco teórico histórico, conceptual y de referencia jurídica en torno a la fundamentación de la Política Criminal en el horizonte de un modelo concreto de Estado Social y Constitucional de Derecho como lo es el nacional, etapas coordinadas y sucesivas que conllevan finalmente a la comprobación de la hipótesis planteada, en el sentido de poder demostrar teóricamente que la fundamentación vigente de la Política Criminal jurídica interna para prevenir y sancionar el fenómeno social de abuso sexual de menores de 14 años se basa mayoritariamente en el sentir popular y punitivista o mejor conocido como “Populismo Punitivo”, lo cual resulta distante e incluso contrario con los postulados del modelo de Estado Social de Derecho con supremacía constitucional incorporado por la Carta del año 1991, problema jurídico definido que justifica el planteamiento y defensa de un emergente paradigma en Derecho para lograr fundamentar en debida forma dicha política pública, proponiéndose teóricamente el “Penal Constitucional”, el cual parte y se ancla con fuerza en los valores, fines superiores y derechos fundamentales del modelo de Estado vigente en Colombia junto con los principios y límites penales que lo integran.

**Palabras Clave:** Derecho Penal, Política Criminal, Colombia, Delitos Sexuales con Menores de 14 Años, Populismo Punitivo, Constitución, Estado Social de Derecho.

## Abstract

The qualitative doctoral research of documentary type executed proposes and develops the theoretical foundation of an emerging "Constitutional Criminal Policy" in matter of sexual crimes with children under 14 years in Colombia, for that initially are established the two internal epistemological paradigms about the subject with its representatives and limits of current academic knowledge, tracking and subsequently inventorying their legal integration and elaborating later a historical, conceptual and legal reference theoretical framework around the foundation of the criminal policy on the horizon of a concrete model of social and constitutional state of law as the national, coordinated and successive stages that finally lead to the verification of the hypothesis propound, in the sense of being able to demonstrate theoretically that the current basis of the domestic legal criminal policy to prevent and punish the phenomenon sexual abuse of children under 14 years of age is based mostly in the popular and punitive feeling or better known as "Punitive Populism", which is distant and even contrary to the postulates of the social state of law model with constitutional supremacy incorporated by the charter of 1991, legal problem that justifies the elaboration and defense of an emerging legal paradigm in order to achieve a proper basis for such public policy, theoretically proposing the "Constitutional Criminal", that start and anchor with force in the values, superior purposes and fundamental rights of the model of state in force in Colombia along with the principles and criminal limits that comprise it.

**Keywords:** Criminal Law, Criminal Policy, Colombia, Sexual Crimes with Under 14 years, Punitive Populism, Constitution, Social State of Law.

# Contenido

	<b>PÁG.</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>IX</b>
<b>LISTA DE FIGURAS, IMÁGENES Y CUADROS .....</b>	<b>XVI</b>
<b>LISTA DE ABREVIATURAS Y TÉRMINOS.....</b>	<b>XVII</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>

## **CAPÍTULO 1 PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN**

<b>1.1 Contextualización del Tema y de la Problemática.....</b>	<b>4</b>
1.1.1 Problema Social: El Abuso Sexual de Niños en el Desarrollo de la Historia y su Presencia en Colombia.....	4
1.1.2 Problema Jurídico: El Deber Normativo de Intervención del Estado de Colombia frente al Abuso Sexual de Niños.....	11
1.1.3 Problema de Investigación: Revisión de los Fundamentos de la Política Criminal Jurídica para el Abuso Sexual con Menores de 14 Años en Colombia	16
<b>1.2 Objetivos .....</b>	<b>17</b>
1.2.1 Objetivo General .....	17
1.2.2 Objetivos Específicos .....	18
<b>1.3 Hipótesis .....</b>	<b>18</b>
<b>1.4 Proceso Metodológico General .....</b>	<b>19</b>
1.4.1 Etapas de la Investigación.....	19
1.4.2 Metodología, Enfoque y Método.....	20
1.4.3 Recolección y Análisis de Documentos .....	21
1.4.4 Formulación Esquemática .....	22
1.4.5 Estrategias de Difusión de Resultados .....	23
<b>1.5 Itinerario .....</b>	<b>23</b>

**CAPÍTULO 2**  
**ESTADO DEL ARTE SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA POLÍTICA**  
**CRIMINAL JURÍDICA EN MATERIA DE DELITOS SEXUALES CON**  
**MENORES DE 14 AÑOS EN COLOMBIA**

<b>Objetivo de Capítulo .....</b>	<b>26</b>
<b>2.1 Fundamento “Populista y Punitivista” para la Política Criminal Jurídica en Materia de Delitos Sexuales con Menores de 14 Años .....</b>	<b>27</b>
2.1.1 El Populismo Punitivo .....	27
2.1.2 Punitivismo de Estado.....	31
2.1.3 Punitivismo de Mass-Media .....	35
2.1.4 Punitivismo Local: Los Muros de la Infamia .....	37
2.1.5 Iniciativas Populistas Nacionales .....	40
<b>2.2 Fundamento “Penal y Constitucional” para la Política Criminal Jurídica en Materia de Delitos Sexuales con Menores de 14 Años .....</b>	<b>48</b>
2.2.1 Principios Jurídicos Fundamentales.....	49
2.2.2 Transformación de la Sanción Penal.....	51
2.2.3 La Normativa Constitucional .....	54
2.2.4 Constitución y Política Criminal.....	56
2.2.5 Lineamientos Constitucionales de Política Criminal .....	58
<b>2.3 Rastreo Legislativo sobre los Delitos Sexuales con Menores de 14 Años en Colombia .....</b>	<b>64</b>
2.3.1 Concepción Jurídica de los Delitos Sexuales.....	65
2.3.2 Legislación Nacional previa al Año 1991 .....	67
2.3.3 Legislación Nacional posterior al Año 1991.....	70
2.3.4 Ley 360 de 1997 .....	71
2.3.5 Ley 599 de 2000 o Código Penal .....	73
2.3.6 Ley 679 de 2001 .....	74
2.3.7 Ley 890 de 2004 .....	75
2.3.8 Ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal.....	76
2.3.9 Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia.....	78
2.3.10 Ley 1236 de 2008.....	81
2.3.11 Ley 1453 de 2011 .....	83
2.3.12 Ley 1760 de 2015.....	84
<b>2.4 Fundamentos y Paradigmas Específicos de la Política Criminal Jurídica de Colombia en Materia de Delitos Sexuales con Menores de 14 Años .....</b>	<b>85</b>
2.4.1 El Universo Legislativo.....	86
2.4.2 Fundamentos del Código Penal de 1980 .....	86
2.4.3 Fundamentos del Aumento Punitivo de 1997.....	87
2.4.4 Fundamentos de las Reformas Legislativas Sustantivas Posteriores al Año 2000 .....	88
2.4.5 Fundamentos de las Reformas Legislativas Procesales Posteriores al Año 2000 .....	93
<b>Conclusiones de Capítulo .....</b>	<b>97</b>

**CAPÍTULO 3**  
**MARCO TEÓRICO PARA LA FUNDAMENTACIÓN DE POLÍTICA**  
**CRIMINAL JURÍDICA EN UN MODELO DE ESTADO SOCIAL**  
**Y CONSTITUCIONAL DE DERECHO**

<b>Objetivo del Capítulo .....</b>	<b>106</b>
<b>3.1 Marco de Referencia Histórico: Origen y Evolución de Política Criminal .</b>	<b>107</b>
3.1.1 Derecho Penal en el Estado Absolutista Teocrático .....	108
3.1.2 El Surgimiento del Estado de Derecho .....	109
3.1.3 El Estado Liberal de Derecho y el Nacimiento de la Política Criminal...	110
3.1.4 La Política Criminal en el Estado Democrático de Derecho .....	114
3.1.5 La Política Criminal en el Estado Social de Derecho .....	118
3.1.6 Un Contexto Transversal Liberal: Los Fundamentos de la Política Criminal en el Estado Constitucional .....	121
<b>3.2 Marco de Referencia Conceptual: La Política Criminal como Disciplina del Derecho Penal .....</b>	<b>127</b>
3.2.1 Conceptos Teóricos Clásicos: La Denominada “Escuela de la Política Criminal” de F. Von Liszt .....	128
3.2.2 Aproximaciones Teóricas Contemporáneas al Concepto de Política Criminal .....	130
3.2.3 Concepto y Caracterización de la Política Criminal como Disciplina Jurídica .....	134
3.2.4 Límites al Ejercicio de la Política Criminal .....	138
3.2.5 Funciones Jurídicas de la Política Criminal .....	142
3.2.6 Formulación y Configuración de Política Criminal.....	146
<b>3.3 Marco de Referencia Específico: La Política Criminal en el Modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho de Colombia .....</b>	<b>150</b>
3.3.1 El Modelo de “Estado Social de Derecho” Adoptado por Colombia .....	152
3.3.2 La Supremacía Constitucional.....	155
3.3.3 Aproximaciones Internas al Concepto de Política Criminal .....	159
3.3.4 La Política Criminal en la Jurisprudencia Nacional .....	161
3.3.5 Principios Normativos de Política Criminal .....	175
<b>Conclusiones de Capítulo .....</b>	<b>177</b>

**CAPÍTULO 4**  
**FUNDAMENTOS DE UNA “POLÍTICA CRIMINAL CONSTITUCIONAL” PARA**  
**LOS DELITOS SEXUALES CON MENORES DE 14 AÑOS EN COLOMBIA**

<b>Objetivo del Capítulo .....</b>	<b>186</b>
<b>4.1 Diagnóstico Teórico del Paradigma Epistemológico Vigente “Populista y Punitivista” de Fundamentación de la Política Criminal en Colombia sobre Delitos Sexuales con Menores de 14 Años .....</b>	<b>187</b>
4.1.1 El Panorama General de “Criminalización” .....	187
4.1.2 Perspectiva en la “Criminalización Primaria” .....	189

4.1.3	Perspectiva en la “Criminalización Secundaria” .....	193
4.1.4	Perspectiva en la “Criminalización Terciaria” .....	196
<b>4.2</b>	<b>Evaluación Teórica del Paradigma Vigente “Populista y Punitivista” de Fundamentación de la Política Criminal Jurídica en Materia de Delitos Sexuales con Menores de 14 Años en Colombia.....</b>	<b>199</b>
4.2.1	El Método de Evaluación .....	200
4.2.2	Valoración <i>Ex Ante</i> o de la “Criminalización Primaria” .....	201
4.2.3	Valoración <i>Intra</i> o de la “Criminalización Secundaria” .....	204
4.2.4	Valoración <i>Ex Post</i> o de la “Criminalización Terciaria” .....	206
4.2.5	Resultado: Paradigma de Fundamentación Inadecuado y Necesidad de un Cambio Paradigmático.....	208
<b>4.3</b>	<b>Proposición Teórica de un Paradigma Emergente “Penal y Constitucional” de Fundamentación para la Política Criminal Jurídica sobre Delitos Sexuales con Menores de 14 Años en Colombia.....</b>	<b>209</b>
4.3.1	Necesidad y Estándares Mínimos de una “Política Criminal Constitucional” .....	210
4.3.2	Fundamentación en la “Criminalización Primaria” .....	213
4.3.3	Fundamentación en la “Criminalización Secundaria” .....	217
4.3.4	Fundamentación en la “Criminalización Terciaria” .....	219
4.3.5	Fundamento Final General Transversal: Deber de Respeto, Protección y Garantía de los Derechos Fundamentales .....	221
	<b>Conclusiones de Capítulo .....</b>	<b>226</b>

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

<b>Conclusiones .....</b>	<b>233</b>
- <b>Primera Conclusión:</b> El Abuso Sexual de Niños en Colombia es un Fenómeno Social Existente y el Estado está en la Obligación Jurídica de Prevenirlo y Sancionarlo.....	233
- <b>Segunda Conclusión:</b> La Política Criminal Jurídica y Vigente del Estado de Colombia en Materia de Delitos Sexuales con Menores de 14 Años se Fundamenta en el Paradigma “Populista Punitivista” .....	237
- <b>Tercera Conclusión:</b> La Política Criminal Jurídica “Populista Punitivista” para Prevenir y Sancionar los Delitos Sexuales con Menores de 14 Años en Colombia No se Articula con el Modelo de Estado Actual .....	241
- <b>Cuarta Conclusión:</b> La Política Criminal Jurídica del Estado de Colombia para hacer frente a los Delitos Sexuales con Menores de 14 Años debe Fundamentarse en el Paradigma Emergente “Penal Constitucional” .....	245
- <b>Quinta Conclusión:</b> Una “Política Criminal Constitucional” para prevenir y Sancionar el Abuso Sexual de Menores de 14 Años en Colombia permite consolidar el Modelo de Estado .....	249

---

<b>Recomendaciones</b> .....	<b>253</b>
- A la Sociedad Civil.....	254
- A los Poderes Públicos.....	254
- A los Partidos Políticos.....	256
- A los Mass Media.....	257
- A la Comunidad Académica.....	257
<b>A. ANEXO: Lineamientos de Política Criminal para el Estado Colombiano</b> .....	<b>259</b>
<b>B. ANEXO: Estándar Constitucional Mínimo que debe cumplir una Política Criminal respetuosa de los Derechos Humanos</b> .....	<b>311</b>
<b>REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>323</b>

## Lista de Figuras, Imágenes y Cuadros

	<b>PÁG.</b>
<b>Figura 1-1:</b> Resumen Diseño General de la Investigación .....	22
<b>Imagen 2-1:</b> Ejemplo de Populismo Punitivo Político .....	30
<b>Imagen 2-2:</b> Ejemplo de Populismo Punitivo de Estado 1 .....	32
<b>Imagen 2-3:</b> Ejemplo de Populismo Punitivo de Estado 2 .....	33
<b>Imagen 2-4:</b> Ejemplo Populismo Punitivo de Mass Media .....	36
<b>Imagen 2-5:</b> Ejemplo de Valla de la Infamia en Bogotá .....	39
<b>Imagen 2-6:</b> Publicidad Referendo Prisión Perpetua en Colombia.....	43
<b>Imagen 2-7:</b> Informe Final Lineamientos de Política Criminal para Colombia .....	63
<b>Cuadro 2-8:</b> Leyes Nacionales sobre Delitos Sexuales con Menores de 14 Años .....	99
<b>Cuadro 2-9:</b> Ubicación de los Paradigmas de Fundamentación .....	103
<b>Imagen 3-1:</b> Informe Estándares Constitucionales de Política Criminal .....	174



## Lista de Abreviaturas y Términos

<b>Abreviatura</b>	<b>Término</b>
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CDN	Convención de los Derechos del Niño
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Discriminación contra la Mujer
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
CORIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CSJ	Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia
CSPC	Consejo Superior de Política Criminal
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DIH	Derecho Internacional Humanitario
FGN	Fiscalía General de la Nación
ICBF	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
INMLCF	Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses
INPEC	Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario
NCCAN	National Center of Child Abuse and Neglect
OEA	Organización de los Estados Americanos
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PGN	Procuraduría General de la Nación
SCP	Sistema Carcelario y Penitenciario
SIDA	Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida
SINAB	Sistema Nacional de Bibliotecas de la Universidad Nacional
SPOA	Sistema Penal Oral Acusatorio
UN	Universidad Nacional de Colombia
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
USPEC	Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios
UV	Universidad de Valencia



# Introducción

En Colombia el abuso sexual con menores de 14 años representa un flagelo social en aumento que genera un verdadero problema jurídico para el Estado, toda vez que en ejercicio de las funciones superiormente atribuidas, es el llamado a ofrecer respuestas de Política Criminal adecuadas y respetuosas del marco constitucional y legal de Derecho para prevenir y sancionar dichas conductas, mismas que sin lugar a dudas son reprochables y causantes de un grave perjuicio tanto para la sociedad como para la integridad física y psicológica de los niños víctimas, pero no obstante la presumible claridad teórica de dicho mandato, a nivel interno los fundamentos empleados para soportar la Política Criminal jurídica frente a la específica problemática social no parecen ajustarse del todo al ordenamiento nacional, toda vez que la fundamentación popular y punitivista dada a los programas político criminales sobre la materia se distancian e incluso llegan a contradecir los valores, principios y derechos fundamentales propios del modelo de Estado adoptado por la Carta Política firmada en el año 1991.

Así las cosas y tomando como base preliminar la anterior disyuntiva jurídica, es que al interior del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia se propuso y desarrolló una investigación académica sobre la temática, mediante la cual se identifica, analiza, diagnostica, evalúa y replantea teóricamente el paradigma de fundamentación de la Política Criminal jurídica que el Estado de Colombia ha empleado mayoritariamente para prevenir y sancionar el delito de abuso sexual de niños menores de 14 años, disertación académica que se inició y ejecutó desde un enfoque metódico y epistemológico plenamente definido y que por medio del presente documento tipo tesis doctoral exhibe sus resultados finales, producto textual original e inédito que se inicia acto seguido con el Capítulo Uno (01) o sección introductoria que definirá y servirá de base temática y carta de navegación orientativa para el correcto entendimiento y seguimiento de los tres (03) capítulos subsiguientes, así como del específico cuerpo de conclusiones y recomendaciones finales.



# Capítulo 1

## Planteamiento General de la Investigación

**RESUMEN:** Este capítulo introductorio tiene por objeto caracterizar y definir en términos generales el proceso de investigación doctoral ejecutado. Estructuralmente se compone de cinco (05) subtítulos secuenciales que en su orden exponen con detalle el tema, la problemática y la justificación, así como la formulación de los objetivos, la hipótesis y subhipótesis, la metodología desarrollada y la estructura o itinerario del trabajo planificado.

## **1.1 Contextualización del Tema y de la Problemática**

### **1.1.1 Problema Social: El Abuso Sexual de Niños en el Desarrollo de la Historia y su Presencia en Colombia**

La problemática social constitutiva de abuso sexual de niños se establece como una de las formas actuales más graves de violencia contra la infancia en general, toda vez que su práctica conlleva efectos devastadores en la vida de todos los menores que lo sufren, flagelo que ha estado siempre presente en la historia de la humanidad (De Mause, 1974) y también de nuestra sociedad, sólo empezándose a considerar como problema transgresor de las normas cuando por un lado, se ha reconocido su impacto y las consecuencias negativas que tienen en la vida y en el desarrollo de los niños víctimas y por otro, se ha considerado al infante como un verdadero sujeto de derechos (Orjuela y Rodríguez, 2012). Barbaree, Hudson y Seto (1993) comentan que la agresión sexual de menores se registra en la sociedad occidental moderna como uno de los problemas de convivencia más serios que puedan documentarse, igualándose al total de los problemas del crimen no sexual, así como también a la pobreza, al daño y deterioro ambiental e incluso al abuso de sustancias psicoactivas.

Históricamente Baita y Moreno (2015) e interpretando los estudios desarrollados por De Mause (1974), refieren que a lo largo de los siglos el abuso sexual de niños ha sido propiciado de distintas formas, encontrándose registros incluso de la Antigua Grecia donde los jóvenes eran utilizados como objetos sexuales por hombres mayores que los alquilaban en los burdeles para llevar adelante sus prácticas sexuales, y también de la Antigua Roma donde la práctica sexual preferida con los menores era el sexo anal, siendo hasta el Cristianismo donde comenzó a aparecer un concepto diferente de niño, empezando a ser considerado como un ser puro e inocente alejado del conocimiento y la comprensión de lo que eran los placeres carnales, siendo en el Renacimiento y el siglo XVII donde inicialmente y solo de forma moral se empezó a reprobar el contacto sexual de adultos con niños, no obstante se consideraba que detener tales avances sexuales era obligación del niño, siendo el siglo XVIII donde aparece el castigo a los varones por el acto de masturbación, conductas que incluso en el correr del siglo XIX se reprimían con intervenciones quirúrgicas a fin de evitarlas.

En el siglo XVII, De Mause (1974) asevera igualmente que comenzaron a surgir ciertas consideraciones sobre algunas formas de violencia hacia los niños, en especial física y sexual, siendo a mediados del siglo XVIII donde Auguste Ambroise Tardieu describió los primeros casos de abuso infantil en su libro *Etude Médico-Légale sur les Attentats aux Moeurs*, estudio forense de los delitos sexuales que en su momento provocó grandes controversias, aunque la reducción más importante de estas prácticas se verifica recién en el siglo XX, ya que hacia finales del mismo se dio en los Estados Unidos de Norteamérica el caso de una niña maltratada que fue protegida gracias a la invocación de una ley de protección a los animales, cual fue el paradigmático caso de *Mary Ellen* (1874), mismo que marcó de alguna manera el comienzo de la protección de los niños como una causa en sí misma, ya que hasta entonces no había leyes jurídicas específicas para tal fin, teniéndose que esperar hasta pasada la primera mitad del siglo XX para que el maltrato infantil empezara a ser definido puntualmente como tal, hecho que se dio a partir del pionero y revolucionario trabajo de Henry Kempe, quien con su estudio y descripción del *Síndrome del Niño Apaleado o Maltratado* de 1962, estableció la primera caracterización formal de este síndrome.

En la historia reciente de la sociedad occidental, Baita y Moreno (2015) relatan que E. Olafson, D. Corwin y R. Summit a principios de los años noventa publicaron un artículo que estudiaba lo que ellos llamaron *Ciclos de Descubrimiento o Aparición y de Supresión o Desaparición* del tema del abuso sexual de niños, haciendo hincapié especialmente en los siglos XIX y XX, trabajo novedoso que en su momento marcó no solo el inicio de la concientización social y académica sobre la problemática, sino el tipo de respuesta que se le daba, por lo que al igual que De Mause (1974) en su libro, estos autores demuestran que el recorte cronológico que se puede hacer para historizar el problema termina resultando en cierto modo arbitrario, ya que también hay evidencias claras del tratamiento que tanto la sociedad como la academia europea le daban a la temática antes de tales siglos, refiriendo por ejemplo que en el siglo XVIII en la ciudad de Londres, era una amplia creencia popular el que tener sexo con menores de edad curaba las enfermedades venéreas, resultando llamativo que dos siglos más tarde según Baita (2010), este fue el argumento esgrimido por muchas personas acusadas de abuso sexual a niños en las populares situaciones de “turismo sexual” desarrolladas ampliamente en el sureste asiático, explicación que se unía a la falsa hipótesis o creencia relacionada con que mantener relaciones sexuales con niños vírgenes podía curar el virus del SIDA.

Olafson, Corwin y Summit igualmente documentan en su mencionada obra que tanto en Europa como en Norteamérica los niños eran sujetos especialmente vulnerables a la violación y el abuso sexual continuado, hecho que llevaba a que muchos de ellos terminaran posteriormente en la prostitución, adicional a que en la Inglaterra victoriana, el abuso sexual y la violación empezaron a ser unidos de manera exclusiva a condiciones de pobreza, resguardándose así la estricta moral de las clases más acomodadas para en muchos casos ocultar los abusos que al interior de ellas ocurrían, junto a quienes los perpetraban, contexto que interpretando a los mismos tratadistas, hizo que el foco de las investigaciones criminológicas se centrara exclusivamente en las clases más pobres y desfavorecidas y en los inmigrantes, situación que hacia fines del siglo XIX y gracias a los trabajos desarrollados y publicados por los grupos feministas y reformistas tanto de la Gran Bretaña como en Estados Unidos, empezó a cambiar al demostrarse que el abuso sexual y el incesto ocurrían en todas las clases sociales sin distinción, planteamiento que logró que en 1908 se criminalizara por primera vez el incesto en Gran Bretaña, siendo los ataques sexuales a las niñas los que inicialmente recibían menores castigos penales frente a los que se cometían contra los varones (Baita y Moreno, 2015).

En la primera mitad del siglo XX, si bien se consideraba que el abuso sexual de niños existía, las ideas en torno al tema y a su conceptualización no cesaban, siendo en los Estados Unidos de América donde según Baita y Moreno (2015) se empezó a asumir que criminológicamente los perpetradores correspondían al claro estereotipo del hombre extraño, anciano y claramente desviado en su sexualidad, dejando fuera de escena una vez más no solo a los ofensores sexuales de las clases más altas o acomodadas, sino ahora también a los abusadores sexuales intrafamiliares, creando esta escuela la idea de las "víctimas participantes" entendidas como los menores que disfrutaban secretamente de la actividad sexual y por lo mismo la propiciaban, al punto de considerárseles como un seductor activo más que uno pasivo, categoría que se asociaba con la idea relacionada con que la actividad sexual entre un adulto y un niño posiblemente no llegaría a ser dañina, siendo en el año de 1953 cuando apareció el famoso "Informe Kinsey" sobre "Comportamiento Sexual de la Mujer", donde su autor, Alfred Kinsey, documentó que una cuarta parte de las mujeres que respondieron a sus encuestas refirieron haber sido víctimas de abuso sexual en su infancia por parte de un hombre al menos cinco años mayor, siendo desestimado este y otros valores toda vez que para la época era difícil de entender por qué un niño podría verse afectado por ser tocado en sus partes genitales.



Las décadas completas de los años setenta y el ochenta y según Baita y Moreno (2015), vieron ubicar en la agenda pública el problema del abuso sexual, la violencia doméstica y el maltrato infantil en forma general, saltándose posteriormente al lento reconocimiento de situaciones de violencia de todo tipo en el contexto de las relaciones de pareja, siendo esta la ventana que permitió poner en evidencia que los hijos también sufrían malos tratos y vejaciones sexuales muchas veces a manos de sus propios padres (Herman, 1997), por lo que el mundo académico empezó a conocer y aceptar un nuevo diagnóstico relacionado y conocido como el “trastorno por estrés postraumático”, desorden que entró en el mundo de la psiquiatría y de la salud mental de la mano de los excombatientes de la guerra de Vietnam pero que empezó en esta época a ser empleado para el tratar el problema del abuso sexual de niños, niñas y adolescentes, problemática que jamás cesó y que durante las últimas dos décadas del siglo XX según opinan una vez más Baita y Moreno (2015), vio surgir y desarrollar nuevas irrupciones, cuyos efectos negativos siguen haciéndose notar ampliamente según se puede desprender de múltiples investigaciones que recogen los efectos nocivos del abuso sexual infantil en particular, continuando su desarrollo desde fines del siglo XX hasta lo que va del siglo en curso.

Contemporáneamente y ante la documentada aparición del abuso sexual de niños, organizaciones de carácter internacional como la Organización Mundial de Salud (OMS) empezaron a mostrar preocupación por dicho fenómeno social, hecho que en el año 2001 llevó a dicha entidad a la necesidad de conceptualizar para los Estados interesados tal situación, considerándose entonces el abuso sexual infantil como el “involucrar a un niño/a en actividades sexuales que no llega a comprender totalmente, a las cuales no está en condiciones de dar consentimiento informado, o para las cuales está evolutivamente inmaduro/a y tampoco puede dar consentimiento, o en actividades sexuales que trasgreden las leyes o las restricciones sociales, manifestándose el abuso en actividades entre un/a niño/a y un/a adulto/a, o entre un/a niño/a y otra persona que, por su edad o por su desarrollo, se encuentra en posición de responsabilidad, confianza o poder”. En el mismo sentido, la OMS ha referido que estas actividades -cuyo fin es gratificar o satisfacer las necesidades de la otra persona- abarcan, pero no se limitan a: “la inducción a que un/a niño/a se involucre en cualquier tipo de actividad sexual ilegal, la explotación de niños/as a través de la prostitución o de otras formas de prácticas sexuales ilegales y la explotación de niños/as en la producción de materiales y exhibiciones pornográficas” (Intebi, 2012).

No obstante la anterior definición de orden internacional e interpretando a López Sánchez (2000), el abuso sexual de niños se ha entendido de diferentes maneras lo que ha llevado a que no se posea una conceptualización universal o única, ya que en términos de Quinteros y Conde (2011), los investigadores difieren en muchos criterios, entre los que se destacan la edad de las víctimas y el tipo de prácticas que deberían ser consideradas como abuso sexual, características particulares que fueron empleadas por Kempe (1978) para construir su propia definición de la problemática, siendo entonces entendido el abuso sexual de niños por el que también fuere el fundador de la Sociedad Internacional para la Prevención de los Niños Abusados y Maltratados, como “la implicación de un niño o de un adolescente menor en actividades sexuales ejercidas por los adultos y que buscan principalmente la satisfacción de éstos, siendo los menores de edad inmaduros y dependientes y por tanto incapaces de comprender el sentido radical de estas actividades ni por tanto de dar su consentimiento real”. Estas actividades según el mismo autor son inapropiadas para la edad y el nivel de desarrollo psicosexual de un niño, por lo que debe entenderse que la ejecución de cualquiera de ellas ya sea por presión, violencia o seducción, transgreden tabúes sociales en lo que concierne a los roles familiares.

Tomando variedad de criterios, la doctrina especializada ha construido múltiples conceptos de lo que puede entenderse por abuso sexual de niños, pudiéndose destacar la propuesta por Díaz Huertas (2000) quien entiende el fenómeno como “la implicación de los niños en actividades sexuales, para satisfacer las necesidades de un adulto” ampliando que las modalidades de abuso sexual pueden ser con o sin contacto físico. Por su parte Finkelhort y Redfield (1984) lo conciben como “cualquier contacto sexual entre un adulto y un niño sexualmente inmaduro (la madurez sexual se define social y fisiológicamente) con el propósito de la gratificación sexual del adulto, donde el niño es incapaz de consentir por virtud de la edad o por diferencias de poder y por la naturaleza de la relación con el adulto”. Navarro (2003) destaca que la definición de abuso sexual a menores incorpora una clara “acción abusiva por parte de un agresor contra una víctima”. Quinteros y Conde (2011) afirman que de las distintas y numerosas definiciones que se pudieran encontrar, puede observarse que todas implican generalmente al menos tres términos:

“1.- *Coerción*: Por medio de la fuerza física, la presión o el engaño;

2.- *Seducción*: El agresor realiza una violencia sistemática camuflada de seducción, en la que busca ganarse la confianza del niño o la niña;

3.- *Asimetría de edad*: Impide la verdadera libertad de decisión, ya que los participantes tienen unas experiencias, un grado de madurez biológica y unas expectativas muy diferentes. El menor no tiene la capacidad de discernir claramente lo que está bien y mal y de dar consentimiento, porque no cuenta con una libertad de decisión.”

A pesar del nutrido desarrollo doctrinal dado a la materia, data del año 1978 una de las definiciones más integrales que se hayan podido construir, siendo esta propuesta por el National Center of Child Abuse and Neglect (NCCAN), agencia norteamericana quien entendió el abuso sexual infantil como "los contactos e interacciones entre un niño y un adulto, cuando el adulto (agresor) usa al niño para estimularse sexualmente él mismo, al niño o a otra persona. El abuso sexual también puede ser cometido por una persona menor de 18 años, cuando ésta es significativamente mayor que el niño (la víctima) o cuando (el agresor) está en una posición de poder o control sobre otro menor", definición que en opinión de Quinteros y Conde (2011), incluye no sola la posibilidad de abusos sexuales cometidos por menores con edades relativamente similares a las de las víctimas, sino también su sincronización con el concepto de niño desde la perspectiva legal internacional, toda vez que es de recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño del año 1989 entiende por este a "todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad", precepto que lleva a entender que salvo norma especial interna, debe siempre entenderse el abuso sexual de niños como aquel que se comete con personas menores de 18 años, así la víctima tenga 2, 6, 10, 14 o 17 años indistintamente.

Ya aproximado con mayor acierto el concepto general de abuso sexual de niños, resulta pertinente señalar que este es un fenómeno existente y creciente en los últimos años al interior del específico territorio colombiano, toda vez que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INMLCF) realizó solo en el año 2010 un total de 20.142 exámenes médico legales por presunto delito sexual, de los cuales las tasas más altas se concentraron en las víctimas entre los 5 a 17 años, siendo el grupo más afectado por este tipo de violencia el comprendido entre los 10 a 14 años seguido por los niños

que están entre los 5 a 9 años (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2011). En el 2011 según el INMLCF, se practicaron un total de 22.597 exámenes sexológicos forenses en presuntas víctimas de delitos sexuales siendo los grupos etarios más prevalentes en las víctimas de sexo masculino los que abarcan la niñez, con 94 %; y del sexo femenino, las niñas y adolescentes tempranas con 85 % (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2012). En lo que se refiere al año 2012, el INMLCF registró una disminución en la práctica de exámenes médico-legales por presunto delito sexual, en comparación con el año 2011 pero ratificándose las variables de los años anteriores, como las agresiones a niños, niñas y adolescentes, con la mayor tasa entre niñas de 10 a 14 años y niños de 5 a 9 años, siendo las femeninas las que presentaron cifras más altas (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2013).

Así mismo, los sistemas de información del INMLCF registraron en el año 2013 un total de 20.739 exámenes medico legales por el presunto delito sexual en Colombia, estando las tasas más altas de concentración en el rango de edad de 0 a 17 años en donde, en el caso de los hombres, dicha tasa se presentó de los 5 a 9 años y en las mujeres, de los 10 a 14 años respectivamente (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2014). Finalmente en lo que respecta al año 2014, calenda en la que se da inicio a la presente indagación doctoral, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses registró un total de 21.115 exámenes medico legales por presunto delito sexual en Colombia, con aumento de 376 casos en relación con el año 2013 (1,81%), registrándose una tasa de 44,30 casos por cada 100.000 habitantes siendo la mujer la más victimizada, con el 85,09% de los casos, presentándose en general un mayor comportamiento del evento en niños, niñas y adolescentes (0 a 17 años), con un 85,08% del total de los registros, y en el caso de las mujeres, el grupo quinquenal que reportó el mayor número de casos fue de los 10 a 14 años y en hombres de los 5 a 9 años (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2015).

La lectura e interpretación de las anteriores cifras consignadas en las estadísticas oficiales indican que en Colombia efectivamente existe y se presenta el fenómeno social de abuso sexual de niños estando el mismo en constante aumento durante los últimos años, situación que genera una real y progresiva vulneración de los derechos humanos y fundamentales no solo de los niños víctimas, sino también de toda la colectividad en general, razón por la cual el Estado en consonancia con sus múltiples compromisos

internacionales y fines constitucionales, pero sobre todo procediendo como garante de la infancia nacional, debe necesariamente intervenir para procurar prevenir o darle solución a dicha problemática, ya que cualquier forma de violencia contra los niños, incluida la sexual, representa una problemática que tiene consecuencias directas en la vida de los menores, así como en su entorno y en todos y cada uno de los contextos diarios en los que este se desarrolla, de ahí que los diferentes ámbitos para la intervención en la protección de los niños contra este tipo de agresiva violencia vayan inicialmente desde la familia y su entorno base, pasando por los sociales entre los que se incluyen los culturales, educativos, económicos y sanitarios, hasta llegar en última instancia a los legales político criminales, siendo los fundamentos jurídicos vigentes de estos últimos el objeto central de la presente inmersión doctoral.

### **1.1.2 Problema Jurídico: El Deber Normativo de Intervención del Estado de Colombia frente al Abuso Sexual de Niños**

Los niños son un segmento poblacional especialmente victimizable entre otras razones y factores, por su falta de madurez física y mental (Pavón, 2005), razón por la cual la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en el año 1989 adoptó mediante Resolución 44/25 la ya citada Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional que fue ratificado por el Estado de Colombia el día 28 de enero de 1991 y que de manera general establece un marco jurídico amplio y especial de protección para los derechos humanos de todas las personas menores de 18 años, instituyendo así mismo la obligación que tienen todos los Estados firmantes y ratificantes de adoptar todas las medidas apropiadas, necesarias y eficaces para lograr el cabal cumplimiento de sus fines, abanico que incluye las legislativas que conlleven el prohibir y erradicar toda forma de violencia contra la infancia incluyendo la de tipo sexual, marco normativo *supra* de nivel universal que se une al previamente formulado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) del año 1966, mismo que igualmente fue ratificado por el Estado de Colombia el día 29 de octubre de 1969 y que en su artículo 24 estableció entre otros aspectos de suma importancia, que “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y también del Estado”.

A nivel de derecho *supra* regional, el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) de 1969, ratificada por el Estado de Colombia el día 28 de mayo de 1973, establece que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (Huertas *et al.*, 2005), mandato que ha sido ratificado e incluso ampliado por la constante jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 1999), Tribunal que en su muy conocida y citada sentencia de fondo sobre el caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala), señaló que tanto la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) como la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) “forman parte de un amplio y muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir de referencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CORIDH) o Corte de San José para fijar el contenido y los alcances de la disposición general consignada en el mencionado artículo 19 de la Convención”, generando con esta integración normativa un especial marco jurídico de protección de los derechos de los niños que se encuentra plenamente armonizado con todos los mandatos universales estipulados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

Internamente, en el año de 1991 se promulgó la Constitución Política que hoy en día aún rige en todo el territorio colombiano, adoptándose según Echeverry (2002), una Carta que “se fundamenta en la concepción de la organización sociopolítica de la Nación a partir del Estado Social de Derecho con supremacía normativa, ordenamiento que tiene como uno de sus fines últimos la realización de los derechos humanos de la totalidad de los habitantes del territorio nacional”, siendo la niñez objeto de especial y reforzada protección en varias de las disposiciones generales que subyacen desde el Preámbulo y en el artículo 1º superior, el cual describe las diversas características básicas del Estado Colombiano en las que prevalecen los derechos inalienables de todas las personas sin excepción, pasando por el artículo 5º de la misma obra que estipula y ampara a la familia como célula básica de la sociedad y que desembocan en los preceptos que integran el capítulo II al enunciar los derechos individuales de toda la población y en forma específica, los derechos de los niños, niñas y adolescentes contemplados en los artículos 44 y 45 *ibíd.*, donde el constituyente primario al señalar y consagrar los derechos fundamentales de los niños, recalcó no sólo su prevalencia sobre los derechos de los demás, sino también y en sintonía con los mandatos internacionales suscritos, la obligación que le asiste al Estado, la familia y la sociedad de darles especial protección.

Es de interpretarse que el legislador constituyente del año 1991 al promulgar normas superiores con las claras características descritas, consideró como fundamental el interés superior del niño y sus principios de protección, así como los derechos ya reconocidos en el plano normativo legal y en los convenios internacionales, elevándose estos últimos a nivel de bloque de constitucionalidad según el artículo 93, marco jurídico que da prevalencia plena a los derechos de los niños sobre los derechos de los demás, lo que implica en términos jurisprudenciales primero, “que en el caso de tensión entre los derechos de un niño y otra persona mayor, se preferirán en todos los casos los intereses del primero frente a los de esa otra persona no menor de 18 años” (Corte Constitucional de Colombia, T-075, 2013), y segundo, que en virtud del trato y protección distinta y reforzada a la niñez y de la expresión “derechos fundamentales de los niños”, el Estado colombiano avala el reconocimiento de la titularidad de derechos que disponen los niños (artículo 44 de la Constitución) y a su vez, muestra el particular interés del constituyente de habilitar, en el marco de las garantías propias del Estado Social y Constitucional de Derecho interno, “los procedimientos legales y las acciones integrales que están en la obligación de emprender tanto la familia, como la sociedad y sobre todo el Estado con el propósito de concretarlos y posibilitar su exigibilidad” (ICBF, 2004).

Así las cosas, es de inferirse que es en la Constitución Política de 1991 donde se promulga formalmente en Colombia que los niños son sujetos de derechos prevalentes, lo que los hace por ende objeto de protección contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, gozando así mismo de los demás derechos consagrados en la Carta superior, en las leyes y en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el Estado (Huertas *et al.*, 2007), generándose de esta forma a nivel interno el claro deber e incluso la obligación jurídica y política de intervención frente a su abuso sexual en sus diferentes estadios y manifestaciones desarrolladas, labor que como se desprende del cumulo normativo y doctrinal relacionado, corresponde iniciar en los padres y el núcleo de la familia, potenciar en plano de lo social y finalizar siempre en el campo político criminal, siendo en esta última a través de la “Política Criminal” jurídica en su disciplina penal, donde la presente investigación concentrará toda su atención, sin desconocer la importancia y el amplio valor que tienen las otras formas preliminares de prevención del abuso sexual de niños en Colombia, pero que para los efectos puntuales de la presente investigación, en esta oportunidad han sido obviadas como objeto principal.

La persecución penal o criminal como *ultima ratio* de intervención estatal para prevenir y sancionar el abuso sexual de niños emerge y se soporta en otras fuentes de la interpretación sistemática de los diferentes instrumentos internacionales señalados *supra* sobre protección de la infancia que han sido emitidos a nivel universal por la propia ONU, y que imponen el deber a los Estados suscribientes de adoptar las medidas necesarias para eliminar, tipificar como delito y castigar de manera efectiva todas las formas de explotación y abuso sexual de niños, siendo empleada la disciplina político criminal para configurar y desarrollar tal fin sancionador (Huertas *et al.*, 2013), toda vez que esta como parte integral del gran sistema represivo, es la encargada en términos de Binder (1997) “de la toma de decisiones y reglas que orienten el ejercicio de la violencia estatal (coerción penal o criminalización) hacia determinados y claros objetivos”, lo cual en concepto de Bustos Ramírez (1994) representa que “si un Estado toma la decisión de enfrentar un problema social como puede ser el abuso sexual de niños definiéndolo como delito, nos encontramos ante una decisión político criminal, a lo que sí se agrega que toda definición implica el poder para hacerla, se tiene que dicha política pública es, en consecuencia, un poder de definición que ejerce en exclusiva el ente estatal”.

A nivel nacional es notorio que el Estado de Colombia ha empleado la Política Criminal penal para intervenir y hacer frente la problemática del abuso sexual de niños, toda vez que ha definido legalmente como punible la conducta pero solo sobre aquellos menores de 14 años, sin que tal disposición lleve a entender que se descarta de plano la violencia sexual sobre personas mayores de dicha edad (toda vez que esta es objeto de tratamiento jurídico por medio de otros tipos criminales), sino que esta fue la edad que el legislador en su libertad de configuración considero razonable para salvaguardar en absolutamente todos los escenarios la integridad sexual de los niños, en el entendido que el delito se perpetra por el simple hecho de acceder o abusar a un menor de dicha edad sin importar el conocimiento previo o concomitante que este tenga frente a la materia, tipificación que en jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) (2010), se enmarca dentro de una Política Criminal de Estado encaminada “a preservar el desarrollo de la sexualidad del menor, en el entendido que hasta esa edad debe estar libre de toda interferencia en materia sexual, lo cual representa que en la práctica judicial, al Juez no le es dado entrar a discutir la presunción de incapacidad para decidir y actuar libremente en materia sexual, puesto que la ley establece disposiciones en pro de los menores de 14 años con el propósito de protegerlos en su sexualidad”.



Sobre el punto de presunción de incapacidad de un menor de 14 años en materia de sexualidad, la CSJ (2011) igualmente ha referenciado que “específicamente lo que se presume es la falta de capacidad del niño para determinarse y actuar libremente en el ejercicio de la sexualidad”, pues ha sido valorado que las personas menores de esa edad no se encuentran en condiciones de asumir sin consecuencias para el pleno desarrollo de su personalidad el acto sexual, debido al estadio de inmadurez que presentan sus esferas intelectual, volitiva y afectiva, reafirmandose de esta manera que esta presunción en todo momento es de carácter absoluto o *iuris et de iure* y no admite, por tanto, prueba en contrario, hecho que en términos normativos se traduce en el imperativo del deber absoluto de abstención y la indemnidad e intangibilidad sexual del menor de 14 años en Colombia, quedando igualmente claro para la CSJ (2011) que “las conductas sexuales contra dichos menores son delitos de resultado, por manera que para reputar de él su carácter de injusto y lesivo, es menester la demostración del efectivo y claro menoscabo a la autodeterminación sexual del menor, más allá de cualquier o mínimo asomo de aquiescencia de la víctima para que la conducta suceda, simplemente porque este no puede prestar su consentimiento valido dada su edad cronológica”.

Por todo lo dicho, es de reafirmarse que la prevención y sanción del abuso sexual de niños en Colombia representa un problema jurídico para el Estado, toda vez que éste en respeto y cumplimiento no solo de los fines y deberes que le impone la Constitución Política de 1991, Carta que igualmente otorga derechos fundamentales y prevalentes a los niños, sino también de toda la normatividad internacional sobre Derechos Humanos relacionada con la protección y garantía de los menores que resulta jurídicamente vinculante como Bloque de Constitucionalidad a las luces del artículo 93 superior, es el llamado principal para articular las diferentes formas sociales, políticas y jurídicas para la intervención efectiva en el asunto, procurando dentro del abanico de instrumentos que le da el modelo de Estado Social de Derecho con supremacía constitucional interno, mitigar o solucionar la problemática, siendo el Derecho Penal por intermedio de su disciplina político criminal jurídica una herramienta válida y disponible para tal fin, ya que la misma permite dar respuestas adecuadas desde la tipificación y la sanción criminal para hacer frente a tan reprochables conductas que sin lugar a dudas son causantes de grave perjuicio social, pero no de forma ilimitada, contraria o alejada a los parámetros que establece el sistema jurídico nacional o los propios postulados internos de la materia, toda vez que dicha construcción debe respetar y ser siempre acorde con los mismos.

### **1.1.3 Problema de Investigación: Revisión de los Fundamentos de la Política Criminal Jurídica para el Abuso Sexual con Menores de 14 Años en Colombia**

Considerando que efectivamente al interior del territorio colombiano existe y se presenta un aumento progresivo el fenómeno social del abuso sexual de menores y que el Estado está en el deber y obligación jurídica de intervenir en la problemática para lograr prevenirla entre otras formas por intermedio del Derecho Penal como último recurso a través de la criminalización de la conducta, misma que se materializa a nivel interno en la legislación específica o Política Criminal jurídica que tipifica y sanciona autónomamente dichos actos reprochables cuando la víctima sea una persona menor de 14 años, surge la inquietud relacionada con saber cuáles son los fundamentos jurídicos de dicha Política Criminal de orden penal y si los mismos resultan cercanos, respetuosos y compatibles con el modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho vigente e imperante en Colombia desde el año 1991 junto con las dogmáticas propias de la disciplina penal que lo componen, razón por la cual y tomando como base introductoria el marco social y jurídico previamente elaborado, se traza como problema de investigación doctoral, la siguiente pregunta de índole jurídico:

¿La Política Criminal jurídica diseñada y formulada en Colombia para prevenir y sancionar el abuso sexual de menores de 14 años se soporta y fundamenta en el modelo de Estado Social de Derecho con supremacía constitucional incorporado internamente a partir del año 1991 junto con los principios y límites penales que lo componen?

Como sub-problemas, la investigación doctoral desarrollada planteó las siguientes sub-preguntas:

- 1). ¿Cómo se fundamenta y compone legalmente la Política Criminal jurídica previa y actual del Estado de Colombia para prevenir y sancionar los delitos sexuales con menores de 14 años?
- 2). ¿Cuál debe ser el marco teórico y epistemológico de referencia para fundamentar el diseño y formulación de la Política Criminal jurídica del Estado de Colombia en materia de delitos sexuales con menores de 14 años?

3). ¿Por qué se debe fundamentar la Política Criminal jurídica colombiana en materia de delitos sexuales con menores de 14 años desde el modelo de Estado vigente junto con sus principios y límites penales?

Se justifica la propuesta de tesis doctoral en el sentido de poder aseverar que en Colombia el aumento gradual del abuso sexual de menores de 14 años ha generado la implementación casi que explosiva de un sinnúmero de medidas de Política Criminal específicas de orden penal para tratar de hacer frente a dicha problemática, mismas que parecen fundamentarse jurídica y epistemológicamente en el sentir popular el cual se materializa en la necesidad de imponer cada vez más severas penas para los victimarios como fórmula remedio, toda vez que es recurrente escuchar propuestas de cambio o reforma normativa legal e incluso de orden constitucional con miras a incorporar en el ordenamiento jurídico nacional la pena de hasta prisión perpetua como forma de castigar entre otros, los delitos sexuales cometidos en perjuicio de personas menores de 14 años, iniciativas cimentadas en su mayoría y entre otros motivos, por el amplio sentimiento público que genera la consumación de este tipo de delito (Santos, 2006), por ideologías políticas en búsqueda de recaudos eminentemente electorales a través del discurso del “populismo punitivo” (Bottoms, 1995) o tal vez por el desconocimiento o erróneo manejo que de la disciplina político criminal tienen a nivel interno los encargados de diseñar y formular dichas políticas públicas, toda vez que estos pueden no haber entendido aún que las mismas deben ser elaboradas con base en los postulados propios del modelo de Estado vigente adoptado en el año 1991.

## **1.2 Objetivos**

### **1.2.1 Objetivo General**

Fundamentar teóricamente y desde los postulados propios del modelo vigente de Estado Social de Derecho con Supremacía Constitucional nacional junto con el conjunto de principios y límites penales que lo integran, la Política Criminal jurídica para prevenir y sancionar los delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia.

### 1.2.2 Objetivos Específicos

- 1). Identificar como está fundamentada y conformada la Política Criminal de orden jurídico penal previa y actual del Estado de Colombia en materia de delitos sexuales con menores de 14 años;
- 2). Establecer el marco teórico y epistemológico de referencia para desarrollar una fundamentación de Política Criminal jurídica del Estado de Colombia en materia de delitos sexuales con menores de 14 años;
- 3). Elaborar para el Derecho colombiano y con base en los postulados propios de su modelo de Estado vigente, una propuesta teórica de fundamentación para su Política Criminal jurídica en materia de delitos sexuales con menores de 14 años.

### 1.3 Hipótesis

La fundamentación actual que soporta el diseño y formulación de la Política Criminal jurídica en Colombia para prevenir y sancionar los delitos sexuales con menores de 14 años se basa en el “populismo punitivo”, lo cual se distancia del modelo de Estado Social de Derecho con Supremacía Constitucional vigente desde el año 1991, así como de los principios y límites penales que lo componen, por lo tanto:

- *Sub-Hipótesis:*

1. La fundamentación de la Política Criminal jurídica de Colombia en materia de delitos sexuales con menores de 14 años se da desde el “sentir punitivo”;
2. El marco teórico de referencia para fundamentar la Política Criminal jurídica de Colombia en materia de delitos sexuales con menores de 14 años se encuentra en el derecho constitucional y penal;
3. La Política Criminal de orden jurídica colombiana en materia de delitos sexuales con menores de 14 años debe fundamentarse desde el modelo de Estado vigente en armonía con los principios y límites penales que lo componen.

Como se esbozó preliminarmente, puede resultar teóricamente claro, pero no evidente en la realidad jurídica, que en el marco de un Estado Social y Constitucional de Derecho como el nacional la fundamentación de su Política Criminal de orden penal para prevenir y sancionar los delitos sexuales con menores de 14 años debe estar siempre anclada en los valores, principios y derechos fundamentales que incorpora el modelo de Estado vigente junto con las dogmáticas jurídico penales propias de la disciplina político criminal y no desde el sentir popular o simple punitivista de lo que debe entender por criminalización, en el entendido que es la ciencia del Derecho Penal la que tiene la conceptualización clara de lo que debe aplicarse como “Política Criminal” y es el Derecho Constitucional el que contiene las bases, principios y límites que deben guiar su construcción normativa, áreas jurídicas que al ser armónicamente integradas permiten no solo una la lucha eficaz y ante todo jurídicamente correcta frente al problema social del abuso sexual de niños, sino también el ejercicio respetuoso del poder punitivo o *ius Puniendi* y el avanzar hacia la consolidación del modelo de Estado que internamente todavía está en proceso de construcción, lo cual exige tanto de los estamentos públicos y privados la búsqueda de propuestas y soluciones que permitan alcanzar dicho objetivo.

## **1.4 Proceso Metodológico General**

### **1.4.1 Etapas de la Investigación**

El proceso de investigación doctoral se organiza en tres fases secuenciales que van directamente relacionadas con cada uno de los objetivos específicos propuestos, siendo la primera de ellas donde se identifica el Estado del Arte de la cuestión, es decir, se desarrolla el objetivo específico No. 01 al delimitar el conocimiento existente sobre los fundamentos de la Política Criminal jurídico penal previa y actual del Estado de Colombia en materia de delitos sexuales con menores de 14 años, labor que da paso a la fase intermedia la cual esta enlazada con el objetivo específico No. 2, toda vez que se establece el marco teórico de referencia para la fundamentación de la mencionada política pública, etapas cíclicas que permiten soportar el capítulo final correspondiente al estudio propiamente dicho y que ejecuta el sub-objetivo No. 3, en el sentido de elaborar para el Derecho colombiano una propuesta teórica de fundamentación para la Política Criminal de orden jurídica en materia de delitos sexuales con menores de 14 años que sea acorde con el modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho vigente.

### 1.4.2 Metodología, Enfoque y Método

La investigación desarrolla una perspectiva metodológica preponderantemente *Cualitativa* (Álvarez-Gayou, 2003), toda vez que se trata de dar mayor significado y sobre todo fundamentación a la Política Criminal jurídica nacional en materia de delitos sexuales contra de menores de 14 años, edificación teórica que emplea un enfoque epistemológico transversal de tipo *Constructivista* (Piaget, 1974) ya que este permite tomar el cumulo de conocimiento existente sobre la materia para asimilarlo, acomodarlo y en consonancia con el marco teórico y jurídico de referencia, poderlo llevar a un nivel de mayor validez que permita plantear y entrar a nueva estructura cognitiva o esquema de pensamiento teórico diferente que permita intentar resolver en debida forma académica el problema o desequilibrio jurídico planteado inicialmente, labor que ejecuta el método de investigación cualitativa denominado *Investigación Documental* (Valles, 1997), para lo cual se reunieron, seleccionaron, observaron y analizaron sistemáticamente información que estaba contenida en forma de “documentos” producidos por diferentes fuentes jurídicas y ante todo académicas de índole dis e interdisciplinar que han abordado directa o indirectamente la problemática objeto de estudio.

Con el empleo de la metodología, enfoque y método de investigación planteado se obtuvieron resultados jurídicamente coherentes que permiten mejorar el proceso de prevención y sanción del abuso sexual de menores de 14 años en Colombia, nuevo conocimiento que puede ser utilizado desde diferentes perspectivas y que incluso puede ser base para el planteamiento y desarrollo de la creación legislativa futura sobre la materia. En desarrollo de esta metodología se trazaron como objetivos: a)- Realizar un estudio jurídico para describir la actual Política Criminal sobre el tema; b)- Buscar información para dar respuestas satisfactorias a cuestionamientos jurídicos sobre el objeto de estudio; c)- Estudiar el problema a fin de obtener datos ciertos y suficientes para hacer proyecciones de orden jurídico; d)- Organizar el pensamiento expresado por diversos autores en relación con el tema. Cumplidos los objetivos metódicos, se logró obtener un novedoso conocimiento sobre el nivel de comprensión que se tiene sobre la fundamentación jurídica de la política pública criminal examinada, el cual permitió definir y estructurar nuevas líneas de creación jurídica, generar otras interpretaciones, orientar procesos de investigación actuales y futuros y finalmente contribuir a la formación de nuevo y más conocimiento político criminal relacionado en Colombia.

### 1.4.3 Recolección y Análisis de Documentos

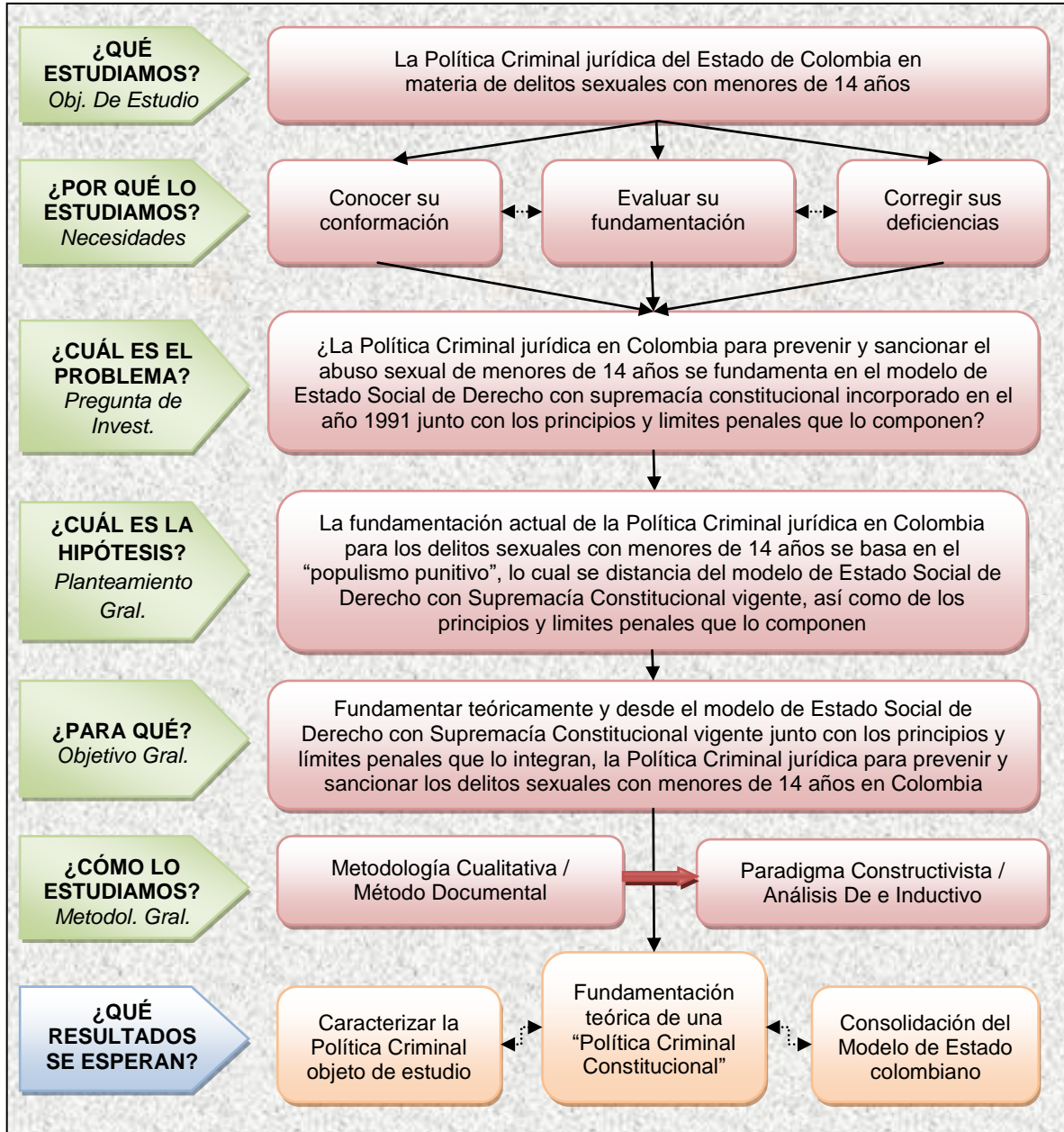
Toda vez que se trata de una investigación de tipo eminentemente documental, se emplearon en su mayoría fuentes secundarias y solo por excepción algunas fuentes primarias de información, mismas que para su recolección se manejó igualmente la técnica documental toda vez que esta permite la amplia recopilación de información para enunciar las teorías que sustentan el estudio de los fenómenos abordados, incluyendo en todo momento el uso de instrumentos definidos según la fuente documental utilizada en cada fase del proceso (Valles, 1997), por lo que en un primer momento se acudió al acopio de bibliografía básica sobre el tema, donde se reunió todo el material publicado: artículos, monografías, ensayos, periódicos, libros, tesis, etc., para subsiguientemente hacer una recolección de información especializada en bibliotecas nacionales e internacionales, siendo Colombia por medio de la Biblioteca Central “Gabriel García Márquez” de la Universidad Nacional de Colombia (UN) y la Biblioteca “Luis Ángel Arango” del Banco de la República, España por medio de la Biblioteca de Ciencias Sociales “Gregori Maians” de la Universidad de Valencia (UV) y México por medio de la Biblioteca “Antonio Caso” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), las principales unidades documentales.

La elaboración de fichas bibliográficas y hemerográficas fueron de gran utilidad y valor para todas las fases de la investigación propuestas y adelantadas, toda vez que con el sistemático manejo de las mismas se logró recolectar un amplio y significativo volumen de información sobre la materia, sobre el que se dio lectura rápida pero completa para proceder posteriormente a su registro, delimitación, observación, decantación y análisis inductivo final que derivó en el ya anunciado constructo teórico de fundamentación para la Política Criminal jurídica en materia de delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia, mismo que se plasmó en un producto general tipo documento de tesis doctoral elaborado según los parámetros establecidos para el efecto por el Sistema Nacional de Bibliotecas de la Universidad Nacional de Colombia (SINAB), el cual en su aspecto bibliográfico empleó de forma transversal un muy amplio número de autores y referencias doctrinales y no doctrinales tanto nacionales como internacionales, reforzadas con específicos precedentes jurisprudenciales de las más altas Cortes jurídicas internas y externas, así como del más amplio catálogo legislativo multinivel que ha desarrollado en uno u otro aspecto y nivel temáticas relacionadas con el objeto de investigación.

### 1.4.4 Formulación Esquemática

Con la única finalidad de responder al problema social, jurídico y de investigación planteados, así como a los objetivos e hipótesis propuestas, se resume el diseño general de la investigación bajo los componentes de la siguiente figura:

**Figura 1-1: Resumen Diseño General de la Investigación**



**Fuente: Elaboración Propia**



### 1.4.5 Estrategias de Difusión de Resultados

- Publicaciones en Boletines Político-Criminales;
- Publicaciones en Revistas Indexadas;
- Publicaciones en Working Papers;
- Publicaciones en documentos seriados tipo periódico;
- Publicaciones en Documentos Jurídicos Internacionales;
- Ponencia Nacional e Internacional;
- Participación en Coloquios Doctorales;
- Participación en Eventos y Redes de Investigación;
- Participación en grupos de investigación;
- Participación en proyectos de investigación;
- Participación en el Observatorios Jurídicos;
- Participación en la elaboración de programas político-criminales; y
- Adecuación y publicación del informe final de investigación;

## 1.5 Itinerario

El documento tesis doctoral estructuralmente se compone de cuatro (04) capítulos en total, siendo el primero de ellos (01) como se ha podido evidenciar, la introducción general a la investigación que sistemáticamente contiene en detalle su planteamiento, así como su temática, problemática, justificación, formulación de los objetivos, hipótesis y subhipótesis, metodología y estructura académica y metódica específica. Posteriormente, se desarrollan los capítulos dos (02), tres (03) y cuatro (04) propuestos que presentan respectivamente el estado del arte de la cuestión, el marco teórico de referencia y la comprobación de la hipótesis y subhipótesis planteadas, señalándose que cada capítulo cierra con un grupo de conclusiones parciales relacionadas con el cumplimiento de cada uno de los objetivos específicos propuestos. Posterior a desarrollar la totalidad de los capítulos trazados, se presenta el cuerpo de conclusiones y recomendaciones finales centrado en intentar exteriorizar la clara ilustración de la hipótesis planteada, junto con la interpretación de los resultados y la presentación del nuevo conocimiento en Derecho dirigido a cierto grupos como los políticos y parlamentarios y que lleva a empezar a dar vida y uso jurídico en Colombia y para inicialmente los delitos sexuales con menores de 14 años, al concepto o categoría de “Política Criminal Constitucional” o “Fundamentación Jurídica desde el Paradigma Epistemológico Constitucional y Penal”.



## **Capítulo 2**

# **Estado del Arte sobre la Fundamentación de la Política Criminal Jurídica en Materia de Delitos Sexuales con Menores de 14 Años en Colombia**

**RESUMEN:** Este capítulo en primer lugar precisa el avance y límite del conocimiento relacionado específicamente con la fundamentación de la Política Criminal jurídica de Colombia sobre delitos sexuales con menores de 14 años, registrando igualmente las tendencias o paradigmas epistemológicos existentes sobre la materia junto con sus postulados y principales representantes, rastreado e inventariando de forma posterior el marco legal interno de su regulación, para finalmente identificar por medio de un ejercicio asociativo de los resultados parciales obtenidos en los dos primeros momentos, el paradigma de pensamiento que en mayoría fundamenta el diseño y formulación de la Política Criminal de orden jurídica del Estado de Colombia para prevenir y sancionar los delitos ya enunciados.

## Objetivo de Capítulo

Este segundo capítulo pretende identificar el estado del arte o rastreo bibliográfico detallado del problema de investigación planteado en la parte introductoria, delimitando en el marco de lo posible hasta dónde ha llegado el conocimiento académico sobre la fundamentación de la Política Criminal jurídica colombiana en materia de delitos sexuales con menores de 14 años, exponiéndose de igual manera las tendencias de pensamiento o paradigmas epistemológicos que se han desarrollado al respecto, mismos que exhiben claros representantes así como adelantos y límites en sus estudios. En específico, se pretende cumplir con los siguientes sub-objetivos:

- Identificar los paradigmas epistemológicos de fundamentación de las medidas de Política Criminal jurídica implementadas a nivel nacional en materia de delitos sexuales con menores de 14 años;
- Rastrear e inventariar las leyes penales tanto sustantivas como procedimentales que han conformado y configuran la Política Criminal jurídica nacional en materia de delitos sexuales con menores de 14 años hasta el año 2016 incluido;
- Establecer por medio del análisis asociativo de las leyes que conforman la Política Criminal jurídica nacional en materia de delitos sexuales con menores de 14 años, el paradigma de fundamentación mayoritario.

Estructuralmente, en primer lugar se exponen las dos tendencias de pensamiento identificadas sobre el fundamento para el diseño de la Política Criminal jurídica interna en materia de delitos sexuales con menores de 14 años, estando bajo términos propios la “Populista Punitivista” y la “Penal Constitucional”, rastreando e inventariando de forma posterior la legislación nacional o política penal en Colombia relacionada con los delitos sexuales en estudio, iniciando introductoriamente con una corta pero muy necesaria explicación de lo que debe entenderse por dicha conducta punible, para posteriormente hacer pleno énfasis y análisis de la normativa elaborada posterior al año 1991, calenda en la que entró a regir internamente el vigente modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho. En un último sub-apartado se ubica la normativa nacional en cada uno de los paradigmas epistémicos encontrados, identificando la concepción mayoritaria.

## 2.1 Fundamento “Populista y Punitivista” para la Política Criminal Jurídica en Materia de Delitos Sexuales con Menores de 14 Años

Tomando en términos amplios los conceptos elaborados por Lascurain (2015), la fundamentación de Política Criminal jurídica bajo el paradigma “Populista – Punitivista” puede comprenderse como “aquella forma de lucha contra el crimen que se soporta en el sentir popular y político que implementa leyes penales de forma constante y maximizada para imponer sanciones penales lo más severas posibles o endurecer los procedimientos punitivos”. Deconstruyendo lo anterior, en este paradigma epistemológico el “Populismo Punitivo” (Bottoms, 1995) se utiliza para designar la clara manera como se abandona el acompañamiento de los expertos en el control de la criminalidad para adoptar un manejo completamente politizado de la cuestión penal (Garland, 2005), por lo que la Política Criminal (léase delitos, penas y procedimientos, etc), de ser un asunto de expertos (penalistas, criminólogos, constitucionalistas, etc.), pasa a ser una cuestión de sentido popular en la que todos los ciudadanos están directamente llamados a participar en su formulación. Así las cosas, en esta tendencia la Política Criminal jurídica para hacer frente a la delincuencia se fundamenta materialmente no en el marco del Estado Social y Constitucional de Derecho, sino en el sentir “Populista” (Martínez, 2017) que se materializa en el aumento de las penas o “Punitivismo” y que por lo tanto se resume en la ecuación *Más Delitos = Más Penas*, mismo que se traduce en *Populismo = Punitivismo*.

### 2.1.1 El Populismo Punitivo

En el año 1995 fue publicado un artículo denominado “The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing” en el cual su autor Anthony Bottoms, definió a las respuestas populares y punitivas del delito como “populism punitiveness” (Bottoms, 1995), o lo que en español se conoce como “Populismo Punitivo”. Como en el modelo utilizado por Garland (2005), en esta obra Bottoms atribuye el Populismo Punitivo a las elevadas tasas de criminalidad y a las inseguridades, ansiedades e incertidumbres relacionadas con lo que él, al igual que Garland, denomina la “modernidad tardía”. Al acuñar el término “Populismo Punitivo”, el mentado autor pretendía explicar por qué el gobierno adopta políticas represivas siendo las mismas bien recibidas por el público (Tonry, 2001), por lo que tomando parcialmente a Uribe (2012), puede entenderse más a fondo por Populismo Punitivo al tipo de respuesta penal expresiva que sin asomo de

eficiencia y con fines eminentemente electorales, se usufructúa de las sensibilidades de la clase política dominante (determinadas por contextos de emergencia social propios de la transición política del Estado de Bienestar al modelo neoliberal) y se dirige esencialmente contra miembros de las minorías, de los "otros", para imponerles más sanciones penales como forma de solución presunta de la delincuencia.

Interpretando la anterior definición, se tiene que habrá Populismo Punitivo en una sociedad político criminal determinada cuándo (Uribe, 2012): 1). Se utilice un Derecho Penal expresivo autoritario y expansionista; 2). Sectores políticos dominantes utilicen el Derecho Penal para efectos electorales sin importar las consecuencias de efectividad, o de daño social de la norma; 3). Que exista una particular sensibilidad social producida por la emergencia delictiva emergente; y 4). La sociedad presente una escisión interna que permita diferenciar claramente a la mayoría frente a los grupos marginales, o, en otras palabras, exista un enemigo capaz de invitar a la mayoría a cohesionarse en su contra, a identificarse a raíz de la exclusión del "otro" (Wacquant, 2004). Como señala Bejarano (2011), la propuesta de sancionar con cárcel irredimible a los violadores es taquillera, sobre todo cuando se suelta en el ambiente enrarecido de cada agresión a un menor, pero no es científica, eficaz o inteligente, toda vez que las familias en cuanto oyen de un violador, sin fórmula de juicio, reclaman infierno perpetuo para el agresor, lo cual es comprensible, igual que ocurre cuando se tiene noticia de que un violador está próximo a salir de prisión después de purgar muchos años de detención y cumplir su pena, pues ante esa eventualidad se prenden las alarmas emocionales de la sociedad para pedir a jueces y demás funcionarios a que incurran en toda clase de arbitrariedades con tal de que el "monstruo" siga detenido de por vida.

Se puede interpretar igualmente de Bejarano (2011) que la Política Criminal no puede definirse en las urnas, ni mucho menos bajo la presión de emotivas reacciones contra los delincuentes, ya que esto es lo que en últimas pretenden ideas tales como condenar a cadena perpetua a los sentenciados, idea que se relaciona cuando Bottoms (1995) esbozaba que el uso del Derecho Penal por parte de políticos que buscan sacar réditos electorales defendiendo tesis político-criminales tales como la del incremento en las penas, conllevaría automáticamente al expansionismo del Derecho Penal mas no a una automática reducción de las tasas del delito, presentándose muy a menudo esta tesis dentro del sistema de nuestro país, ya que varios de nuestros políticos realizan este

tipo de proyectos de Ley para generar esa vaga idea que expone que el aumento de la cuantía punitiva reduciría el margen delictual dentro de la sociedad, existiendo detrás de todas estas propuestas el interés particular de aumentar su poderío político y obtener un mayor margen de participación en todos los ámbitos políticos del país (Huertas y otros, 2013), planteamiento reforzado por Peres (2009) cuando señala que el denominado Populismo Punitivo se relaciona con “el pensamiento general de la sociedad encaminado a señalar que el incremento y la imposición de fuertes penas para los victimarios, conllevarían a una reducción de las tasas de delito, alimentándose dicho paradigma, entre otros factores, del sentimiento de inseguridad frente al aumento de los delitos”.

El movimiento populista punitivo, afirma Larrauri (2006), adicionalmente “contiene gran poder de convocatoria”, ya que logra producir un sentimiento colectivo: “nosotros los buenos estamos en contra de los malos y rechazamos el crimen”, ejercicio simbólico que, si bien genera un efecto de solidaridad al combatir la delincuencia, también forja un vacío en respuestas públicas en la medida en que no exige réplica distinta al castigo penal lo más gravoso posible frente a problemas sociales apremiantes, quedándonos con lo inmediato: más castigo como solución, lo cual, afirma Reed Hurtado (2012), lleva a que se utilice la función simbólica del Derecho Penal, es decir, “se producen normas cada vez más severas para aparentar que se hace algo contra el crimen, aunque su eficacia es sólo preformativa”. Así las cosas, el Populismo Punitivo busca, a partir de la creación de conciencia dentro de la sociedad, generar “un sentimiento colectivo en el que se vea la pena como método de solución de conflicto y de disminución del delito, aunque el trasfondo de esta aparente solución sea sacar partido en sus intereses particulares y convertir el tema penal en un instrumento que permita alcanzar aspiraciones políticas” (Cotes y Fuentes, 2013) y eliminar la “paranoia colectiva” que permite la instalación de discursos punitivos que se apartan de las metas programadas y planificadas con el fin de responder a una coyuntura (Zaffaroni, 2001).

El fenómeno “populista y punitivista” se ha manifestado en Colombia con las políticas profesadas por la extinta senadora Gilma Jiménez (QEPD), cuya bandera y legado se ha orientado al castigo penal lo más severo posible para victimarios sexuales de niños, mismo que se ha materializado mediante propuestas incluso reformativas de la Constitución Política para imponer a nivel interno penas de hasta cadena perpetua (Franco y Romero, 2010), proyecto Populista Punitivista de fundamentación de Política

Criminal que ha fracasado en múltiples ocasiones, al punto de que ha habido una movilización de clara oposición en distintas opiniones y por reconocidos expertos como por ejemplo la Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado colombiano (2011), quien en su momento afirmó que tal iniciativa es un “claro ejemplo del punitivismo y autoritarismo electorero”, sin que tales críticas y objeciones logren replantear el paradigma, ya que los herederos ideológicos de Jiménez, entre los que se puede citar principalmente a Johanna Salamanca Jiménez, hija de la Ex – senadora Gilma Jiménez (QEPD), han estado liderando nuevas y más seguidas campañas políticas con los mismos fines e insistiendo en la necesidad de las medidas punitivistas de hasta prisión perpetua para los abusadores sexuales de menores de 14 años.

**Imagen 2-1: Ejemplo de Populismo Punitivo Político**

## AL SENADO

**Yohana S. Jiménez**

Soy la hija de Gilma Jiménez (QEPD). Acompañé a mi mamá en toda su lucha por la defensa de los derechos de los NIN@S y estoy lista para seguir con su legado.

"La Vida de Mi MAMÁ fue: Defender los Derechos de Nuestros NIN@S.  
Mi Vida es: Hacer TODO para que eso se CUMPLA."



## NUESTRA PROPUESTA

La violencia contra nuestros NIN@S es una realidad que se debe seguir visibilizando. Desde que falleció Gilma Jiménez, en junio de 2013, cerca de 100 NIN@S han sido asesinados en Colombia. Miles de NIN@S continúan siendo víctimas de las peores formas de violencia. Es un imperativo moral continuar con la lucha y el legado de Gilma Jiménez.

Nuestra propuesta es continuar con el legado de Gilma Jiménez. Vamos a insistir nuevamente con la prisión perpetua para violadores, asesinos, secuestradores y maltratadores de NIN@S. Vamos a volver a recoger las firmas que nos permitan convocar un Referendo de iniciativa popular, para que sean los mismos colombianos, a través de su voto, quienes decidan si debemos castigar hasta con prisión perpetua los delitos de lesa humanidad cometidos contra nuestros NIN@S. Necesitamos llegar al Congreso para que desde Senado y Cámara se logre la aprobación del Referendo.

Igualmente, vamos a radicar en el Congreso el Código de Paternidad y Maternidad Responsable, último proyecto de ley que construyó Gilma Jiménez y que se propone como una herramienta preventiva frente a la violencia contra los NIN@S. La propuesta establece una sanción social para aquellos papá y mamás que incumplan con sus hijos. Adicionalmente, esta iniciativa crea el certificado de antecedentes paternos y maternos, documento que será obligatorio presentar para acceder a cualquier empleo privado o público.

Nuestra propuesta es continuar en la defensa por los derechos de los NIN@S con la misma contundencia y vehemencia que lo hizo Gilma Jiménez. Es necesario seguir denunciando la vulneración de derechos de los NIN@S y visibilizando los casos.

Nosotros vamos sin vacilaciones por la defensa de los derechos de los NIN@S. Vamos por el Referendo de prisión perpetua para violadores y asesinos. Vamos por la garantía y el respeto pleno de los derechos de los NIN@S.

**POR FAVOR MARQUE ASÍ AL SENADO:**

PARTIDO SOCIAL DE UNIDAD NACIONAL



Partido de la U

PREFERENTE

100

**Fuente:** <http://www.partidodelau.com/> - Consultado el 02/10/2016



### 2.1.2 Punitivismo de Estado

Según afirma Bottoms (2007), cuando se habla de Populismo Punitivo se refiere en general a las situaciones en las que los gobernantes hacen uso del Derecho Penal guiados por tres asunciones: a) que mayores penas pueden reducir el delito; b) que las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad; y c) que hay unas ganancias electorales producto de esto. Y es precisamente en este último tiempo, tal como afirma Troncoso (2013) donde todos los actores políticos, con independencia de sus ideologías, están asistiendo a solucionar las distintas problemáticas sociales por medio de métodos punitivos, siendo este fenómeno denominado por Guerrero (2004) citando a Denis Salas como la “patología de la democracia”, a tal punto que “ha transformado la política en un proceso demagógico, con intensiones disimuladas hacia un disciplinamiento social consonante a un sistema económico de libre mercado, y donde se destaca un resurgimiento de dogmas autoritarios fundados en la seguridad social”. Advierte igualmente Troncoso (2013) que es común que componentes del aparato estatal salgan a pregonar el uso, de manera populista, del Derecho Penal, acentuando la estigmatización del “delincuente” como un enemigo no-persona.

Es así como por ejemplo e interpretando lo dicho por Troncoso (2013), que a nivel interno escuchamos a muchos políticos, administrativos e incluso altos mandos policiales exigiendo la recurrente imposición de penas severas que incluso vayan a perpetuidad, demostrándose que no es muchas veces la opinión pública la que marca la dirección de las preocupaciones o respuestas de la contingencia nacional, sino más bien son los propios entes estatales quienes focalizan las medidas punitivistas en el tema de la lucha contra la delincuencia, produciendo un verdadero síntoma de inseguridad en la sociedad. Este continuo “síndrome”, complementa Troncoso (2013), es lo que se puede denominar “populismo penal” o en palabras propias, punitivismo de Estado, entendiéndose como un proceso de elaboración de peligrosidad social imaginaria desde el mismo Estado, tendiente a ocultar problemáticas socioeconómicas reales y haciendo uso del Derecho Penal como reacción-remedio inmediato. En Colombia, funcionarios estatales de alto nivel que van desde el mismo Presidente de la República, el Fiscal General de la Nación (FGN), el Procurador General de Nación (PGN), la Directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) entre muchos otros más de turno, participan directa e indirectamente desde sus cargos en la promoción de medidas populares punitivas.

**Imagen 2-2: Ejemplo de Populismo Punitivo de Estado 1**

**Fuente:** <http://www.elheraldo.co/> - Consultado el 08/10/2016

Un simple ejemplo de lo anterior lo representa la intervención pública hecha en el año 2015 por parte del en su momento Director de la Policía Nacional de Colombia, Ex - General Rodolfo Palomino López, quien propuso en medios que las penas para asesinos o abusadores sexuales de niños fueran la misma muerte, primero, y luego, al parecer corrigiendo su idea inicial, la prisión a perpetuidad (El Espectador, 2015). Esta clase de opiniones e intervenciones por parte de funcionarios de gran reconocimiento alimentan el clamor social en búsqueda de penas expansionistas para los delitos de mayor reproche como lo representan los sexuales con menores de 14 años. Al respecto refiere Torres (2010) que por su evidente calidad de funcionarios “estos se encuentran en la disyuntiva de responder a la ubicación contradictoria entre el dominio administrativo y el dominio político, pues dirigen o asesoran muchos organismos públicos y son responsables por sus acciones”, ya que “los altos funcionarios al fin de cuentas son también entes políticos que deben producir resultados de impacto frente a quiénes los nombraron”, y “sí son elegidos por medio popular (Ej. Miembros del Congreso) muchas veces representan a los partidos políticos a los que pertenecen”, por lo que su posición muchas veces requiere que simultáneamente satisfagan intereses bastante diferentes a los político públicos.

Imagen 2-3: Ejemplo de Populismo Punitivo de Estado 2

EE NOTICIAS OPINIÓN ECONOMÍA DEPORTES ENTRETENIMIENTO VIVIR MUJER TECN

JUDICIAL 16 FEB 2015 - 3:57 PM

## General Palomino aclara su propuesta de pena de muerte

En su lugar, sugiere la cadena perpetua para delitos atroces.

Por: Redacción Judicial

COMPARTIDO

12

Twitter

f

g+

INSEERTAR

Foto: Archivo El Espectador

Luego de que propusiera abrir el debate sobre la **pena de muerte** contra quienes incurran en delitos atroces, en especial cuando involucran a **menores de edad**, el director de la Policía Nacional, general Rodolfo Palomino, se aclaró su posición y aseguró que, en lugar de ello, sugiere la **cadena perpetua**.

Fuente: <http://www.elespectador.com> - Consultado el 16/02/2015

Sobre el tema Garland (2005) en su famosa obra “La Cultura del Control: Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea” asevera que las transformaciones en la manera de concebir el delito, de entender al delincuente y hacer justicia penal dependen no sólo de la “política” sino también de la “cultura”, asegurando que el objetivo analítico de su publicación no resulta ser otro que su afirmación normativa fundamental: “es permitir a los lectores mirar, más allá de los políticos y diseñadores de políticas públicas, las condiciones sociales y culturales que estructuran las decisiones políticas y hacen que ciertos esquemas sociales parezcan posibles y deseables”. En este orden de ideas, y bajo un imperio del miedo a nivel mundial exportado desde los Estados Unidos a raíz de los trágicos hechos del 9/11 en la ciudad de Nueva York, e interpretando a Diez (2009), se ha comenzado a crear en nuestro país un síntoma de inseguridad social insostenible empíricamente, donde uno de los agentes de mayor incidencia son, sin lugar a dudas, el propio Estado y sus funcionarios junto con los medios de comunicación, quienes por medio de la “agenda de los medios”, o técnicamente conocida como “Agenda Stting”, representan un país gobernado y legislado por y para el miedo que se le tiene entre otros muchos factores, al delito.

Aprovechándose de esta inseguridad y en el clamor popular de castigar lo más severo posible a los delincuentes que generan miedo al delito, afirma Ferrajoli (2007) que “las políticas legislativas (entendiendo que el tema de la delincuencia es una fecunda fuente de electores) centran su trabajo en la “paz social” o como mejor se conoce en tiempos recientes, en la denominada “seguridad ciudadana”, priorizando la persecución penal extendida por encima del modelo y fines del Estado”, pareciendo tener coherencia en este discurso en Colombia, ya que es de evidencia pública la petición popular para que sobre el claro delincuente sexual de un menor de 14 años recaiga todo el aparato persecutor, atendiendo a que aquél no es un victimario normal dueño y sujeto de garantías fundamentales, sino que por el contrario es un “monstruo” (Cruz, 2014) repudiable al que hay que declararle la guerra para su erradicación o encierro perpetuo a como dé lugar, pensamiento populista que de un considerable tiempo atrás ha empezado a gobernar los discursos político criminales nacionales como casi que la única forma de controlar dicho delito y proteger la niñez, paradigma que desdeña el vuelco de nuestra Política Criminal hacia un “Derecho Penal del Enemigo” que, si bien es un término atribuido a Günther Jakobs, no es más que el viejo esquema del “enemigo del pueblo” y del modelo penal nazi del “tipo normativo de autor” (Ferrajoli, 2007).

Con lo dicho, se reafirma en esta línea teórica que la fundamentación populista a la legislación penal que conforma la Política Criminal jurídica interna para prevenir y sancionar los estudiados delitos sexuales con menores de 14 años es prevalentemente consecuencia de las ideas sueltas de la sociedad en general, en la que se incluye mayoritariamente a los políticos, a algunos altos y medios funcionarios del Estado y en general a la opinión pública carente de consenso, siendo sin duda, la dinámica en dirección legisladores-pueblo la que prima en la formulación e implementación del programa político criminal sobre la materia, mismo que es fruto de una fuerte y marcada actividad de manipulación mediática y electoral que crea y potencia imaginarios comunes y no jurídicos de lucha y sanción penal y que se ven así mismo influenciados por el constante miedo al delito que experimenta actualmente la sociedad colombiana, contexto que desemboca en la puesta en marcha en las cada vez más recurrentes y populares iniciativas de ampliación punitiva de la normatividad sustantiva y procesal penal, mismas que en los últimos meses y años conforman el núcleo central de casi todas las propuestas de la mayoría de los políticos que impulsan en sus campañas propuestas político criminales para ser elegidos por medio de voto democrático (Torres, 2010).

### 2.1.3 Punitivismo de Mass-Media

La percepción del sistema penal en su conjunto por parte de la ciudadanía se produce según Alsina (1999), a través de dos canales: la experiencia directa con dicho sistema o la experiencia vicarial facilitada por ciertos intermediarios, entre los que actualmente juega un papel protagonista los medios de comunicación de masas o Mass-Media, fenómeno de masificación de la comunicación donde las noticias sobre el delito sexual sobre niños provoca gran impacto social que no suscitan otros aspectos más positivos y menos dramáticos del acontecer social, demanda que es satisfecha según Landrove (2009), “cumplidamente por tratarse de informaciones baratas y fáciles de conseguir”, lo que lleva según el mismo autor a que dichos medios “comercialicen sus productos económicos” por medio de la criminalización y su prevención, toda vez que desde su privilegiada situación y por mera avidez lucrativa o vinculación política, “transmiten con frecuencia y al dictado imágenes sesgadas de la realidad”, incrementando la sensación de inseguridad y alarma social, incluso informando selectivamente sobre pretendidas “olas de criminalidad” que muchas veces no coinciden con la realidad delictiva reflejada en las estadísticas o en las investigaciones de los profesionales.

En efecto, la Política Criminal vigente en Colombia sobre los delitos sexuales con menores de 14 años está ampliamente condicionada por los medios de comunicación de masas y no pocas reformas legislativas se acometen para deliberar e incluso acoger las soluciones por ellos propuestas, resultando como ejemplo para ilustrar tal situación, la propuesta de referendo para la imposición de hasta la cadena perpetua para victimarios de delitos sexuales en contra de niños y niñas propuesta originariamente por la Ex – Senadora Gilma Jiménez, pero ampliamente impulsada desde sus agendas informativas por entre otros, por Rafael Santos Calderón, Ex - Codirector del diario El Tiempo, que es el diario privado de mayor circulación nacional, Guillermo Prieto Larrota “Pirry”, Director Especiales Pirry RCN TV, quien en varias oportunidades dedicó programas enteros a narrar hechos de violencia y abuso sexual en contra de menores, Yamid Amat Ruiz, Director CM& Noticias, noticiero nacional que se transmite en una cadena de televisión pública y Rodrigo Pardo García – Peña, Director de la desaparecida Revista Cambio, etc, quienes además hicieron parte en el comité promotor del citado referendo, asegurando desde sus oficios informativos, la concreción de un malestar social generalizado que exigía un amplio proceso comunicativo de intercambio de opiniones e impresiones.

**Imagen 2-4: Ejemplo Populismo Punitivo de Mass Media**



**Fuente:** *Varias en Línea - Elaborado el 06/10/2016*

En ejemplos como el anterior es que vemos como en gran y difundida medida la alarma social es un producto del tratamiento informativo de los medios de comunicación de masas, que en términos de Landrove (2009), “no se limitan a pulsar el estado de la opinión pública, sino que contribuyen decisivamente a su configuración”, al punto que en muchas ocasiones transmiten una imagen de la realidad en la que lo lejano y lo cercano tienen una presencia casi idéntica, provocando por ello percepciones muchas veces inexactas y sensaciones de impotencia ante la dramatización casi que morbosa del fenómeno social del abuso sexual de menores, generando con ello inseguridad subjetiva que se traduce en lo que gráficamente suele denominarse una legislación político criminal “a golpe de telediario”, fruto de la incorporación del marketing a la vida social a través de los diversos canales de comunicación (dependientes en no escasa medida, de la publicidad institucional) que terminan convirtiéndose en parte del problema al inundar los medios con noticias muchas veces mal intencionadas o erróneamente transmitidas sobre uno de los delitos que sin lugar a dudas mayor repudio social genera en Colombia, incluso por encima de las conductas ejercidas contra los derechos humanos o el Derecho Internacional Humanitario (DIH), masificación informativa que impacta el diseño de la Política Criminal jurídica a implementar por parte del Estado en la materia.

Y es que a nivel interno y en esa ansiosa búsqueda de respuestas para afrontar la permanente y progresiva delincuencia sexual sobre los menores de 14 años, es que han surgido múltiples interpretaciones (Pöggeler, 1997) sobre tan preocupante temática, entre la que se destaca preponderantemente y sin lugar a dudas la populista, misma que como se ha señalado, se materializa en el fenómeno punitivista y que se fundamenta en el sentir colectivo generado por la perversión creciente de las pasiones, por la ferocidad que exhiben los delincuentes en la consumación del delito sexual sobre los menores y por la calidad de indefensión e inmadurez que ostentan las víctimas (Santos, 2006), y que jurídicamente se plasma en el expansionismo del Derecho Penal y el funcionalismo formal mas no material de la Política Criminal, resultando esta forma de fundamentación constantemente alimentada por algunos medios de comunicación que con gran poder de convocatoria difunden sin límites postulados punitivistas entre las masas que asediadas por la delincuencia creciente los reciben sin entenderlos con algún síntoma de claridad, paradigma que bajo los postulados teóricos presentados por Zimring & Hawkins (2004), generan iniciativas que se promueven con base en el miedo al crimen y los criminales, como la reiterada para introducir la cadena perpetua en Colombia (Huertas, 2013).

#### **2.1.4 Punitivismo Local: Los Muros de la Infamia**

El Acuerdo 280 del 8 de mayo 2007 proferido por el Concejo de Bogotá y por medio del cual adoptó medidas para la protección, garantía y restablecimiento de los derechos de las niñas y niños en el Distrito Capital, estableció en su momento ciertas medidas de publicidad frente a los abusadores sexuales de niños, con el objetivo teórico de “proteger, garantizar y restablecer los derechos de las víctimas de estos delitos”, consistentes en la instalación de vallas y muros, con nombres y foto reciente de los condenados por los delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales cuyas víctimas han sido menores de edad en Bogotá. Expresamente decía la norma:

“CONCEJO DE BOGOTA, D.C.

ACUERDO No. 280 DE 2007

(8 DE MAYO DE 2007)

ARTÍCULO PRIMERO. Instálense en el Distrito Capital espacios físicos a través de los cuales la Administración Distrital contribuirá, en los términos

definidos en los artículos siguientes, a la protección, garantía y restablecimiento de los derechos de los menores de edad relacionados con su libertad, integridad y formación sexuales.

ARTÍCULO SEGUNDO. Los espacios físicos de que trata el artículo anterior tendrán las siguientes características:

1. Muros: Estarán ubicados en zonas destacadas, relevantes, de alto flujo vehicular y/o peatonal y tendrán un área no inferior a 10 metros cuadrados; se instalará uno por cada localidad.

2. Vallas: Estarán ubicadas en las vías principales de alto flujo vehicular; se instalarán dos como mínimo por cada localidad.

ARTÍCULO TERCERO. En los espacios físicos determinados en los dos artículos anteriores se divulgará la siguiente información: nombres y foto reciente de los condenados por los delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales, cuyas víctimas han sido menores de edad en Bogotá, los delitos cometidos, la condena impuesta y la edad de las víctimas. Las fotografías de los condenados serán de tamaño de pliego como mínimo.

ARTÍCULO CUARTO. La información a que se refiere el artículo anterior se difundirá, mediante volantes que se repartirán durante la primera semana de cada trimestre del año, en sitios de alta afluencia de público. Adicionalmente, estos volantes serán distribuidos dos veces al año, adjuntos a las facturas de los servicios públicos domiciliarios.

ARTÍCULO QUINTO: El Gobierno Distrital en el marco del mes de las niñas y los niños, el último lunes de abril de cada año, presentará a la opinión pública en los diferentes medios de comunicación de amplia circulación, escritos, televisivos y radiales, los nombres y las fotografías recientes de todos los condenados en Bogotá durante el año anterior, por delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales, cuyas



víctimas hayan sido menores de edad, los delitos cometidos, las condenas impuestas y la edad de las víctimas.

ARTÍCULO SEXTO: Corresponderá a la Secretaría de Gobierno dar ejecución al presente Acuerdo, en coordinación con las entidades distritales que tienen presencia institucional en las localidades...”

En lo que concierne a la constitucionalidad de la norma, como ya se señaló, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-061 de 2008 declaró inexecutable el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006, que contemplaba la medida de “divulgación televisiva de los nombres completos y fotografía reciente de las personas condenadas en el último mes por cualquiera de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, cuando la víctima haya sido un menor de edad”, por lo que de esta forma, la declaratoria de inexecutable de una norma legal que contempla una medida de similares características a la prevista en el Acuerdo 280 de 2007, refuerza el planteamiento de absoluta carencia de proporcionalidad de la medida local aquí examinada.

**Imagen 2-5:** *Ejemplo de Valla de la Infamia en Bogotá*



**Fuente:** <http://lanacion.com.co> - Consultado el 02/11/2016

Al respecto refieren Franco y Romero (2016) que este tipo de medidas de Política Criminal “ha demostrado cómo con el ejercicio del poder punitivo se pueden presentar violaciones a los derechos fundamentales en dos sentidos: por una parte, se desborda la práctica del poder punitivo desconociendo los derechos mínimos e inalienables del ser humano”; y por otra parte, porque “la medida llamada a controlar la delincuencia continua resulta ser deficiente, en cuanto el Estado no logra proteger los derechos de las víctimas reales o potenciales”, o en su defecto contraproducente, “porque en lugar de controlarlo lo reproduce” (Martínez, 1999), implicando que la reducción de Política Criminal en simplemente una política penal conduce hacia una respuesta esencialmente simbólica, por cuanto éste no puede llegar a intervenir sobre la causas de los conflictos, sino únicamente sobre los efectos al intervenir sobre personas y no sobre situaciones, siendo reactiva (implica simbólicamente un ritual de venganza) y no preventiva (Baratta, 2003) dicha respuesta, adicionado Franco y Romero (2016) que como su nombre lo indica, “los denominados muros o vallas de la infamia tienen un claro espíritu de venganza, exclusión y rechazo, generando en el colectivo popular un sentimiento de identidad efímero que se expresa en términos de violencia y agresión contra los victimarios”.

### **2.1.5 Iniciativas Populistas Nacionales**

En Colombia la tendencia de Política Criminal fundamentada en el paradigma “Populista – Punitivista” para hacer frente a los delitos sexuales con menores de 14 años ha sido desarrollada en múltiples oportunidades por un amplio número de representantes populares, mismos que han logrado construir una clara línea de pensamiento jurídico sobre el tema. Es así como a nivel interno una de las pioneras y principales representantes de esta forma de criminalización fue la ex – senadora Gilma Jiménez Gómez (QEPD), quien para el año 2008 inscribió mediante Resolución número 4892 de la Registraduría Nacional del Estado Civil, un “Comité Promotor del Referendo para Modificar el Artículo 34 de la Constitución Política” con miras a incorporar la pena de hasta prisión perpetua para castigar entre otros, los delitos sexuales con menores de 14 años. El mentado Comité estaba integrado específicamente por (Senado de la República, 2009):

- Mario Iguarán Arana. Fiscal General de la Nación;
- Edgardo Maya Villazón. Ex Procurador General de Nación;

- Elvira Forero Hernández. Directora ICBF;
- Rafael Santos Calderón. Codirector diario *El Tiempo*;
- Rodrigo Pardo García-Peña. Director Revista *Cambio*;
- Guillermo Prieto Larrota. Director Especiales *Pirry* RCN-TV;
- David Luna Sánchez. Representante a la Cámara;
- Edmundo del Castillo. Secretario Jurídico de la Presidencia de la República;
- Simón Gaviria Muñoz. Representante a la Cámara;
- Yamid Amat Ruiz. Director CM&-Noticias;
- Juan Martín Caicedo Ferrer. Presidente Cámara Colombiana de la Infraestructura;
- Martha Esperanza Ordóñez. Delegada de las Víctimas;
- Fernando Rojas Rodríguez. Concejal de Bogotá;
- Alfonso Prada Gil. Asesor Jurídico del Referendo; y
- Gilma Jiménez Gómez (QEPD). Vocera Comité Promotor del Referendo.

El día 18 de febrero del año 2009 fue presentado ante la Secretaria General de la Honorable Cámara de Representantes de Colombia el Proyecto de Ley número 260 con su correspondiente exposición de motivos, mismo que contenía la propuesta y argumentación de Referendo promovida por el Comité promotor creado para el efecto, iniciativa legislativa que una vez tramitada finalmente desembocó en la Ley 1327 de 15 de julio de 2009 la cual señalaba textualmente el siguiente contenido (Senado de la República, 2009a):

“LEY 1327 DE 2009

“Por medio de la cual se convoca a un Referendo Constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional.

“EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

“ARTÍCULO 1º. CONVOCATORIA. Convócase al pueblo colombiano para que en desarrollo de lo previsto en los artículos 374 y 378 de la Constitución Política, mediante Referendo Constitucional decida si aprueba el siguiente

“PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO

“El pueblo de Colombia

“DECRETA:

“El artículo 34 de la Constitución Política tendrá un tercer inciso que quedará así:

“En relación con los delitos de homicidio doloso, violación y explotación sexual, lesiones personales agravadas y secuestro cometidos contra menores de 14 años y menores de edad con discapacidad física y/o mental, se podrá imponer hasta la pena de prisión perpetua, de acuerdo con la ley. (Subrayado fuera de texto).

“PARÁGRAFO. El Estado, a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, formulará y aplicará una política de prevención tendiente a evitar la Comisión de Delitos contra Menores de Edad.

“Aprueba usted el anterior inciso:

“Sí ( )                      No ( )                      Voto en blanco ( )

“ARTÍCULO 2º. La presente ley regirá a partir de la fecha de su promulgación”.

El Comité promotor sustentó en su momento la iniciativa (Senado de la República, 2009) señalando que “el futuro de la sociedad estaba en peligro, y que por ello se necesitaba un cambio profundo en la estructura constitucional colombiana y en el ordenamiento jurídico en general”, estableciendo una excepción a la prohibición de

imponer la pena de prisión perpetua, considerando que los delitos que se enunciaban merecían el repudio total de la sociedad por afectar su núcleo mismo, abriéndole la posibilidad al Juez al determinar la gravedad del delito, de considerar que la pena a imponer no tiene una función rehabilitadora permitiendo la imposición de una sanción que en términos temporales sea equivalente a la vida del delincuente. Así mismo señalaron los congresistas, que “en el modelo de Estado social y democrático de derecho del cual parte nuestro sistema político y jurídico, según el artículo 1º de la Constitución, la pena ha de cumplir una misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes jurídicos, suponiendo la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos y delitos que atenten contra estos bienes” (Congreso de la República, 2008).

**Imagen 2-6:** *Publicidad Referendo Prisión Perpetua en Colombia*



**Fuente:** <http://www.parati.com.ar> - Consultado el 13/11/2016

La teoría planteada igualmente refería que “el Derecho Penal debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado Social), entendidos como aquellos comportamientos que el orden jurídico califica como dañinos para sus bienes jurídicos fundamentales, en la medida en que los considera graves, pues, un adecuado *Sistema de Política Criminal*, debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad”, siguiéndose de ello, que “la Constitución Política conduce a un Derecho Penal llamado a desempeñar, dados unos presupuestos de garantía de los derechos del procesado y del sindicado, una función de prevención general, sin perjuicio de la función de prevención especial, por lo que la función de la pena debe examinarse en el momento estático de su descripción legislativa y en el dinámico de su efectiva aplicación, toda vez que en el primero, la pena cumple una función preventiva mientras en la segunda, la potestad punitiva del Estado se hace presente mediante la imposición de la pena en concreto con la represión que implica castigar con el rigor requerido, aquellos delitos abominables cometidos contra la libertad y formación sexual de los menores de 14 años” (Senado de la República, 2009).

En su momento igualmente consideraron los proponentes que “el ejercicio del *Ius Punendi* en un Estado democrático no puede desconocer las garantías propias del Estado de Derecho, esto es, las que giran en torno al principio de la legalidad, pero al mismo tiempo, debía añadir nuevos cometidos que vayan más allá del ámbito de las garantías puramente formales y aseguren un servicio real a los ciudadanos”, por lo que el “Derecho Penal en un Estado social y democrático no puede renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla para la verdadera defensa de los ciudadanos y de todas las personas residentes en el territorio nacional” (Senado de la República, 2009), labor que debía ser articularla con los derechos superiores de los menores, toda vez que estos por sus especiales condiciones, “se encuentran en situaciones objetivas de inferioridad y por ello están sometidos a unos mayores nivel de vulnerabilidad de sus derechos, por lo que requieren un tratamiento jurídico preferencial, recordando que son siempre *sujetos cualificados* de derechos y considerando que la idea del aumento máximo de las penas genera congruencia con las diferentes necesidades punitivas de nuestra sociedad, permitiendo de una vez por todas crear un orden legal proporcionado y consonante con la gravedad y el daño social que ocasionan los delitos contra nuestros niños” (Congreso de la República, 2008).

Es de señalarse que la Ley 1327 de 2009 fue remitida para su control superior ante la Corte Constitucional de Colombia, alto tribunal que por medio de la Sentencia C-397 del 25 de mayo de 2010 la declaró inexecutable por errores insubsanables de procedimiento, regresándolo consecutivamente al Legislativo para que los corrigiera, por lo que en marzo del 2011 el proyecto de referendo regresó al Congreso, pero solo surtió los dos primeros debates hasta que la Comisión Primera de la Cámara lo hundió con 14 votos en contra y solo 10 a favor. No obstante la inviabilidad jurídica, recientemente, más exactamente en el mes de agosto de 2015, los Honorables Representantes a la Cámara Efraín Antonio Torres Monsalvo, Óscar Fernando Bravo Realpe, Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza, Jairo Enrique Castiblanco Parra, Carlos Arturo Correa Mojica, Marta Cecilia Curi Osorio, Alexander García Rodríguez, Nery Oros Ortiz, Ana María Rincón Herrera, Eduardo José Tous de la Ossa, Albeiro Vanegas Osorio, Martha Patricia Villalba Hodwalker y Berner León Zambrano Erazo, radicaron ante el Congreso de la República y para su consideración, el Proyecto de Acto Legislativo número 029 de 2015 Cámara, *por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua*, el cual pretendía “dotar al legislador de una nueva herramienta punitiva dentro del abanico de posibilidades que tiene para la elaboración de la Política Criminal” (Senado de la República, 2015a). Concretamente, el texto propuesto era el siguiente:

“ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 029 DE 2015

*Por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua.*

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Modifíquese el artículo 34 de la Constitución Política, el cual quedará así:

*Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro y confiscación.*

No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social.

De manera excepcional, se podrá imponer pena de prisión perpetua en los eventos en los que la gravedad del delito lo amerite. En todo caso, la pena será revisable en los términos y condiciones que establezca la ley. (Subrayado fuera de texto).

Artículo 2°. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación”.

Jurídicamente esta nueva propuesta de maximización punitiva se fundamentó en el hecho de que la prohibición constitucional de prisión perpetua como principio rector o un principio mínimo del Derecho Penal, no es una máxima a nivel mundial, ni se trata de un derecho o garantía de las consideradas como fundamentales por las diferentes declaraciones de derechos humanos, toda vez que “de la revisión de la DUDH del año 1945, así como del Pacto de San José del año 1969, se concluye que en ningún evento se limita o se establece la prohibición de imponer penas de prisión perpetua” (Senado de la República, 2015a). De la misma manera se referenció que de la lectura del artículo 77 del Estatuto de Roma de 1998, “salta a la vista como este tipo de medida coercitiva es aceptada a nivel penal internacional y no puede ser considerada como afectadora de la dignidad humana de las personas procesadas”, tal como se aprecia de la normativa:

*Artículo 77. Penas aplicables*

*1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes:*

*a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o*



*b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. (Subrayas y negrilla fuera del texto original)...”*

Aunado a lo anterior, los proponentes señalaron que una vez analizado el contexto internacional, es preciso resaltar, que, “a diferencia de las anteriores iniciativas similares tramitadas ante el Congreso, la propuesta de supresión de la prohibición de la prisión perpetua en nuestra Constitución Política es respetuosa de las garantías penales, de la siguiente manera” (Senado de la República, 2015a):

- *“Frente al principio de proporcionalidad:* En este evento no se está imponiendo una sanción objetiva por determinada conducta, ya que solo se está habilitando la regulación de este tipo de sanción de manera excepcional, atendiendo la gravedad del delito y siempre con revisión de la medida en el término que señale el legislador.
- *Frente a la función resocializadora de la pena:* Al establecer que la medida tendrá que ser revisada en el término que señale el legislador, se está garantizando la función resocializadora de la pena, ya que esa revisión garantizará que en el caso de que se haya logrado la resocialización del individuo de manera cabal, el mismo pueda ingresar nuevamente a la sociedad rehabilitado plenamente. Este aspecto se replica de lo contenido en el artículo 77 del Estatuto de Roma.
- *Frente a la dignidad humana:* La pena de prisión perpetua es respetuosa de la DUDH, así como de la CADH, y se encuentra prevista como sanción por parte de la Corte Penal Internacional (CPI). Igualmente, la misma se encuentra prevista por gran cantidad de Estados a nivel internacional, por lo que no se estima que esta medida sea violatoria del principio de la dignidad humana.
- *Frente a una Política Criminal coherente:* Con el proyecto de acto legislativo, no se está imponiendo de manera automática esta clase de pena perpetua, sino que solo se está habilitando al legislador, para que de manera excepcional haga uso de una herramienta viable dentro del abanico de opciones normativas”.

Un argumento final de esta propuesta de Acto Legislativo refirió a que sin atender a lo que denominan “Populismo Punitivo”, buscaba “abrir el debate legislativo acerca de la habilitación de la pena de prisión perpetua dentro de las opciones normativas para la prevención y sanción interna a las conductas más gravosas que se presentan en nuestro país, ya que es un reclamo de la sociedad la implementación de medidas drásticas para los actos de mayor reproche” (Senado de la República, 2015a).

Así las cosas, puede señalarse del anterior análisis que emplear el paradigma populista y punitivista para prevenir el fenómeno creciente de abuso sexual de niños en Colombia implica hacer a un lado el modelo de Estado Social incorporado por la Constitución Política de 1991 para poner en su lugar el modelo que Peres (2009) ha denominado “Estado Penal”, en el que las políticas sociales como estrategia para solucionar la conflictividad seden ante las penales, las cuales están orientadas a la implementación de sanciones lo más severas posibles y que tienen como centro del discurso no la niñez sino la prisión, paradigma político criminal que en términos de Garland (2005), “fomenta la expansión de las penas privativas de la libertad lo que a su vez conlleva la recuperación de las tesis retributivas de sanción que incapacitan a los delincuentes considerados más violentos” y en las que siguiendo los planteamientos expresados por Newburn y Jones (2005), se pueden extraer tres mensajes político-electorales: “a)- Los temas criminales tienen potencial para ser cuestiones centrales en los debates políticos; b)- Los gobernantes o políticos tienen que demostrar a cualquier costa que son duros contra el crimen; y, c)- Aunque las propuestas político-criminales de los partidos políticos contengan soluciones “welfaristas”, éstas no deben aparecer como parte de la Política Criminal cuyo discurso debe centrarse en la dureza contra el crimen”.

## **2.2 Fundamento “Penal y Constitucional” para la Política Criminal Jurídica en Materia de Delitos Sexuales con Menores de 14 Años**

Interpretando a Berchemann (2003), la fundamentación de Política Criminal bajo el paradigma “Penal – Constitucional” es la que encuentra y soporta sus bases en los institutos propios del Derecho Penal, mismos que están condicionados a los postulados de una Carta Magna de corte democrático, toda vez que si la Constitución representa el principal indicador de la política social que debe existir en un Estado, el parámetro de

validez de la Política Criminal que aquel implemente a su vez ha de sustentarse en las normas constitucionales que apunten al ideal del Estado Social y Constitucional de Derecho, mismo que se utiliza para designar la manera como se maneja el control de la criminalidad, por lo que la Política Criminal (léase delitos, penas y procedimientos, etc), de ser un asunto meramente populista y político pasa a ser una cuestión eminentemente jurídica, razón por la cual los expertos (penalistas, criminólogos, constitucionalistas, etc.) están llamados a participar en la formulación de dicha política pública, tendencia para hacer frente a la delincuencia en aumento que se fundamenta no en el sentir social o “Populista” que se materializa en el aumento progresivo de las penas o “Punitivismo”, sino en la integración plena entre del Derecho Penal y la Constitución Política, fusión armónica que se materializa en el respeto y garantía de los derechos fundamentales de todos los implicados y que se resume en la ecuación *Derecho = Garantías*.

### 2.2.1 Principios Jurídicos Fundamentales

En un Estado que se precia respetuoso de las obligaciones convencionales sobre derechos humanos como el colombiano y que se basa en una Carta que consagra un amplio catálogo de derechos fundamentales, nadie puede ser definido como no persona sujeto de derechos, aunado a que en el Derecho Penal, la concepción estructural del ser humano debe ser desarrollada desde su consideración *per se*, mas nunca desde un plano normativo o jurídico, ya que el Derecho como regulación de conductas humanas debe desplegarse con base en criterios ónticos de la persona, como ser responsable, pues de lo contrario sería un mero dispositivo de fuerza y coacción (García, 2005), por lo que esta idea se relaciona con la doctrina del “garantismo en materia penal”, el cual se corresponde en términos de Ferrajoli (2006), con la noción de un Derecho Penal mínimo, que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado.

En este sentido, en la elaboración y aplicación de normas penales, no basta con la simple promulgación de normas formalmente válidas, sino que, como afirman Bustos y Hormazabal (2012), “es necesario que las leyes sobre procesos de criminalización se desprendan del Estado constitucional para que sean también materialmente válidas”, pero pareciera que estas políticas comienzan a contar con la aquiescencia electoral, quienes cegados por otros intereses están cada vez más dispuestos a limitar las garantías individuales en aras de la seguridad, lo que hace más peligroso todo el

problema, pues se asume la idea nefasta relacionada con que la voluntad de la mayoría debe imponerse por sobre la minoría, lo que puede resultar un total desconocimiento a garantías que costaron muchos siglos obtener, a lo que Troncoso (2013) señala que "la repetida estigmatización de la persona en estereotipos solo contribuye a una segregación social basada en el odio e intolerancia hacia el "traficante", el "ladrón", el "violador", etc.", quienes a pesar de sus muy reprochables y sancionables conductas igual son y seguirán siendo seres humanos y como tal gozan de todas las garantías individuales de quienes poseen aquel estatus.

Bajo la anterior perspectiva, los encargados de diseñar y formular las políticas públicas en lo criminal del Estado nacional deben convencerse de una vez por todas que las personas están por sobre los sistemas, por lo que las soluciones a las problemáticas socio-normativas deben tener como fin al individuo, y no como un medio, adicionado a que tal como se desprende de Troncoso (2013), los actores políticos deben abandonar el actual discurso esquizofrénico argumental que hoy sostienen, ya aquél caos que nos han representado es falso o carente de fundamento jurídico, en el claro entendido que la delincuencia es solo un problema social que como ayer, hoy existe en nuestro país, por lo que su intervención debe primero ir por medio de políticas públicas extra-judiciales y solo hacer uso del Derecho, en particular del Derecho Penal y sus disciplinas como última alternativa de uso, considerándose que la educación, la cultura, la salud y la justa distribución de riquezas son la mejor y más efectiva política de desarrollo social, a lo que hay que adicionar que dicha construcción puede incluso adentrarse en el debate de lo que se cree y entiende del crimen y no sobre el crimen en sí, toda vez que construimos referentes sociales muchas veces erróneos o incompletos y cedemos muchos de nuestros derechos como ciudadanos de bien para que se haga frente como sea, cuando sea y sobre lo que sea a todo "lo indeseado" (Reed Hurtado, 2012), con el fin de lograr una mejor convivencia social.

Zimring y Hawkins (2004) se preguntaban: ¿Qué estrategias puede utilizar un gobierno constreñido por los límites al poder para tentar a sus ciudadanos para que remuevan o reduzcan esos límites? ofreciendo enseguida esta respuesta: "El miedo al delito y a los criminales es una técnica obvia para lograr el resultado, lo que genera un motivo fuerte para que los gobiernos que buscan poder adicional exageren el peligro del delito y de los criminales". Al respecto Reed Hurtado (2012) señala en detalle que "sí bien

el aumento de las penas genera un efecto de solidaridad al combatir la delincuencia, también forja, por un lado, una clara contradicción al principio de Derecho Penal de acto y no de autor acogido en la mayoría de las legislaciones represivas modernas, y por otro, un vacío en las respuestas públicas al no existir réplica distinta al castigo penal lo más gravoso posible como política enérgica para afrontar problemas sociales apremiantes”, situación que puede llevar a pensar que siempre nos quedamos con lo inmediato: más castigo como solución, empleando de esta forma la normativa penal de forma meramente simbólica, es decir, se producen normas cada vez más rígidas para aparentar que se hace algo contra el crimen en aumento constante, aunque su eficacia a corto, mediano o largo plazo quede en deuda.

Aunado a lo dicho e interpretando igualmente a Reed Hurtado (2012), la clara interrelación propuesta genera consecuencias al interior del discurso jurídico, ya que en primer lugar se debe poner en tela de juicio la efectividad del endurecimiento de las sanciones penales como alternativa para la disminución de la criminalidad cuando en el día a día de las sociedades que lo han aplicado, como es el mencionado caso de la colombiana o en general el de las naciones latinoamericanas (Fernández, 2006), vemos una amplia y ascendente problemática de hacinamiento y violencia carcelaria que se agudiza por la lamentable situación de las prisiones que están a punto de derrumbarse por falta de proyección y recursos, encierros de hasta 60 o más años en ciertos países que resultan inoperantes frente a los fines de la pena, así como jueces insuficientes e inmersos en una inocultable congestión judicial, medidas jurídico penales que van en desmedido aumento y que permiten demostrar que el endurecimiento exagerado de las sanciones penales se reduce a un simple discurso teórico y en muchos de los casos meramente político contra la delincuencia, sin que logre tener la fuerza o los argumentos suficientes para afirmar que en la práctica es en verdad un camino válido para lograr una mejor protección y sobre todo garantía de los valores y derechos superiores de los coasociados (Albrecht, 2000).

### **2.2.2 Transformación de la Sanción Penal**

Si se aterriza el discurso en torno a la pena al problema social que se propone en esta ocasión, puede decirse que no resulta viable ni jurídica ni socialmente imponer castigos severos por un clamor generalizado si los mismos no cumplen una verdadera

función al interior del derecho criminal (Rodríguez, 2010), ya que si se da lo segundo, es decir el aumento incontrolado de penas, no solo se estaría desconociendo el papel del derecho estatal a penar, sino que a la postre se estaría atentando contra las garantías elementales (Ferrajoli, 2000) que debe cobijar a toda aquella persona que se enfrenta al *Ius Puniendi* del Estado, corriente de pensamiento predilecta de los sistemas de gobierno *de facto* donde alegándose grandes niveles de criminalidad acuden a un Derecho Penal invasivo, minimizando la libertad del individuo (Roxin, 1998) y maximizando el uso del Derecho Penal como fórmula para solucionar los problemas que agravian a la sociedad, aunado a que según Valderrama (2013) “los fundamentos hermenéuticos del Estado Social de Derecho como el colombiano han sido fruto de la evolución racional, social, política y jurídica de la historia de nuestro país, por lo que cualquier interpretación del orden jurídico nacional debe ir siempre de la mano de los presupuestos superiores”.

Si llevamos el debate al campo específico del control social, término tomado de la sociología por el Derecho Penal y colocado como parte de alguna de sus instituciones (Aguilar, 2010), se puede indicar que aunque efectivamente una persona en su acción está de hecho condicionada y limitada por los grupos, por las instituciones y por la sociedad entera de la que es miembro, esas mismas limitaciones no le pueden imponer sanciones que se fundamenten en razones ajenas a los criterios de eficacia y validez del derecho, fuerza asegurada por la “sociedad políticamente organizada”, según dice el sociólogo norteamericano León Mayhew (1969), a lo cual conviene subrayar que toda la Política Criminal de un Estado constitucional debe estar permanentemente vinculada a la noción de construcción social de la realidad (Berger y Luckmann, 1972), toda vez que el entorno social en el que vivimos está muy basado en aceptar como dados, o acordar convencionalmente, el significado que como sociedad le atribuimos a las cosas, por lo que interpretando a Luhmann (2012), es dable afirmar que la realidad de las instituciones y la forma como se puede combatir la delincuencia puede y debe ser fruto de un proceso de construcción colectiva, pero también de la solución de múltiples y profundas tensiones que surgen al procurar establecer el real significado o interpretar una norma o una problemática social.

Pero en dicha construcción y según Miranda (2007), “el Populismo Punitivo es un fenómeno existente que la afecta directamente, toda vez el tono de las penas es, antes que nada, vindicativo”, siendo de lo anterior, como refiere Romero (2012), que “ésta

medidas están vinculadas a estrategias políticas de campaña y a satisfacer demandas de seguridad y satisfacción de derecho”, a lo que Aniyar (2010) referenciando a Zaffaroni, caracteriza como un “autoritarismo *New Style*”, sobre todo teniendo en cuenta que la represión en la región ha sido muy fuerte durante el siglo XX, con las dictaduras y los regímenes autoritarios, por lo que el fenómeno populista y punitivista va de la mano de procesos de aplicación de modelos importados distorsionados en lo local, como por ejemplo el papel de la prensa, la cual ya no es censurada por los políticos, sino que censura a éstos, a su vez que se percibe una globalización de la explotación política, económica y social del riesgo, una neutralización política, procesos de victimización y policización, y un gran desprestigio político de múltiples sectores incapaces de generar efectivos cambios estructurales en dichas condiciones, lo que trae como resultado la expansión de los sistemas penales propios, en gran parte, con gran apoyo a la importación de modelos de juzgamientos como el Sistema Procesal Penal Acusatorio, entre muchos otros.

La impunidad hace igualmente parte fundamental del discurso sobre lo penal en la gran “opinión pública”, ya que la responsabilidad de esta se atribuye fundamentalmente a la institucionalidad, en el entendido de que como señala Martínez (1999), “se atribuye a los jueces y magistrados la plena responsabilidad sobre toda la criminalidad”, los cuales responden muchas veces con restricciones a derechos fundamentales, lo que a su vez conduce a que los ciudadanos caigan en el claro y real mensaje de pánico que produce la inseguridad jurídica, derivándose dicha cadena en que el Derecho Penal cumpla “una función simbólica sobre la función instrumental selectiva que vendría desempeñando, lo que al final da clara cuenta de las grandes dificultades para establecer el verdadero fondo del fenómeno de la impunidad, al tiempo que dificulta igualmente conocer el portento de la criminalidad en general” (Uribe, 2012), por lo que así las cosas, la lenta y débil respuesta institucional frente a esta real problemática ha pretendido mostrarse como fuerte a través de una difusa marejada de reformas cada vez más autoritarias, tratándose de una simple lógica de reacciones de sustitución inoperantes, siendo su cíclico funcionamiento práctico descrito gráficamente por Hassemmer (1995) tomando primariamente a Noll, “como los comportamientos de ciertos tipos de animales que se agotan en actitudes de combate o amenazantes porque no están en condiciones de llevar a cabo la batalla real”.

Sumado a lo anterior y como señala Vélez (2001), “conviene apuntar que la lucha contra la impunidad afecta principalmente a los sectores marginales en dos vías claras: por un lado, mientras se crea la profusa serie de reformas autoritarias, se suele dejar intacto el problema de fondo, afectando ello principalmente a los sectores desfavorecidos que son precisamente las víctimas de la mayoría de los delitos, y por el otro, mientras la búsqueda de la eficiencia real sea ilusoria, parece que el camino será reducir al menos la *sensación* de impunidad”, y, para ello, nada mejor que el castigo indiscriminado a las clases marginales donde generalmente se ubican los enemigos que nuestros imaginarios sociales suelen distinguir, dinámica que parece estar presente en Colombia, toda vez que el sentimiento de miedo ante la delincuencia ha empezado a generar “tentaciones penales autoritarias” (Uribe, 2002), máxime cuando los ciudadanos al padecer el desgaste propio de una delincuencia prolongada comienzan a demandar soluciones inmediatas al orden político que los representa, dinámica que tomando a Martínez (1999), “conlleva a que la justicia penal imponga sanciones penales selectivas que no se deriven de la correcta aplicación del orden jurídico establecido, sino de los clamores sociales sancionatorios”, lo cual configura violaciones a los principios del Derecho Penal.

### **2.2.3 La Normativa Constitucional**

Se puede interpretar de García de Enterría (1985) que el sistema de justicia penal y en especial la forma como se hace frente a la delincuencia, “guarda una estrecha pero marcada relación con la normatividad constitucional”, ya que esta afecta no solo a todos los ciudadanos sino en mayor medida a los poderes públicos, por lo que efectivamente tanto los encargados del diseño de las políticas públicas cualquiera que sea así como los encargados de administrar justicia deben integrar a sus labores jurídicas este contexto de hacer y aplicar el Derecho, integración que a simple vista resulta sencilla, pero que en la realidad práctica connota difíciles e importantes retos que tomando lo planteado por Sainz Moreno (1982) pueden llevar a preguntar ¿Cómo se articula técnicamente el valor normativo directo y general de la Constitución? cuestión que García de Enterría (1985) podría responder citando el principio de *Sometimiento al Imperio de la Constitución* que conlleva la vinculación tanto del ejecutivo como del legislativo y del judicial, así como de la población general a las normas jurídicas superiores cualquiera que sea su grado de concentración, ya que no existe en la Carta política declaraciones, principios, valores o derechos a los que no se les haya dado un valor normativo.



Tomando las anteriores pautas, Sainz Moreno (1982) señala que “la posición que la Constitución ocupa en el ordenamiento jurídico obliga a interpretar éste, en cualquier momento de su aplicación, en el sentido que resulta del cumulo de los principios y reglas constitucionales”, toda vez que el origen del principio de *Interpretación Conforme a la Constitución* está en el proceso de constitucionalidad de las Leyes: antes de que una Ley sea declarada inconstitucional, el juez que efectúa el examen tiene el deber de buscar en vía interpretativa una concordancia de dicha Ley con la Constitución. Señala igualmente Sainz Moreno (1982) que este principio conecta con la “presunción de constitucionalidad de las Leyes”, de modo que sólo será declarada como inconstitucional una Ley cuando no exista sobre ello duda razonable. En el mismo sentido García de Enterría (1985) refiere una vez más que la interpretación de una norma conforme a la Constitución “no sólo obliga a determinar cuáles son los principios constitucionales, sino también el orden de valores que hacen que la Carta tenga una unidad material de sentido, lo que impone algunas consecuencias que el mismo autor esquematiza en torno a los siguientes postulados”:

1. “La Constitución es el *contexto* de todas y cada una de las Leyes, reglamentos y normas del ordenamiento a efectos de su interpretación y aplicación;
2. La Constitución prevalece no sólo en la *interpretación declarativa*, sino también en la *interpretación integrativa*;
3. Resulta prohibida cualquier construcción interpretativa y dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio a los valores superiores constitucionales” (García de Enterría, 1985).

Los postulados constitucionales son en criterio de García de Enterría (1985), “normas dominantes en la concreción del sentido general del ordenamiento jurídico”, por lo que la doctrina legal resultante de la clara jurisprudencia constitucional tiene un valor preeminente frente a cualquier otro cuerpo jurisprudencial, preferencia que se da tanto en el caso de que la sentencia declare la inconstitucionalidad de una norma como en el de que sólo realice una interpretación en consonancia con la Constitución sin desconocer claro está, que los Tribunales superiores pueden decidir igualmente conflictos políticos, siendo una características en todos los casos y siguiendo siempre a García de Enterría

(1985), “que la resolución de los mismos se hace por criterios y métodos eminentemente jurídicos, y esto no sólo se da formalmente (según la famosa objeción de Schmitt, de que la justicia constitucional sólo es judicial en la forma), sino también materialmente por medio de la razón llamada Derecho”, lo que lleva a situar en definitiva como el tema central de la jurisdicción constitucional, en la actualidad, el de los criterios de fondo que deben fundamentar no solo las decisiones de una Corte Constitucional, sino también cualquier tipo de construcción normativa de orden político criminal que se origine y dé al interior de un Estado Constitucional de Derecho.

#### **2.2.4 Constitución y Política Criminal**

Como ya se señaló, en Colombia la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la Política Criminal puede ser articulada por el Legislador “a través de la expedición de normas en el entendido que la legislación penal es la manifestación concreta de la Política Criminal del Estado, y que la decisión política que determina los objetivos del sistema penal nacional y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la Ley penal” (Corte Constitucional de Colombia, C-936, 2010). No obstante, en dicho mandato el legislador ordinario e incluso en muchas ocasiones el juzgador, se encuentra en innumerables conflictos inherentes a la noción de lo que puede entender y aplicar por Política Criminal y sus complejas relaciones con los derechos humanos y la Constitución, situación que en determinados casos bajo su conocimiento o competencia y tal como se puede inferir de Uprimny (1998), los pueden llevar a serios equívocos no sólo a nivel teórico sino aún en la práctica diaria, al generarse un aparente consenso en torno a lo que puede entenderse por dicha política pública que en muchas ocasiones puede distar en gran medida de lo que en realidad representa según los estudios académicos y jurídicos.

Ejemplo de lo anterior lo representa el diseño, formulación e implementación de las medidas de Política Criminal jurídica en Colombia, toda vez que en desarrollo de la búsqueda de respuestas para afrontar la delincuencia en aumento, a nivel interno han surgido múltiples interpretaciones de lo que puede entenderse por dicha política, las cuales muchas de las veces entran en conflicto, pudiéndose identificar por un lado la ya mencionada iniciativa ampliamente popular y funcionalista de Política Criminal que promueven adrede propuestas de cambio o reforma constitucional para incorporar en el

ordenamiento jurídico penas de la más alta severidad posible, y por el otro, aquellas que proviene de la argumentación eminentemente dogmática penal y constitucional que promueve la lucha contra la criminalidad respetando el sistema jurídico implementado lo cual implica *a priori* que no se puede maximizar el derecho de penas, sino que por lo contrario, la reacción punitiva estatal debe ser “mínima y excepcional” (Ferrajoli, 2000) conflicto de argumentaciones e interpretaciones jurídicas que han desbordado el ámbito eminentemente normativo para inmiscuirse incluso en el discurso político y académico que esboza razones de uno y otro lado para justificar la viabilidad de su paradigma frente a un problema social específico que atañe seriamente a la colectividad y que como en el nacional puede ser el abuso sexual de niños.

Para dar solución a este tipo de disyuntivas que enfrentan formas de fundamentar la construcción de políticas en lo criminal por parte del legislador y no simplemente la aplicación de normas jurídicas de igual o diferente nivel por parte del juzgador, se puede acudir y adaptar por parte de la corporación pública creadora de la norma, entre otros, el método de “Interpretación Constitucional” (López, 2002) el cual esta guiado a determinar el alcance y sentido de la norma a crear conforme a la Constitución. Es de señalarse que el tipo de interpretación propuesto puede resultar de gran complejidad debido a que se está planteando la tensión entre claros paradigmas epistemológicos de fundamentación, mismos que *a priori* no tiene jerarquía o están en un mismo o diverso nivel, aunado a que no se identifican con el concepto clásico de una norma o regla, sino que son líneas de pensamiento compuestas por principios y fundamentos que son tomados por el legislador en el preciso momento de la creación legislativa, soportes básicos que al momento de su posterior aplicación determinan el sentido y la forma de la persecución criminal en un Estado determinado y que por lo tanto y en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, deben interpretarse conforme a las normas del texto superior y de todo el ordenamiento jurídico en general.

Lo anteriormente dicho conlleva a que el legislador tome los fundamentos que soportan el esquema epistemológico de lucha contra la criminalidad y los interprete conforme a los valores y principios constitucionales, entendidos los primeros en términos jurisprudenciales como “el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico (Corte Constitucional de Colombia, T-406, 1992) y los segundos bajo la misma fuente como las “prescripciones

jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, expresan normas jurídicas para el presente como punto de partida para un nuevo orden” (Corte Constitucional de Colombia, C-1287, 2001), interpretación que le permitirá al legislador en todo caso escoger siempre la forma de fundamentar la medida legislativa de política criminal que resulte más acorde y respetuosa del texto superior y que en ideas generales derivadas de Vigo (1993), “resolver la tensión siempre a favor de la Constitución y del Derecho”, sin excluir completamente otros métodos de interpretación (Vg.r. teleológico, sistémico o histórico entre otros) ya que como se puede desprender de Uprimny (1998), “la Constitución Política no es en sí un programa político criminal” que determina todas las soluciones a los potenciales “conflictos jurídicos” (Perelman, 1979).

### **2.2.5 Lineamientos Constitucionales de Política Criminal**

Con la Resolución No. 0286 del 15 de febrero de 2011, el entonces Ministro del Interior y de Justicia, Germán Vargas Lleras, creó la “Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado colombiano” (de ahora en adelante la Comisión) con el propósito de apoyar el diseño y formulación de la Política Criminal del país y realizar recomendaciones al Gobierno Nacional en torno a ella. Importantes tratadistas entre los que se encuentran Iván González Amado, Yesid Reyes Alvarado, Rodrigo Uprimny Yepes, Iván Orozco Abad, Camilo Sampedro Arrubla, Farid Benavides Vanegas, Carlos Guillermo Castro Cuenca, Julissa Mantilla Falcón y Fernando Velásquez Velásquez conformaron la Comisión. En el año 2011 la Comisión realizó observaciones a la iniciativa sobre la imposición de cadena perpetua a ciertos delitos realizados contra menores entre los que se incluye el abuso sexual, señalando en términos generales que “las medidas punitivistas como la prisión a perpetuidad son incompatibles con los principios básicos del Estado Social y Democrático de derecho e introduce distorsiones graves a las bases de la que debe ser una verdadera Política Criminal” (Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado Colombiano, 2011).

Los comisionados (2011) argumentaron principalmente su teoría señalando que “medidas punitivistas como la cadena perpetua transgreden principios medulares del Estado de Derecho (tales como los de dignidad de la persona humana, igualdad, proporcionalidad, gradualidad de las penas, del acto, culpabilidad, lesividad, autonomía y libertad de las personas; y, añádase, la capacidad de resocializarse del ser humano), por

lo cual equivale a una sustitución de la Constitución”. Afirmaron en el mismo sentido el grupo de tratadistas que “una pena imperativa y automática de ese alcance para entre otros, el abuso sexual en perjuicio de menores desconoce el principio constitucional de culpabilidad en virtud del cual esa categoría es susceptible de ser graduada (véase, art. 29 de la Carta Política) y, con él, se arrasa con el axioma de proporcionalidad” (Ferrajoli, 1995). Adicionalmente, refieren los mismos doctrinantes, que “la propuesta punitivista desconoce la existencia de diversas posibilidades de resocialización de las personas privadas de la libertad, con lo cual se pisotea la función resocializadora de la pena” (art. 12 de la Constitución Política) (Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado Colombiano, 2011).

En efecto, a juicio de la Comisión Asesora (2011) “medidas punitivas como la fórmula de la cadena perpetua para violadores de niños, aún en una versión atenuada en cuya virtud apenas es un límite máximo en ciertos casos, es contraria a la Constitución colombiana porque destruye el concepto de libertad que fundamenta los principios de culpabilidad y de resocialización, pero también del Derecho Penal de acto, ejes del Derecho Penal liberal, y, con ellos, de contera, el núcleo del derecho-libertad de locomoción y del derecho a la resocialización, como parte que es del derecho al libre desarrollo de la personalidad”, considerando además que la cadena perpetua es una “pena inhumana” que desdeña toda la tradición ilustrada (Ferrajoli, 1995) en torno a la cual se edifica la Constitución de 1991, por lo cual no tiene cabida en el ordenamiento punitivo, soportando la Comisión (2011) su teoría señalando que “diversos estudios muestran que para enfrentar la criminalidad, en la mayor parte de los casos, es preferible y más humano esforzarse por incrementar la eficacia del sistema penal o recurrir a medidas preventivas, en vez de incrementar las penas”.

Al respecto la misma institución cita el trabajo de Nagin (2010), académico líder mundial en la reflexión sobre los eventuales efectos disuasivos del encarcelamiento, quien —luego de examinar las principales investigaciones existentes sobre el tema— concluye que “hay muy poca evidencia de que un incremento de la severidad del castigo tenga efectos disuasivos significativos, mientras que sí existe evidencia sustantiva de que incrementos en la certeza del castigo tienen esas consecuencias”. La conclusión para la Comisión (2011) es clara: “Es mejor, entonces, perfeccionar la investigación de esos crímenes contra los niños, niñas y adolescentes, para reducir su impunidad, en vez de

plantear la cadena perpetua como pena, por lo que la alternativa del incremento desordenado de las penas, como el que resulta de la iniciativa examinada, puede ser popular pero no representa una mejor protección a los menores”, posición que es reforzada por Uprimny (2011) cuando señala que “las iniciativas populistas configuran una clásica fuga al punitivismo, al creer que la solución a la criminalidad es el aumento drástico de las penas, siendo estas medidas muy populares, pero de eficacia pobre”.

Continuando con sus funciones y de conformidad con el mandato recibido por la Comisión, en las primeras sesiones de trabajo, se estableció que la finalidad de apoyar la formulación de la Política Criminal del país y dar recomendaciones al Gobierno Nacional al respecto, debería cumplirse a través de la elaboración de una clara propuesta de “Lineamientos generales de Política Criminal del Estado colombiano”, teniendo en cuenta que “no existían en su momento dados suficientes elementos empíricos que permitan la confección de una Política Criminal integral, y sin que dicho documento constituyera la Política Criminal del Estado colombiano, sino simplemente una propuesta inicial para su construcción” (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012). Como fruto de lo anterior, la Comisión en el año 2012 presentó las bases o lineamientos generales para una Política Criminal de Estado colombiano, de largo plazo, y con el objetivo que la misma sea democrática, garantista y al mismo tiempo eficaz. A criterio de la Comisión, algunas de las características sustantivas que debe tener la Política Criminal del Estado colombiano son las siguientes (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012):

*A. La Política Criminal y el respeto de los principios penales constitucionales y de derechos humanos.* Es claro que la Política Criminal debe respetar los principios constitucionales y de derechos humanos que la enmarcan y que en especial gobiernan el ejercicio de la función punitiva en un Estado democrático respetuoso de la dignidad humana (Bernal Pulido, 2008).

*B. La importancia de la idea del Derecho Penal como ratio última de protección de bienes jurídicos en la Política Criminal.* Un Estado democrático debe minimizar la intervención punitiva, pues si la garantía y protección de los derechos humanos y de los bienes jurídicos fundamentales pueden ser alcanzadas por vías distintas a la penal, como la política social, las políticas

preventivas o el uso de mecanismos administrativos de control, entonces es ilegítimo recurrir al instrumento penal (Velásquez, 2013).

*C. La importancia del principio de no discriminación y de los enfoques diferenciales.* En sociedades caracterizadas por altos niveles de desigualdad y exclusión como la colombiana, el principio de no discriminación debe ser una de las guías fundamentales de la Política Criminal, de forma que sus distintos componentes (instituciones, estrategias y acciones) sean diseñados y desarrollados teniendo en cuenta las necesidades específicas de los grupos especialmente vulnerables (Huertas *et al.*, 2008).

*D. Política Criminal y género.* La incorporación del enfoque diferencial de género en la Política Criminal es importante como una forma de visibilizar las situaciones de discriminación de las mujeres y una posibilidad de implementar las medidas correspondientes para prevenir y contribuir a la erradicación de esa situación discriminatoria (Tozzini, 2005).

*E. La necesidad de una Política Criminal estable, coherente, fundamentada empíricamente y evaluada sistemáticamente.* Una Política Criminal apropiada no sólo debe estar enmarcada normativamente y respetar en particular los principios de *ultima ratio* y no discriminación (Saavedra, 1995). Además, las políticas públicas son, ante todo, políticas de Estado que persiguen la aplicación de medidas y estrategias de largo alcance en la búsqueda de objetivos futuros acordes con los fines del Estado. Por esta razón, la Política Criminal debe concebirse con carácter de permanencia, sin sentido de respuestas coyunturales, y buscando que las medidas que se adopten y desarrollen puedan ser probadas temporalmente en sus efectos” (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012).

Igualmente, en criterio del Comité la Política Criminal se debe propender siempre, entre muchos otros aspectos de suma importancia, por la “racionalización del sistema penal”, ocupándose, por ejemplo, de la plena diferenciación de procedimientos para las llamadas pequeñas causas; la reglamentación del principio de oportunidad; la coherencia de los fines de la pena con los medios disponibles para su cumplimiento; la revisión de la

legislación para asegurar su compatibilidad con las normas constitucionales y las condiciones sociales, etc (Grosso García, 1999), señalando igualmente dicho Comité que “la Política Criminal nacional además debe ser eficaz y coherente, y para que esto pase, debe estar fundamentada empíricamente, de suerte que en su criterio, toda reforma penal, para ser aprobada, debería contar siempre con una clara justificación de su necesidad; igualmente debe evaluarse previamente el potencial impacto de las medidas penales tanto sobre el sistema normativo, como sobre los operadores de justicia y el sistema carcelario y penitenciario; se debe hacer un seguimiento a las reformas penales, para evaluar su impacto; por lo que todo lo anterior implica obviamente la existencia de un sólido y transparente sistema de información criminal” (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012).

Así mismo, en sabiduría del mencionado Comité la Política Criminal es “dinámica y debe ser evaluada y reformulada según la variación de las condiciones que influyen en ella y por ello se debe efectuar un diagnóstico por áreas de problemáticas sociales (Weber, 1984) y de todas las instituciones que gobiernan y ejecutan la Política Criminal”, convirtiéndose ese diagnóstico en la línea de base a partir de la cual se plantean las metas o situación deseable que se quiera alcanzar, por lo que de allí surge los pasos para la planificación y posterior ejecución de las diferentes políticas (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012). En igual sentido, en criterio del Comité la Política Criminal no debe basarse exclusiva ni fundamentalmente en la reacción “inmediata” a los actos criminales o a las demandas de seguridad ciudadana, sino en la “adecuada planeación de respuestas a estos fenómenos, de conformidad con las evidencias empíricas y los fines del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos, asegurar la convivencia dentro de un orden social justo y preservar las condiciones necesarias para el ejercicio de las libertades públicas, sin que obste para que, en casos excepcionales, el Estado tenga que acudir a reacciones inmediatas ante situaciones emergentes perturbadoras del orden social”, excepcionalidad que, en todo caso, debe tener en cuenta los principios de proporcionalidad y razonabilidad constitucional (Bricola, 2012).

Finalmente es de señalar que en razonamiento del Comité (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012), la Política Criminal “debe ser también coherente, lo que significa no solamente que las diversas medidas que se tomen deben estar relacionadas lógicamente en función de los fines perseguidos con ellas, sino, además, que tanto las



estrategias como las medidas se desarrollen de conformidad con los principios y normas constitucionales y tengan como fundamento esencial la finalidad de respetar y garantizar los derechos humanos”, por lo que para garantizar su permanencia y coherencia, “debe desarrollarse un esfuerzo por blindar jurídicamente y dotar de alguna fuerza normativa los lineamientos de Política Criminal de Estado”, para que sirvan como un elemento racionalizador de la Política Criminal que permita resistir a las presiones de opinión pública a favor de “*Populismo Punitivo*” (Garland, 2007).

**Imagen 2-7:** Informe Final Lineamientos de Política Criminal para Colombia



**Fuente:** <http://www.politicacriminal.gov.co> – Consultado el 05/12/2016

## 2.3 Rastreo Legislativo sobre los Delitos Sexuales con Menores de 14 Años en Colombia

La jurisprudencia constitucional colombiana ha definido la Política Criminal para el Derecho nacional como “el conjunto de respuestas que el Estado adopta para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social” (Corte Constitucional de Colombia, C-646, 2001) como lo puede representar el abuso sexual de niños, misma que “puede ser jurídica cuando se reforman las normas penales siendo articulada por el legislador a través de la expedición de normas” (*Ibidem*), toda vez que como señala igualmente el Tribunal constitucional nacional, “la legislación penal es la manifestación concreta de la Política Criminal del Estado” (Corte Constitucional de Colombia, C-936, 2010), lo que implica que la decisión política que para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal, reconociendo en el mismo sentido la jurisprudencia local que “al establecer los tipos penales, el legislador goza de una amplia discrecionalidad, pues únicamente él está llamado a evaluar el daño social que causa determinada conducta y las medidas de punición que debe adoptar el Estado, dentro del contexto de la Política Criminal, para su efectiva prevención y castigo” (Corte Constitucional de Colombia, C-146, 1994).

Y es así como el legislador nacional para afrontar la problemática social de abuso sexual de niños y con base en su reconocida facultad discrecional, ha creado y puesto en circulación jurídica una serie de normas de orden penal, mediante las cuales tipifica y sanciona autónomamente la conducta cuando se cometa sobre menores de 14 años, política penal que se pueden enlistar cronológicamente encontrándose diferencias a lo largo de los años en aspectos como la pena pero sobre todo en la fundamentación jurídica que le ha dado vida a cada normativa, siendo necesario para demostrar dicho aspecto identificar y mencionar los diversos referentes históricos legislativos sobre delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia, tarea que se diferencia según el modelo de Estado vigente, encontrándose un antes y un después del año 1991, en el entendido que esta es la calenda concreta en la que entró a regir la actual Constitución Política, resultando de mayor importancia para el presente estudio en primer lugar, identificar y presentar secuencialmente las leyes penales dadas dentro del modelo de Estado Social de Derecho con supremacía constitucional actual, resaltándose que solo frente a este grupo de leyes se harán subsiguientemente valoraciones jurídicas.

### 2.3.1 Concepción Jurídica de los Delitos Sexuales

El maestro Alfonso Reyes Echandía en su famosa y citada obra “Derecho Penal - Parte General” (1980) realiza un importante discernimiento alrededor del tema del “Delito” y sobre el particular plantea que desde el punto de vista fenoménico “el delito es un hecho humano, jurídico, voluntario e ilícito”, considerándolo desde tres puntos de vista que a su vez se integran de manera precisa en la dialéctica de la hermenéutica jurídica, cuales son el formal, el sustancial y el dogmático. Frente al primero de ellos, el mismo maestro hace referencia al concepto que “delito es todo hecho humano legalmente previsto como tal y cuya consecuencia es la pena”, pensándose que esta definición no es suficiente para entender el concepto de delito en toda su dimensión por ser meramente “descriptiva”, razón por la que incorpora el punto de vista sustancial, previendo el delito como “el comportamiento humano que, a juicio del legislador local, compromete las condiciones de existencia, conservación, y desarrollo de la comunidad y exige como sanción una pena criminal”, planteándose finalmente la acepción de tipo dogmático - jurídico, la cual Reyes (1980) explica como “La conducta típica, antijurídica y culpable, para la cual el legislador ha previsto una sanción penal”.

Interpretando a Páez Gómez y Hernández (2004), la comprensión que nos permite tener Reyes Echandía acerca del “Delito” (1980) en el contexto jurídico es pertinente para el estudio que nos ocupa, pues con ello se puede acercarse objetivamente al entendimiento de algo más complejo y concreto como lo es el denominado “Delito Sexual”, complejo porque las circunstancias en que este se presenta son numerosas y están mediatizadas por múltiples conductas del ser humano, y concreto porque cuando hablamos de “delito sexual sobre menores de 14 Años”, se hace referencia a tipos claramente definidos en la legislación penal colombiana. Pueden existir múltiples definiciones doctrinales de “Delito Sexual”, pero siguiendo la misma línea de pensamiento, vale la pena referir a la que introduce Reyes Echandía (1996), quien en relación con el surgimiento de dichos delitos expone que “la ulterior delictuosidad de esa conducta está vinculada a la existencia de normas de cultura que, en un momento dado y dentro de una determinada sociedad repudiaron ciertas manifestaciones eróticas por considerarlas contrarias a la moral pública o violatorias del derecho a disponer del propio cuerpo para fines sexuales. En la medida en que la sociedad valora negativamente tales hechos, estos se elevan a la categoría de prohibiciones, de tabúes, que van recibiendo el respaldo jurídico de la Ley”.

De acuerdo con la exposición hecha por Reyes (1996), refieren Páez Gómez y Hernández (2004) que “el Delito Sexual es el resultado de una serie de motivaciones” que él exmagistrado dividió y definió de la siguiente manera: “*Delito Sexual Ocasional*: Es un individuo cuya función genética se manifiesta con relativa normalidad, pero con tendencia a la hipersexualidad y respecto del cual la influencia de factores endógenos (el alcohol), o exógenos (el clima, la literatura pornográfica) y la actitud del sujeto pasivo (una mujer generalmente) determinan una pasajera exaltación erótica que busca salida en el acto sexual” o *Delito Sexual Habitual*, en el entendido que este “generalmente es protagonizado por individuos que manifiestan una perversión sexual más o menos sostenible por no verdaderos psicópatas sexuales”. Bajo esta óptica, señala Márquez Estrada (2013) que hoy el delito sexual “puede interpretarse como aquella expresión generalmente empleada para referirse a acciones que afectan a personas de cualquier edad y sexo, contra su consentimiento libre y que perturban su desarrollo sexual, siendo conductas reprobadas socialmente y legalmente consideradas como delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual (Bohórquez y Bohórquez, 2006), siendo la libertad sexual y la dignidad humana los bienes jurídicos más tutelados”.

En el orden jurídico interno y tomando conceptos proferidos por la CSJ (2005), la libertad sexual es “la facultad que tienen las personas para auto determinar y auto regular su vida sexual por lo que los delitos sexuales vulneran principalmente el derecho de la víctima de disponer de su propio cuerpo y, por lo mismo, su objeto de protección se determina en las acciones o fines sexuales verificados mediante la fuerza, abuso, error y engaño”, advirtiéndose con lo anterior que el cuerpo legislador está facultado con base en su principio de libertad de configuración, para crear y establecer tipos penales para sancionar situaciones jurídicas especiales, como lo podría ser el abuso sexual de niños, razón por la cual el derecho colombiano ha tipificado autónomamente el abuso sexual sobre niños, pero solo sobre aquellos menores de 14 años en el entendido como se señaló en la parte introductoria, que este es un grupo poblacional no cuenta con la madurez física y mental suficiente para consentir cualquier acto sexual lo que los hace potencialmente victimizables frente a la conducta, razón por la que el Estado nacional en cumplimiento de sus obligaciones y deberes tanto constitucionales como internacionales ha considerado necesario emplear la Política Criminal de orden jurídica para intentar prevenir dicho fenómeno causante perjuicio social, resultando de gran importancia conocer la forma legislativa que ha configurado el uso de tal herramienta.

### 2.3.2 Legislación Nacional previa al Año 1991

Según Márquez Estrada (2013), los delitos sexuales generales en el siglo XIX colombiano eran considerados por los legisladores “como corrompedores de la moral pública y las buenas costumbres”, a la vez que introducían en el seno de la familia “la perturbación y la desconfianza”, razón por la cual no se castigaban sino cuando se hacían públicos y producían gran escándalo social, pasando entonces desapercibidos en la mayoría de las veces por respeto al pudor y al honor de la familia, sin que nadie reclamara contra ellos cuando se producían en secreto o en la clandestinidad (Putnam, 1896). Es importante resaltar el hecho que para finales del siglo XIX en Colombia, según refiere nuevamente Márquez Estrada (2013), estos delitos conservaban aún “una fuerte connotación religiosa heredada de la Colonia, razón por la que eran tratados como conductas desviadas que rompían con el “orden natural” de la obra de Dios que concebía el acto sexual solo con fines de procreación”, siendo considerados por ende como actos “contra natura” que desasían la asociación entre el hombre y Dios y que “explícitamente se refieren al desperdicio voluntario de la semilla” (Malagón, 2011), por lo que desde esta perspectiva y con relación a la comisión de estos delitos, los informes de los funcionarios judiciales estaban cargados de fuertes prejuicios morales que de alguna manera vician el procedimiento judicial y contaminan la prueba que se pretende constituir.

No obstante lo anterior y en relación con la tipificación del abuso sexual, Vargas Guarín (2006) refirió que en el Código Penal de la Nueva Granada de 1837 este se denominó “De los delitos contra la moral pública”, donde se incluyó en el título tercero de las conductas relativas “Al proxenetismo, a la prostitución y a la corrupción de menores de 18 años”, siendo sancionada la violación con la pena del destierro y trabajos forzados, consagrándose igualmente algunos agravantes, como por ejemplo si la conducta punible se cometía en un menor que no hubiera llegado a la pubertad. Para el legislador de 1837, comenta Márquez Estrada (2013) que lo que se entiende por delitos criminales sexuales estaba directamente vinculado con las denominadas “buenas costumbres”, es decir, con la moral, por lo que este tipo de agresiones estaban connotados no como delitos contra la libertad sexual sino como delitos contra la moral social, tal como hacía referencia el artículo 563 el cual señalaba que “si el reo... abusare deshonestamente de la persona robada” interesando al legislador la protección de las “buenas costumbres” por encima de la libertad sexual, toda vez que esta codificación no aparece la palabra “sexual”.

En el denominado Código Penal de los Estados Unidos de Colombia de 1873, Vargas Guarín (2006) señala que se castigaba a quienes contribuían en la “corrupción de menores de dieciséis años”, así como en la “tentativa de violencia carnal, el rapto seguido de violación, la violencia carnal y el estupro”, en el cuál se tuvo en cuenta un agravante para quien abusare de un menor que no hubiere cumplido la edad de la pubertad, endureciéndose igualmente la pena por el daño causado en la salud de la víctima, existiendo también el “ultraje público al pudor individual (coito alevoso)”, que consistía en el engaño sexual al cuál era sometida una persona, privándola de su conciencia, utilizando para ello licor, drogas o medios parecidos. Refiriéndose al Código Penal de 1890, señala el mismo autor que los bienes protegidos por el legislador eran la moral pública, la libertad de las personas y el honor sexual, reprimiéndose “la alcahuetería, la ayuda en la corrupción de menores y el amancebamiento público, así como el rapto seguido de violencia carnal”, componiéndose la violencia carnal por violencia física o moral y el colocar a la persona en estado de inconsciencia, para lo cual se contemplaron penas más graves cuando la víctima era menor de edad y de sexo contrario, sin olvidar que para “el adulterio, el estupro alevoso y seducción” las sanciones iban desde la reclusión de uno a doce años más el pago de los perjuicios a la víctima.

No obstante lo anterior, explica Márquez Estrada (2013) con mayor detalle que el Código Penal de 1890 promulgado bajo la llamada “Regeneración”, agrupó los delitos sexuales bajo dos títulos: los delitos contra *la moral pública* (Título XVIII), que hacían parte del Libro Segundo que se ocupaba de los “delitos que afectan principalmente a *la nación* o a *la sociedad* o que sean cometidos por empleados públicos” y el Título Primero (delitos contra los particulares) en su Libro Tercero: contra las *personas*, y entre los delitos contra la moral pública se incluían los siguientes: de las palabras, acciones, escritos, pinturas y otras manufacturas obscenas, el abuso de otra persona del mismo sexo (relaciones homosexuales), la alcahuetería, la corrupción de jóvenes, el incesto y el amancebamiento público, además que dentro de los delitos contra las personas se contemplaban el rapto, el adulterio, el estupro alevoso y la seducción. Vale la pena resaltar, siguiendo una vez más a Márquez Estrada (2013), que en el Código Penal de 1890 se hace imposible, en materia sexual, hacer una distinción entre moral y derecho porque parte de una insoluble confusión entre delito y pecado, ya que la moral cristiana que la inspiraba proclamaba un profundo repudio por el sexo no reproductivo, por los placeres “inútiles” y “estériles”, confundiéndose entonces pecado y vicio (Bernate, 2004).

Para esta moral del Código Penal de 1980, continua Márquez Estrada (2013), las conductas sexuales “estaban encaminadas a materializar la obra de Dios y todo tipo de conducta sexual que no estuviera enmarcada en este sentido, era catalogada de inmoral” (Tomás y Valiente, 1990), entendiendo moral como el conjunto de valores y reglas de acción que se proponen a los individuos o a los grupos a través de aparatos prescriptivos como la familia, las instituciones educativas y la iglesia, entre otros (Foucault, 2007). En lo que respecta al Código Penal de 1936, cita Vargas Guarín (2006) que la Ley 95 – Decreto 2300 del mismo año, protegió la honestidad y el honor sexual con los mismos criterios de la codificación penal de 1890, contemplándose los delitos contra la libertad y el honor sexual bajo los tipos de “violencia carnal, estupro, abusos deshonestos, corrupción de menores y proxenetismo con penas de dos a ocho años”, teniéndose como agravantes de todas las conductas anteriores, el hecho de que el sujeto activo o victimario tuviera particular autoridad o grado sobre el sujeto pasivo o víctima, por contaminación venérea, si los actos ejecutados sobre esta persona ocasionaban muerte o grave daño en su salud.

Más adelante, exactamente en el título XI del libro segundo del Código Penal de 1980 – Decreto 100/1980, según Vargas Guarín (2006), el objetivo del legislador fue que “ninguna persona fuera incluida en el ejercicio de la sexualidad no deseada, o no aceptada libremente o si aceptaba, su voluntad estaba viciada siendo utilizada como objeto por otra persona”, por lo que en esta legislación se castigaba “la violación, los actos sexuales violentos, el estupro, los actos sexuales abusivos y el proxenetismo”, siendo las penas para estos delitos la mínima de un año y la máxima de seis años, con los respectivos agravantes, que correspondieron al mismo criterio de la legislación de 1936. Específicamente, el Decreto Ley 100 de 1980 tipificó originalmente y por primera vez las conductas sexuales con menores de 14 años en Colombia, lo cual hizo de la siguiente manera:

## “TÍTULO XI

### DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL PUDOR SEXUALES

(...)

#### CAPITULO III

#### DE LOS ACTOS SEXUALES ABUSIVOS

ARTICULO 303. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce años, incurrirá en prisión de uno (1) a seis (6) años. (Subrayado fuera de texto).

...

ARTICULO 305. CORRUPCION. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años o en su presencia, o la induzca a práctica sexuales, estará sujeto a la pena de uno (1) a cuatro (4) años de prisión. (Subrayado fuera de texto).

ARTICULO 306. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. La pena para los delitos descritos en los capítulos anteriores, se aumentará de una tercera parte a la mitad en los casos siguientes:

...

5. Si el delito se realizare sobre persona menor de diez años". (Subrayado fuera de texto).

Resulta importante destacar que el Decreto Ley 100 de 1980 junto con las demás normas que lo modificaron y complementaron fue derogado por el artículo 474 de la Ley 599 de 2000, publicada en el Diario Oficial No 44.097 de 24 de julio del 2000, 'Por la cual se expide el Código Penal', de acuerdo a lo establecido en el artículo 476 de la misma, empezando a regir esta última un (1) año después de su promulgación, es decir, el Código Penal de 1980 estuvo vigente en Colombia hasta el día 23 de Julio de 2001, fecha en la que ya estaba vigente el modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho adoptado por la Constitución Política de 1991.

### **2.3.3 Legislación Nacional posterior al Año 1991**

La entrada en vigencia de una nueva Constitución Política en Colombia, en la que se consagra un nuevo concepto de Estado, con instituciones, principios y valores acordes con las tendencias políticas, sociales y jurídicas que actualmente se aplican en las sociedades democráticas más avanzadas (Navas, 2000), impone el riguroso examen y la consecuente adecuación del sistema normativo nacional que se venía aplicando hasta el momento, y es por lo mismo que a partir del año 1991 la legislación que compone la



Política Criminal jurídica para hacer frente a los delitos sexuales con menores de 14 años que estaban autónomamente tipificados desde la legislación penal del año 1980, tuvo que adecuarse teóricamente a los principios señalados por la nueva Carta, siendo tarea del legislador regular los diversos aspectos tanto sustanciales como procedimentales que la persecución del delito en estudio exigía. Por lo anterior, se presenta a continuación las leyes que ya en el marco del nuevo modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho interno fueron y han sido creadas para el efecto señalado, haciendo corte en el año 2016, anualidad en la que se cerró la órbita temporal de la investigación ejecutada.

### **2.3.4 Ley 360 de 1997**

En la Ley 360 del 11 de febrero de 1997 por medio de la cual se modifican algunas normas del título XI del Libro II del Decreto-Ley 100 de 1980 (Código Penal), relativo a los delitos contra la libertad y pudor sexuales y se adiciona el artículo 417 del Decreto 2700 de 1991 (Código Procedimiento Penal) dictándose otras disposiciones, en términos de Vargas Guarín (2006) se da una “amplia visión a los derechos que son vulnerados en un delito sexual”, toda vez que los bienes jurídicamente protegidos son la libertad sexual y la dignidad humana y ya no la libertad y el pudor sexual como lo hacía el Código Penal Decreto Ley 100 de 1980, introduciéndose el derecho a la igualdad reconocido por la Asamblea Nacional Constituyente del año 1991 como el primero de los derechos de las personas y como uno de los fines fundamentales del nuevo modelo de Estado, así como el derecho a la libertad sexual, definida en términos de Antolisei (1982) como “la facultad que a cada uno compete de disponer del propio cuerpo para los fines sexuales”. En lo relacionado con la tipificación y sanción de los delitos sexuales cometidos con menores de 14 años, la Ley 360 de 1997 introdujo importantes modificaciones al Código Penal de 1980, quedando consagrado tal aspecto originalmente de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 1o. El título XI del Libro II del Decreto-Ley 100 de 1980 (Código Penal) se denominará así:

"Delitos Contra la Libertad Sexual y la Dignidad Humana"

ARTÍCULO 2o. El artículo 298 del Código Penal quedará así:

ARTÍCULO 298. ACCESO CARNAL VIOLENTO. El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, estará sujeto a la pena de ocho (8) a veinte (20) años de prisión.

El que realice acceso carnal con persona menor de doce (12) años, mediante violencia, estará sujeto a la pena de veinte (20) a cuarenta (40) años. (Subrayado fuera de texto).

...

ARTÍCULO 5o. El artículo 303 del Código Penal quedará así:

ARTÍCULO 303. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años. (Subrayado fuera de texto).

...

ARTÍCULO 7o. El artículo 305 del Código Penal quedará así:

ARTÍCULO 305. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, estará sujeto a la pena de dos (2) a cinco (5) años de prisión. (Subrayado fuera de texto).

Es importante señalar que en su artículo 15, la Ley 360 de 1997 consagró los derechos de las víctimas de los delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana, entre los que se destacan el de ser tratada con dignidad, respeto y privacidad en cualquier actuación; que se le suministre información sobre los procedimientos legales que se derivan del hecho y la posibilidad de acceder a la indemnización de perjuicios, de los servicios disponibles para atender las necesidades que le generen el delito, a obtener acceso gratuito, orientación y consejería para ella y su familia, exámenes y tratamientos para la prevención de enfermedades venéreas incluido el VIH/SIDA, para trauma físico y emocional, recopilación de evidencia médico-legal. Así mismo, en el artículo 16 se ordena la creación de Unidades Especializadas de la Fiscalía y Cuerpo Técnico de Investigación, debiendo contar con un psicólogo de planta para que asesore, entreviste,

oriente a las víctimas y rinda su concepto al fiscal (Senado de la República, 1997). Finalmente es de resaltar que la Ley 360 de 1997 al igual que Decreto Ley 100 de 1980, fue derogada por el artículo 474 de la Ley 599 de 2000, empezando a regir esta última un (1) año después de su promulgación, es decir, dicha ley estuvo vigente en Colombia hasta el día 23 de Julio de 2001, fecha en la que ya estaba en plena vigencia el modelo de Estado adoptado por la Constitución Política del año 1991.

### **2.3.5 Ley 599 de 2000 o Código Penal**

El Código Penal nacional vigente o Ley 599 del 24 de julio 2000, incorpora entre sus normas rectoras el reconocimiento de la dignidad humana que prohíbe tratar a los seres humanos como medios, siguiendo de esta manera las pautas señaladas en la Constitución Política de 1991 y en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado de Colombia conforme a las nuevas reglas del llamado bloque de constitucionalidad, dando igualmente un amplio y taxativo reconocimiento a los derechos fundamentales, teniendo como soporte la dignidad humana, por cuanto la comisión de un delito sexual vulnera la totalidad de los derechos del ser humano (Vargas Guarín, 2006). La nueva codificación penal también hace referencia a la protección de los derechos del menor, definiendo el acceso carnal en sentido amplio y prescribiendo las circunstancias que hacen más gravoso el delito como por ejemplo “si la conducta se cometiere sobre una persona menor de doce años” (Senado de la República, 2000). En lo que respecta a la tipificación de los delitos sexuales con menores, la Ley 599 de 2000 estableció tipos específicos con penas y características concretas materializadas bajo los siguientes términos originales:

“TITULO IV

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD  
Y FORMACION SEXUALES

...

CAPITULO II  
DE LOS ACTOS SEXUALES ABUSIVOS

Artículo 208. *Acceso carnal abusivo con menor de catorce años*. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años. (Subrayado fuera de texto).

Artículo 209. *Actos sexuales con menor de catorce años*. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años. (Subrayado fuera de texto).

...

“Artículo 211. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

(...)

4. Se realizare sobre persona menor de doce (12) años”. (Subrayado fuera de texto).

De esta normativa es importante destacar en primer lugar que según su artículo 476, esta entraba a regir un año después de su promulgación, es decir que entró en vigencia en todo el territorio nacional a partir del 24 de julio de 2001, así como que los bienes jurídicamente protegidos frente a las conductas sexuales con menores de 14 años son ahora “la libertad, integridad y formación sexuales” y ya no “la libertad sexual y la dignidad humana” como había sido introducido por la Ley 360 de 1997, modificando en este mismo sentido el Decreto Ley 100 de 1980.

### **2.3.6 Ley 679 de 2001**

La ley 679 del 3 de agosto de 2001 que entró en vigencia el día 4 de agosto de 2001 y que expidió un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución, adicionó el artículo original 303 del Decreto Ley 100 de 1980, disminuyendo la pena original en una tercera parte si el sujeto activo realizaba cualquiera de las conductas descritas en el

texto original con personas menores de catorce años por medios virtuales, utilizando redes globales de información (Senado de la República, 2001a). Expresamente la norma señalaba:

## “CAPITULO VII

### MEDIDAS PENALES

ARTÍCULO 33. ADICIÓNASE EL ARTÍCULO 303 DEL CÓDIGO PENAL CON EL SIGUIENTE INCISO. "Si el agente realizare cualquiera de las conductas descritas en este artículo con personas menores de catorce años por medios virtuales, utilizando redes globales de información, incurrirá en las penas correspondientes disminuidas en una tercera parte." (Subrayado fuera de texto).

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Tan pronto como entre en vigencia la Ley 599 de 2000 el presente artículo tendrá el número 209”.

Frente a la vigencia de la normativa, es de señalar que el artículo 5 la Ley 1236 de 2008 relativa a delitos de abuso sexual modificó el artículo 209 de la Ley 599 de 2000 que a su vez había derogado el artículo 303 del Decreto Ley 100 de 1980 relacionados todos con los actos sexuales con menor de 14 años, unificándose en un solo inciso su contenido y por lo tanto suprimiendo la adición efectuada por la Ley 679 de 2001.

### **2.3.7 Ley 890 de 2004**

La Ley 890 del 7 de julio de 2004 modificó y adicionó el código penal o Ley 599 de 2000, estableciéndose bajo los términos del artículo 14 de la nueva normativa que “las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarían en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo”, dándose de esta manera una nueva modificación a los delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia (Senado de la República, 2004). Así las cosas, el texto original de la Ley 599 de 2000, adicionado por la Ley 679 de 2001 y con las penas aumentadas por la Ley 890 de 2004 frente a los delitos en estudio, quedaban textualmente para la época:

“ARTÍCULO 208. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de cinco (5) años y tres (3) meses a doce (12) años (Subrayado fuera de texto).

ARTÍCULO 209. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de cuatro (4) a siete (7) años y cinco (5) meses (Subrayado fuera de texto).

Si el agente realizare cualquiera de las conductas descritas en este artículo con personas menores de catorce años por medios virtuales, utilizando redes globales de información, incurrirá en las penas correspondientes disminuidas en una tercera parte”. (Subrayado fuera de texto).

En lo relacionado con la entrada en vigor de la Ley 890 de 2004, el artículo 15 de la misma señaló que la norma regía a partir del 1º de enero de 2005, con excepción de los artículos 7º a 13, los que entraron en vigor en forma inmediata. Así mismo es importante resaltar que la Ley 1236 de 2008 aumento nuevamente las penas para los delitos sexuales con menores de 14 años, dejando sin efectos jurídicos el aumento efectuado por la reseñada Ley 890.

### **2.3.8 Ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal**

La Ley 906 del 31 de agosto de 2004 por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, misma que ha sido corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004, reguló aspectos procedimentales en relación con el tratamiento que deben recibir las víctimas menores de edad frente a conductas sexuales (Senado de la República, 2004a). Específicamente se estipularon las siguientes garantías:

*“Artículo 68. Exoneración del deber de denunciar. Nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, ni a denunciar cuando medie el secreto profesional.*

(...)

*Artículo 155. Publicidad.* Las audiencias preliminares deben realizarse con la presencia del imputado o de su defensor. La asistencia del Ministerio Público no es obligatoria.

Serán de carácter reservado las audiencias de control de legalidad sobre allanamientos, registros, interceptación de comunicaciones, vigilancia y seguimiento de personas y de cosas. También las relacionadas con autorización judicial previa para la realización de inspección corporal, obtención de muestras que involucren al imputado y procedimientos en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales. Igualmente aquella en la que decrete una medida cautelar. (Subrayado fuera de texto)

(...)

*Artículo 250. Procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales.* Cuando se trate de investigaciones relacionadas con la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito en donde resulte necesaria la práctica de reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas, tales como extracciones de sangre, toma de muestras de fluidos corporales, semen u otros análogos, y no hubiera peligro de menoscabo para su salud, la policía judicial requerirá el auxilio del perito forense a fin de realizar el reconocimiento o examen respectivos.

En todo caso, deberá obtenerse el consentimiento escrito de la víctima o de su representante legal cuando fuere menor o incapaz y si estos no lo prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. De perseverar en su negativa se acudirá al juez de control de garantías para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección. (Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-822 de 2005).

El reconocimiento o examen se realizará en un lugar adecuado, preferiblemente en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, en un establecimiento de salud”.

Es de señalar que el artículo 68 citado referente a la exoneración el deber de denunciar fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-848 de 2014, en el entendido de que la exoneración allí prevista con respecto al cónyuge, compañero permanente y parientes en el cuarto grado de consanguinidad y civil, o segundo de afinidad, no comprende las hipótesis en las que el sujeto pasivo del delito es un menor de edad, y se afecta la vida, integridad personal, libertad física o libertad y formación sexual del niño. Frente a la vigencia de la norma, el artículo 533 de la misma señala que el nuevo código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero del año 2005.

### **2.3.9 Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia**

El artículo 48 original de la Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006 por medio de la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia en Colombia, contempló la existencia de lo que denominó “*espacios para mensajes de garantía y restablecimiento de derechos*” dirigidos a los niños, las niñas, los adolescentes y sus familias. Sobre este tema, el primer inciso de la norma ordena incorporar a los contratos de concesión de los servicios de radiodifusión, televisión y espacios electromagnéticos, la obligación del concesionario de ceder espacios de su programación para la transmisión de este tipo de mensajes, cuyo contenido deberá ser determinado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF (Senado de la República, 2006b). Establecida de manera general esta atribución en cabeza del mencionado instituto, el inciso segundo contempló un caso especial que, en consecuencia, limitó parcialmente la autonomía de dicha entidad para determinar el contenido de tales mensajes, tratándose de la presentación “por lo menos una vez a la semana”, “con nombres completos y foto reciente”, de “las personas que hayan sido condenadas en el último mes por cualquiera de los delitos contemplados en el Título IV ‘Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales’ cuando la víctima haya sido un menor de edad”. Expresamente señalaba la normativa en comentario:



“ARTÍCULO 48. ESPACIOS PARA MENSAJES DE GARANTÍA Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS. Los contratos de concesión de los servicios de radiodifusión, televisión y espacios electromagnéticos incluirán la obligación del concesionario de ceder espacios de su programación para transmitir mensajes de garantía y restablecimiento de derechos que para tal fin determine el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar dirigidos a los niños, las niñas y los adolescentes y a sus familias.

En alguno de estos espacios y por lo menos una vez a la semana, se presentarán con nombres completos y foto reciente, las personas que hayan sido condenadas en el último mes por cualquiera de los delitos contemplados en el Título IV, ‘Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales’, cuando la víctima haya sido un menor de edad”. (Subrayado fuera de texto).

Frente a este segundo inciso del artículo 48, es de señalar que la Corte Constitucional de Colombia mediante Sentencia C-061 del 30 de enero de 2008 y con ponencia del Magistrado Nelson Pinilla Pinilla, lo declaró inexecutable, argumentando entre otros aspectos, notorios peligros y afectaciones que ella supone tanto para los individuos penalmente sancionados como para los miembros de sus familias, y aún para las posibles víctimas y sus allegados, lo que la hace “un mecanismo desproporcionado e innecesario frente a la búsqueda de los objetivos que persigue”. Así mismo, el artículo 199 de la Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006 por medio de la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia en Colombia (Senado de la República, 2006b), reguló los beneficios y mecanismos sustitutos de la pena cuando se trate entre otros, de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes, estableciendo taxativamente las siguientes palabras:

“ARTÍCULO 199. BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas: (Subrayado fuera de texto)

1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004.
2. No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.
3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios.
4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal.
5. No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal.
6. En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004.
7. No procederán las rebajas de pena con base en los "preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado", previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.
8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. En donde permanezca transitoriamente vigente la Ley 600 de 2000, cuando se trate de delitos a los que se refiere el

inciso primero de este artículo no se concederán los beneficios de libertad provisional garantizada por caución, extinción de la acción penal por pago integral de perjuicios, suspensión de la medida de aseguramiento por ser mayor de sesenta y cinco (65) años, rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; ni se concederán los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de pena, y libertad condicional. Tampoco procederá respecto de los mencionados delitos la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal siempre que esta sea efectiva”.

El artículo 216 del nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia reguló la validez de la norma, estableciendo que la Ley entraba en vigor seis (6) meses después de su promulgación, con excepción de los artículos correspondientes a la ejecución del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, los cuales se implementarían de manera gradual en el territorio nacional empezando el primero de enero de 2007 hasta su realización total el 31 de diciembre de 2009. Así mismo, el inciso segundo del mismo artículo 216, que fue corregido por el artículo 3 del Decreto 578 de 2007, estableció que el artículo 199 relativo a los beneficios y mecanismos sustitutivos entraba en vigor a partir de la promulgación de la Ley, esto es el día 8 de noviembre de 2011.

### **2.3.10 Ley 1236 de 2008**

La Ley 1236 del 23 de julio de 2008 modificó algunos artículos del Código Penal Ley 599 de 2000 relativos a delitos de abuso sexual, incluyendo dentro de sus reformas los cometidos en perjuicio de menores de 14 años, dejando *in integrum* el precepto que del tipo había dado el legislador del año 2000, pero elevando la sanción de las conductas (Senado de la República, 2008). Concretamente la norma señala:

#### “CAPITULO II

#### DE LOS ACTOS SEXUALES ABUSIVOS

ARTÍCULO 4o. El artículo 208 del Código Penal (Ley 599 de 2000) quedará así:

*“Artículo 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años”.* (Subrayado fuera de texto).

ARTÍCULO 5o. El artículo 209 del Código Penal (Ley 599 de 2000) quedará así:

*“Artículo 209. Actos sexuales con menor de catorce años. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años”.* (Subrayado fuera de texto).

(...)

ARTÍCULO 7o. El artículo 211 del Código Penal (Ley 599 de 2000) quedará así:

*“Artículo 211. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:*

(...)

4. Se realizare sobre persona menor de catorce (14) años”. (Subrayado fuera de texto)

Es de señalar que esta última norma se aplica a todos los delitos consagrados en los artículos anteriores al 211, por lo que por su ubicación en el Código es aplicable a los artículos 205 –*Acceso carnal violento*–, 206 –*Acto sexual violento*–, 207 - *Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir* –, 208 – *Acceso carnal abusivo con menor de catorce años*–, 209 –*Actos sexuales con menor de catorce años*–, 210 –

*Acceso carnal o acto sexual abusivos con persona incapaz de resistir-* y 210 A –*Acoso sexual-* de la Ley 599 de 2000, tal como fue modificada por la Ley 1236 de 2008, pues ellos, como se indicó, son anteriores al artículo 211 y hacen parte de un mismo título: el Título IV, correspondiente a los Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales. Es importante igualmente referenciar que la Ley 1236 de 2008 rige a partir de la fecha de su promulgación, esto es desde el día 23 de julio de 2008. Finalmente y frente a los efectos jurídicos de la norma examinada, es importante recordar que la Corte Constitucional mediante Sentencia C-521 de 2009 (M.P. María Victoria Calle Correa) y en aplicación del principio de conservación del derecho, declaró la exequibilidad condicionada del numeral 4º del artículo 211 del Código Penal, tal como fue modificado por la Ley 1236 de 2008, siempre y cuando se entienda que dicha causal no se aplica a los artículos 208 y 209 de la codificación sustantiva.

### **2.3.11 Ley 1453 de 2011**

La Ley 1453 del 24 de julio de 2011, reglamentada por el Decreto Nacional 079 de 2012 y que reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de la Infancia y la Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad, en su artículo 65 modificadorio del artículo 24 de la Ley 1142 de 2007 que a su vez modificó el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, incorporó nuevas circunstancias al requisito de peligro a la comunidad para la imposición de una medida de aseguramiento, incluyendo desde la nueva normativa entre otras, cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años (Senado de la República, 2011). En específico la nueva norma señala:

“Artículo 65. El artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, quedará así:

*Artículo 24. Peligro para la comunidad.* Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:

(...)

7. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años”.

(Subrayado fuera de texto)

Frente a la vigencia de la normativa, es de señalar que el artículo 111 de la Ley 1453 de 2011 refiere que la misma rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga en lo pertinente las disposiciones que le sean contrarias (Senado de la República, 2011), considerándose entonces que esta norma tuvo efectos jurídicos en todo el territorio nacional a partir del día 24 de junio de 2011.

### **2.3.12 Ley 1760 de 2015**

El artículo 3º de la Ley 1760 del 6 de julio de 2015 por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, modifica el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal nacional que trata sobre el requisito de peligro para la comunidad, señalando que el juez deberá valorar entre otras circunstancias, que el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años (Senado de la República, 2015). Formalmente señala la norma:

“ARTÍCULO 3o. Modifícase el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

Artículo 310. *Peligro para la comunidad.* Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias:

(...)

6. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años”.

(Subrayado fuera de texto).

Sobre la vigencia de la Ley 1760 de 2015, el artículo 5 de la misma estipula que rige a partir de la fecha de su promulgación, esto es el día 6 de julio de 2015, salvo el artículo 1º relacionado con el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, y el numeral 6 del artículo 4º que trata sobre las causales de libertad por vencimiento de términos entre la etapa de juicio y la audiencia de lectura de fallo o su equivalente, los cuales entrarán a regir en un (1) año contado a partir de la fecha de su promulgación, esto es a partir del día 6 de julio de 2016, derogando igualmente todas las disposiciones que le sean contrarias (Senado de la República, 2015). Pese a lo anterior, en el Congreso de la República se tramita el proyecto de Ley No. 161 de Senado de 2016 y 232 de Cámara, “por medio de la cual se modifican algunas disposiciones de la Ley 1760 de 2015”, que plantea aplazar la entrada en vigor de varias disposiciones de la Ley 1760 por un año más (Senado de la República, 2016).

Una vez identificadas teóricamente las tendencias o paradigmas epistemológicos existentes para el desarrollo y/o solución de la problemática, junto con los límites dados por la academia a sus conocimientos y posturas y rastreado el gran universo o catálogo normativo legislativo que ha compuesto y conforma actualmente la Política Criminal jurídica colombiana para hacer frente a los delitos sexuales con menores de 14 años, resulta importante conocer cuáles han sido los fundamentos que han dado soporte a todas y cada una de las normas encontradas, para en un nuevo sub-apartado examinar en que paradigma de pensamiento se ubica cada una de dichas normas jurídicas, identificándose por último la tendencia mayoritaria.

## **2.4 Fundamentos y Paradigmas Específicos de la Política Criminal Jurídica de Colombia en Materia de Delitos Sexuales con Menores de 14 Años**

Inventariadas las normas legales que a nivel de Colombia y con vigencia efectiva posterior al año 1991 han regulado o regulan de una u otra forma algún aspecto referente con los delitos sexuales con menores de 14 años y reconocidas las tendencias o paradigmas epistemológicos relacionados con la fundamentación jurídica de dichas medidas de Política Criminal, resta ahora hacer un análisis asociativo de la información recolectada, identificando primero y por medio de las fuentes documentales conocidas como “antecedentes legislativos” contenidas en las “Gacetas Legislativas” ubicadas en la

fuentes documentales “Biblioteca del Congreso”, las motivaciones o fundamentos que soportaron la creación normativa, para en un segundo momento y por medio del empleo del método de razonamiento deductivo, establecer el paradigma de fundamentación de cada una de las analizadas Leyes, determinando por último el modelo epistemológico de fundamentación mayoritario.

### **2.4.1 El Universo Legislativo**

Bajo lo señalado hasta el momento, es dable afirmar que posterior al año 1991, cuando en la que se incorporó a nivel interno el nuevo modelo de Estado Constitucional de Derecho, han estado vigentes integra o parcialmente un total de diez (10) normas entre Decretos Ley y Leyes propiamente dichas que han regulado aspectos generales o específicos concernientes a los delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia, resultando de suma importancia conocer los fundamentos teóricos que dieron vida jurídica a cada una de esas normas, identificación que permitirá comprender y distinguir el paradigma epistemológico de fundamentación en que se ubica cada norma, así como el porqué de dicha clasificación.

### **2.4.2 Fundamentos del Código Penal de 1980**

Como ya se ha señalado, la única norma que fue proferida antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y que tuvo efectos jurídicos posteriores a la misma frente a los delitos sexuales en estudio, fue el Código Penal Decreto – Ley 100 de 1980 que tipificó por primera vez en nuestra legislación el delito autónomo de “Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 Años”, sancionándolo con una pena de prisión entre los 1 y 6 años, penando además como “Corrupción” a quien realizara actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de 14 años o en su presencia, o la indujera a prácticas sexuales, castigándolo con una pena de prisión de los 1 a los 4 años, estando agravadas ambas conductas si la conducta se cometía con menor de 10 años.

Es de referir que frente a la norma en estudio del año 1980, la entonces recién creada Corte Constitucional señaló que “al establecer los tipos penales, goza el legislador de una amplia discrecionalidad, pues únicamente él está llamado a evaluar el daño social que causa determinada conducta y las medidas de punición que debe adoptar el Estado, dentro del contexto de la Política Criminal, para su prevención y



castigo, por lo que la consagración de las modalidades que reviste el tipo penal y de las condiciones que se harán exigibles para que él se configure, compete al legislador” (Corte Constitucional de Colombia, C-146, 1994) fundamentándose estos nuevos tipos penales en el hecho de “tratarse de comportamientos cuya sola enunciación indica el sentido protector de las normas que los prohíben, pues lesionan gravemente la integridad física y moral, el desarrollo psicológico y la honra de los menores que puedan llegar a ser víctimas de ellos, observándose además que la edad es elemento esencial, ya que la ley no penalizó los actos sexuales considerados como tales, sino aquellos que se cometen sobre menores de 14 años” (Corte Constitucional de Colombia, C-146, 1994).

Así las cosas, es dable afirmar que la fundamentación jurídica para la tipificación de los delitos sexuales con menores de 14 años en el Decreto Ley 100 de 1980 se instala en el Paradigma “Penal y Constitucional”, en el entendido que el legislador era el competente para hacerlo, pero sobre todo porque tal consagración inicial en vez de desconocer las premisas del nuevo modelo de Estado incorporado en el año de 1991, desarrolló los principios y las normas de la Carta Política, en el entendido primero, que al tenor del artículo 5º de la Constitución, el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona, siendo uno de ellos es el indicado en el artículo 12 superior, según el cual nadie será sometido a tratos degradantes, por lo que los actos sexuales y el acceso carnal no lo son para una persona mayor, enteramente dueña de su comportamiento, mientras los lleve a cabo en forma voluntaria y libre; pero sí lo son, y en alto grado, “cuando se obtienen de una persona cuya madurez psicológica y desarrollo físico todavía están en formación, como en el caso de los menores, ya que su libertad no es plena, pues carecen de una cabal conciencia acerca de sus actos y las consecuencias que aparejan” (Corte Constitucional de Colombia, C-146, 1994); y segundo porque los procesados por dicha nueva conducta típica, serían cobijados por los vigentes postulados del artículo 29 superior, que consagra todas las garantías propias de un debido proceso penal constitucional.

### **2.4.3 Fundamentos del Aumento Punitivo de 1997**

Una vez tipificados autónomamente los delitos sexuales con menores de edad en el Colombia por medio del Decreto – Ley 100 de 1980, por vía de la Ley 360 de 1997 se aumentaron considerablemente las penas para esta clase de conductas punibles,

pasando por ejemplo el Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 Años de pena de prisión entre los 1 y 6 años a los 4 a 10 años, aumentándose de esta forma la pena mínima en un 300% y la máxima en un 75% aproximadamente, esto sin contar que la nueva Ley contempló independientemente que realizar acceso carnal con persona menor de doce (12) años, mediante violencia, estaría sujeto a la pena de veinte (20) a cuarenta (40) años de prisión, fundamentándose el severo aumento punitivo en el clamor social que pedía la eficiencia del Estado con miras a la erradicación de conductas delictivas como las examinadas (Corte Constitucional de Colombia, C-292, 1997), soportado entre otros aspectos, a que al establecerse las penas mínimas consagradas en el Decreto Ley 100 de 1980 el legislador fue demasiado benigno y permisivo, dejando de lado que de acuerdo con la Carta Política, se debe especial protección a los derechos inalienables de la mujer, el niño, el adolescente y demás integrantes de la familia, lo cual se puede instalar y responde a un Paradigma “Populista y Punitivista”.

#### **2.4.4 Fundamentos de las Reformas Legislativas Sustantivas Posteriores al Año 2000**

El año 2000 constituyó un año paradigmático para el Derecho Penal colombiano, toda vez que desde el mismo se empezó un acelerado proceso de actualización legislativa con miras, entre otros aspectos teóricos, de adecuar el Derecho de penas no solo a los postulados constitucionales que empezaron a direccionar el Estado de Derecho, sino también a los múltiples compromisos internacionales adquiridos por el Estado de Colombia en materia de Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario (DIH) y Derecho Penal Internacional (DPI). Ejemplo de lo anterior lo representa que desde el 2000 se han expedido en el país un código penal (Ley 599/2000), dos códigos de procedimiento penal (Ley 600/2000 y Ley 906/2004) y el código de la infancia y la adolescencia (Ley 1098/2006), aunado a la multiplicidad casi que desbordada de normativas concernientes a aspectos propios del sistema penal, revolución legislativa nacional en la que los delitos sexuales contra menores de 14 años han tenido una evidente participación, ya que estos han sido objeto para la creación o reforma de un buen número de normativas.

En relación con las reformas legislativas de tipo sustantivo, es dable afirmar que a partir del año 2010 hasta el 2015 incluido se han dado un total de cuatro (04) reformas legislativas (Ley 599/2000, Ley 679/2001, Ley 890/2004 y Ley 1236/2008) que han sido fundamentadas desde diferentes perspectivas jurídicas para fijar o aumentar las penas

para los victimarios de delitos sexuales con menores de 14 años. A continuación, se procederá a conocer esos ideales que les dieron vida jurídica y el paradigma en el cual se instala cada uno de ellos. En primer lugar hay que hacer referencia a la *Ley 599 de 2000* o Código Penal que de acuerdo con Sanín (2003), pretendía por una parte, modernizar y actualizar la legislación penal existente desde 1980 con el fin de enfrentar las nuevas realidades políticas, sociales y económicas de la sociedad, procurando de otra parte, unificar la dispersa legislación penal en un cuerpo de "Derecho Penal fundamental" sistematizado y coherente, para finalmente y como ya se esbozó, adecuar la normatividad penal con los principios trazados por la Constitución Política de 1991.

Con base ya en la nueva Constitución Política, la nueva codificación penal partió de la regulación de las garantías penales materiales (principio de legalidad, pilar fundamental del Estado de Derecho, aunado a los principios de Derecho de Acceso a la Administración de Justicia y todos los contenidos en el artículo 29 del Debido Proceso), iniciando la tipificación de las conductas punibles del principio de intervención mínima, base del Derecho Penal, que configura a éste como *ultima ratio*, y que señala que sólo puede pensarse una conducta cuando las demás normas del ordenamiento jurídico han demostrado ser insuficientes o ineficaces, conjugado con el principio de proporcionalidad, entendido como "la exigencia de adecuar la sanción penal realmente a la gravedad del hecho, asegurándose la garantía en la tipificación y sobre todo con las penas que le correspondan, siempre de conformidad con el nuevo modelo de Estado" (López, 2000).

Lo anterior permite inferir que la fundamentación jurídica para la tipificación de los delitos sexuales con menores de 14 años en la Ley 599 de 2000 o Código Penal se instala en el Paradigma "Penal y Constitucional", en el entendido que la nueva codificación se construyó con base en las nuevas pautas penales incorporadas en su momento por la Carta Política de 1991, sana intención que redundó en la creación, o por lo menos en el punto de inicio de una Política Criminal nacional coherente, que partía de una realidad social y no de la sociedad como tal, y que permitía la interpretación a través de la normatividad constitucional y penal, de los cambios permanentes de la sociedad (Senado de la República, 1998). No obstante el excesivo tecnicismo, así como la fuerte presencia de las funciones simbólicas del Derecho Penal (Sotomayor, 2007) entre otros muchos defectos encontrados, es innegable que la fundamentación jurídica de la Ley 599 de 2000 se dio con base en las pautas constitucionales y los principios del Derecho Penal.

En relación con la *Ley 679 de 2001*, es de señalar que esta norma en desarrollo de su objeto teórico proclamado en el artículo 1º de la misma y que no fue otro sino el de dictar medidas de protección contra la explotación, la pornografía, el turismo sexual y demás formas de abuso sexual con menores de edad mediante el establecimiento de normas de carácter preventivo y sancionatorio, adicionó el artículo original 303 del Decreto Ley 100 de 1980 y/o el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, en el sentido de sancionar penalmente las conductas sexuales cometidas con menores de 14 años si se realizaban por medios virtuales o utilizando redes globales de información, tratándose de proteger los bienes jurídicos en nuevos contextos digitales.

La anterior ampliación específica del tipo penal base se fundamentó, una vez examinada la exposición de motivos de la propuesta (Senado de la República, 2001), en el simple hecho de que el nuevo Código Sustantivo Penal o Ley 599 de 2000 pese a su reciente aprobación y promulgación el 24 de julio de 2000 en el *Diario Oficial* 44.097, no consideró este tipo de conductas que exigen proscripción. En términos generales se soportó igualmente la iniciativa con el argumento de que la legislación debía ocuparse de penalizar las conductas examinadas en sus nuevas modalidades creando las contravenciones necesarias, con el fin de castigar administrativamente a los infractores, ya que el delito de la corrupción de menores establecido en su momento en el Decreto Ley 100 de 1980 era excarcelable y con condenas inofensivas, siendo emergente la necesidad de castigo ejemplar a los responsables en procura de hacer valer la dignidad de los menores.

Sin lugar a dudas, la fundamentación jurídica de la ampliación a la tipificación de los delitos sexuales con menores de 14 años incorporada por la Ley 679 de 2001 se instala en el Paradigma "Populista y Punitivista", en el entendido que adicionar elementos típicos a una Ley como la 599 de 2000 que para su momento estaba recién aprobada y no había sido objeto siquiera de prueba de efectividad en el escenario penal nacional, constituye el inicio en términos de Laino (2010), del fenómeno de "inflación punitiva" característico que a nivel interno han tenido los delitos sexuales con menores de 14 años, adición legislativa primigenia que privilegió la opinión pública y política, y que marcó el punto de partida para la fundamentación simbólica del Derecho Penal como remedio exclusivo para erradicar el problema social del abuso sexual infantil en Colombia, utilizando la siempre asequible y violenta herramienta del *ius puniendi* del Estado.

Pasando ahora a la *Ley 890 del 2004* que modificó y adicionó la Ley 599 de 2000, es de recordar que el artículo 14 de la misma estableció que las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarían en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo, afectándose de esta forma y directamente, entre muchos otros, a los delitos sexuales con menores de 14 años, toda vez que de esta manera el “Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 Años” pasó de pena de prisión de cuatro (4) a ocho (8) años a los cinco punto tres (5.3) a doce (12) años, y el “Acto Sexual con Menor de 14 Años” pasó de pena de prisión de tres (3) a cinco (5) años a cuatro (4) a siete punto (7.5) años.

Es de señalar que el incremento genérico de las penas contemplado en esta nueva normativa se fundamentó jurídicamente en que el mismo se erigía como medio idóneo para permitir la aplicación de los institutos de allanamiento a cargos, acuerdos y negociaciones regulados en la Ley 906 de 2004 y mantener los márgenes claros de proporcionalidad estimados por el legislador al expedir el Código Penal ante el amplio margen de discrecionalidad que se le otorgó a la Fiscalía para negociar, de ahí que la misma CSJ (Corte Suprema de Justicia, Proceso 33254, 2013) haya señalado que: “reafirmando el criterio de que la Ley 890 de 2004 tiene una causa común y está ligada en su origen y discurrir con la Ley 906 de 2004, por manera que el incremento punitivo de su artículo 14, sólo se justifica en cuanto se trate de un sistema procesal premial que prevé instituciones propias como el principio de oportunidad, negociaciones, preacuerdos y las reducciones de penas por allanamiento a cargos”.

Resulta más que evidente que la clara fundamentación jurídica del incremento generalizado de penas incorporado por la Ley 890 de 2004 que afectó los delitos sexuales con menores de 14 años, se instala en el Paradigma “Populista y Punitivista”, en el entendido que fue una decisión legislativa que con miras a la implementación de una nueva codificación procedimental que produjo en los términos de Henao y Balmaceda (2006) una “inflación punitiva” sin precedentes, causando no solo la inseguridad jurídica que es consiguiente a la imposibilidad de seguir asumiendo la presunción del conocimiento de la Ley (Pérez, 2004), sino el “uso del Derecho Penal como un instrumento meramente sancionador para motivar no los efectos propios sino el presunto éxito de otras normas penales, relativizando los principios que defiende y por el contrario potenciando el autoritarismo político emergente” (García-Pablos de Molina, 2006).

Finalmente y para cerrar el análisis sustantivo, hay que hacer referencia a la *Ley 1236 del 2008* que modificó algunos artículos del Código Penal Ley 599 de 2000 relativos a delitos de abuso sexual, en los que se incluye los perpetuados con menores de 14 años y en la que se procede a elevar la sanción de las conductas ya incrementadas previamente por la Ley 890 de 2004, pasando de esta forma la pena para el “Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 Años” de los 5.3 a 12 años a los 12 a 20 años, mientras que la pena en el “Acto Sexual con Menor de 14 Años” se pasa de 4 a 7.5 años a los 9 a 13 años (Más del 110% de aumento para los mínimos y el 75% aproximado de aumento en los máximos), justificándose tales aumentos entre otros muchos motivos no jurídicos, en el pensamiento, mas no el sustento riguroso, de que “la legislación penal colombiana ha tratado con demasiada benignidad las agresiones sexuales, en especial contra los menores de edad, en las distintas conductas delictivas que ha definido el legislador” (Senado de la República, 2006).

Frente a estos progresivos aumentos punitivos, resulta evidente una vez más que la fundamentación jurídica del incremento de penas para los delitos sexuales con menores de 14 años incorporado por la Ley 1236 de 2008 se instala de manera indudable en el Paradigma “Populista y Punitivista”, en el entendido que revisados cuidadosamente la exposición de motivos de la Ley (Senado de la República, 2006), no se encuentra ni un solo argumento académica o jurídicamente soportado (mas sí muchos populistas) que permita inferir de una forma más que razonada y en los específicos términos planteados por Bottoms (2007) o en los anclajes normativos constitucionales, que la formulación o imposición de más y mayores penas pueden reducir de manera eficaz el delito.

Ejemplo de lo anterior lo constituye la intervención en las discusiones de Héctor Helí Rojas, senador y ponente del proyecto de la Ley 1236 de 2008, quien argumentó el aumento punitivo establecido bajo los siguientes términos: “Frente al drama que vive la sociedad por la victimización de los menores, las argumentaciones de la solución penal como *última ratio*, deben ceder. Hay que hacer algo (...), patrocinaremos la idea de imponer penas más severas que eviten de por sí beneficios y rebajas que hoy 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” (Senado de la República, 2006a).

### **2.4.5 Fundamentos de las Reformas Legislativas Procesales Posteriores al Año 2000**

Dentro de la ya referenciada insurrección legislativa penal nacional iniciada a partir del año 2000, los aspectos procesales en relación con los delitos sexuales con menores de 14 años también han sido objeto de constante cambio, ya que desde el año 2010 hasta el 2015 incluido se han dado un total de cuatro (04) reformas legislativas de este tipo (Ley 906/04, Ley 1098/06, Ley 1453/11 y Ley 1760/15) que han sido fundamentadas desde diferentes perspectivas jurídicas para regular o en muchos casos endurecer los diferentes procedimientos mediante los cuales los presuntos victimarios o condenados de delitos sexuales con menores de 14 años son juzgados o rehabilitados respectivamente. De la misma manera que se desarrolló en la parte sustantiva previamente examinada, a continuación, se procederá a conocer los fundamentos jurídicos de cada una de las normativas procedimentales tienen, identificando el paradigma en el cual se instala cada una de ellas.

En primer lugar hay que hacer referencia a la *Ley 906 de 2004* o nuevo Código de Procedimiento Penal, normativa que frente a la temática estudiada regulo aspectos concernientes a la exoneración al deber de denunciar (Art. 68), a la aplicación del principio de Publicidad (Art. 155) y al procedimiento en caso de lesiones o de víctimas de agresiones sexuales (Art. 250), y fue fruto del Acto Legislativo No. 03 de 2002 que al modificar los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política de 1991, sentó las bases para el diseño en Colombia de un sistema procesal penal de investigación y juzgamiento con tendencia acusatoria. Este nuevo sistema, desarrollado íntegramente por la Ley 906 de 2004, introdujo según Avella (2007) una “marcada tendencia acusatoria del proceso penal, que si bien de una parte tiene por objeto la protección de bienes jurídicos de alta consideración en procura de obtener un orden social justo (Preámbulo y artículo 2° de la C.P/91), de otra, se cimienta en la protección y la garantía de los derechos fundamentales del implicado y de la víctima, mismos consagrados en el artículo 29 superior”.

Así las cosas, la simple consagración legal de las garantías procesales que rigen el proceso penal colombiano y que se extienden tanto a víctimas como victimarios de delitos sexuales con menores de 14 años, y que en todos los casos se cimientan en la Constitución Política y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados

por el Estado, permite inferir que los fundamentos jurídicos de tales formas se instalan en el Paradigma “Penal y Constitucional”, en el entendido que en términos de Avella (2007), “la base del sistema acusatorio colombiano se encuentra en las pretensiones democráticas del Estado Social y de Derecho, especialmente en las relacionadas con las garantías de dignidad humana, libertad e igualdad, con lo que se impone una interpretación constitucional de las instituciones de orden procesal, en donde la Ley fundamental resulta determinante de su estructura, en tanto fundamenta filosófica y teleológicamente todas las instituciones que de él hacen parte”.

Pasando ahora al examen de la *Ley 1098 de 2006*, misma que como se señaló expidió en Colombia el Código de la Infancia y la Adolescencia, es de recordar que esta normativa en relación específica con los delitos sexuales con menores de 14 años reguló por un lado los denominados “espacios para mensajes de garantía y restablecimiento de derechos” (Art. 48) dirigidos a los niños, las niñas, los adolescentes y sus familias, y que dieron pie a nivel local a figuras tales como los “Muros o Vallas de la Infamia” entre otras parecidas, y por el otro la nueva normativa que endureció o eliminó drásticamente los beneficios y mecanismos sustitutos de la pena (Art. 199) cuando se trate entre otros, de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes, medidas que fueron fundamentadas principalmente en el discurso político mas no jurídico del principio *pro infans* resguardando las garantías superiores de los infantes sobre las de los adultos, lo que presuntamente legitimaba en todos los casos el establecer severidad en los procedimientos (Senado de la República, 2005).

Es de señalar que la fundamentación de las medidas procesales incorporadas por la nueva codificación procesal colombiana en relación con la temática examinada, sin lugar a dudas se inscriben en el Paradigma “Populista y Punitivista”, en el entendido que nunca se fundamentaron en los postulados teóricos y/o fines efectivos presentes o futuros de las garantías procesales constitucionales que deben rodear en todo momento un procedimiento penal, ya que frente a la primera de las medidas, esto es los “espacios para mensajes de garantía y restablecimiento de derechos”, en términos de la misma Corte Constitucional (2008), “existió un alto grado de incertidumbre sobre la capacidad que estos puedan tener para alcanzar de manera efectiva el propósito de protección a la niñez con el que presumiblemente fueron establecidas, resultando entonces desproporcionadas e innecesarias frente a la búsqueda de dichos objetivos”, ya en palabras del mismo



Tribunal, “son notorios los peligros y afectaciones que dichas medidas suponen tanto para los individuos penalmente sancionados como para los miembros de sus familias, y aún para las posibles víctimas y sus allegados” (*Ibíd.*).

Frente a la segunda medida adoptada por el nuevo Código en relación con el tema objeto de estudio, esto es el endurecimiento o eliminación de los beneficios y mecanismos sustitutivos de la pena cuando se trate entre otros, de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes, es de señalar que dichas políticas criminales tampoco se cimentaron en los parámetros constitucionales equilibrados en que se funda el Estado colombiano y demás normas que integran el bloque de constitucionalidad, en virtud de las cuales existen garantías mínimas aplicables en general a todas las personas -incluyendo los infractores de la Ley penal- y que de ningún modo pueden ser desconocidas, abolidas o suspendidas, como la dignidad humana, que además de ser un principio y derecho fundamental se constituye en un límite al ejercicio del *ius puniendi*, en el entendió que en una vez más se apeló a la aplicación del principio *pro infans* que justifica sin más sancionar severamente los delitos contra menores y establecer restricciones de tipo judicial y administrativo para los condenados por estas conductas penales, desconociéndose las garantías mínimas superiores del condenado (Corte Constitucional de Colombia, T-718, 2015).

Continuando con el análisis procedimental propuesto, es de recordar que la *Ley 1453 del 24 de julio de 2011* o de “Seguridad Ciudadana” que reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 65 modificadorio del artículo 24 de la Ley 1142 de 2007 que a su vez modificó el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, incorporó nuevas circunstancias al requisito de peligro a la comunidad para la imposición de una medida de aseguramiento, incluyendo desde la nueva normativa entre otras, cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años, siendo suficiente de esta forma, la calificación de “grave” de la conducta para su imposición, argumentándose dicha norma en términos muy generales en “la eliminación de la impunidad, la lucha contra la criminalidad organizada y el terrorismo, el aumento de la efectividad del procedimiento penal, la extinción del dominio y la responsabilidad juvenil, y la vinculación de la comunidad en la prevención del delito, aunado a la remoción de obstáculos injustificados que generan impunidad y caos en la administración de justicia” (Senado de la República, 2010).

Analizada con algún grado de detalle la exposición de motivos de la Ley 1453 del 24 de julio de 2011 (Senado de la República, 2010a) es pertinente señalar que no existe ningún argumento específico que sustente jurídicamente la modificación de una figura estrictamente procesal penal como lo es la de la “Medida de Aseguramiento” para incluir como nueva circunstancias al requisito de peligro a la comunidad cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años, vacío en fundamentación que inscribe tal endurecimiento el procedimiento penal en el Paradigma “Populista y Punitivista”, en el entendido que un robustecimiento del procedimiento penal que a la postre conlleva a mayores restricciones al principio *pro-libertate* debe ser fruto de un riguroso estudio desde la dogmática penal y constitucional que justifique tal medida, mas no del simple y reiterado argumento político del aumento de la criminalidad, ya que esto como se ha dicho reiteradamente, desdibuja la naturaleza y fin del sistema penal, en esta ocasión en lo concerniente a los rituales procesales, validándose de esta forma una nueva ecuación jurídica referente a *más criminalidad = más restricciones*.

Finalmente, este apartado de estudio concluye con el análisis de la Ley 1760 de 2015 por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, modificando el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal nacional que trata sobre el requisito de peligro para la comunidad, señalando que el juez deberá valorar entre otras circunstancias, que el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años. Es de señalar que de esta modificación se desprende que para la imposición de la medida de aseguramiento consistente en la privación de la libertad se deben señalar requisitos a cumplir en su totalidad, pues no es suficiente calificar de grave la conducta (como lo estipuló la reforma de la Ley 1453 de 2011) para optar por su imposición, lo que obliga a quien solicita la privación de la libertad a probar ante el juez de control de garantías, quien define la situación jurídica, la insuficiencia de las demás medidas de aseguramiento para garantizar el cumplimiento de los fines de las mismas, lo que reafirma el carácter de *última ratio* de la privación de la libertad (Senado de la República, 2014).

De esta manera, es de señalar que la fundamentación jurídica para la exigencia de nuevos requisitos frente a la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad para los victimarios en casos de delitos sexuales con menores de 14 años se instalan en el Paradigma “Penal y Constitucional”, en el entendido que si bien es cierto

que el Estado es el titular de la función punitiva, también lo es que el ejercicio de la misma tiene sus límites tanto materiales como formales, lo que significa que el titular del *ius puniendi* no está autorizado para actuar de manera absoluta e ilimitada en la afectación de valores superiores como el de la libertad, porque solo debe y puede restringirla en los casos expresamente señalados por la ley, mediante el agotamiento de las exigencias procesales legales y durante los plazos que deben ser de conocimiento del destinatario de la acción penal, aunado a que debe tenerse muy presente que en esta materia el principio que ha de regular al Derecho Penal en un Estado Constitucional siempre es el de la detención preventiva y excepcional, en el entendido que “descartadas la utilidad de otras posibles medidas cautelares, solo resta la alternativa única de enviar a un establecimiento carcelario a quien su inocencia se presume” (Senado de la República, 2014a).

## Conclusiones de Capítulo

1. Epistemológicamente, existen dos (02) tendencias o paradigmas jurídicos para explicar la fundamentación en Derecho que ha tenido cada una de las normas que conforman la Política Criminal jurídica nacional para hacer frente a los delitos sexuales con menores de 14 años;

2. El primer paradigma de fundamentación jurídica es el “Populista y Punitivista” que puede ser resumido como aquel que se soporta en la implementación política y gradual de Leyes penales que imponen mayor severidad en la sanción o en los procedimientos como fórmula para la disminución de la criminalidad;

3. El paradigma “Populista y Punitivista” abandona el acompañamiento de los expertos en el control de la criminalidad y esta pasa a ser una cuestión de sentido popular, razón por la cual todos los ciudadanos están llamados a participar en la formulación de la Política Criminal que trazan los Estados;

4. En el paradigma “Populista y Punitivista” la Política Criminal se fundamenta materialmente en un “Estado Penal de Derecho” donde los conflictos sociales se resuelven con penas de prisión lo más severas posibles motivadas por el sentir popular, lo cual se resume en la ecuación *Populismo = Punitivismo*;

5. Por otro lado se encuentra el paradigma “Penal y Constitucional” que puede ser entendido como aquel que se soporta la Política Criminal de un Estado en los institutos propios del Derecho Penal, mismos que están condicionados armónicamente a los postulados de una Carta Magna de corte democrático;

6. El paradigma “Penal y Constitucional” utiliza siempre el Derecho para designar la manera como se construye y maneja el control de la criminalidad, por lo que la Política Criminal de ser un asunto meramente populista y político-punitivo pasa a ser una cuestión eminentemente jurídica;

7. En el paradigma “Penal y Constitucional” la Política Criminal se fundamenta materialmente en la integración plena entre del Derecho Penal y la Constitución, arquetipo que materializa el respeto y garantía de los derechos fundamentales, y que por lo tanto se resume en la ecuación *Derecho = Garantías*;

8. La Política Criminal jurídica en Colombia se articula por el legislador a través de la expedición de normas, siendo la legislación penal (política penal) la manifestación concreta de dicha política pública, misma que es fruto de la decisión parlamentaria que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen;

9. El legislador nacional para afrontar la problemática social de abuso sexual con niños y con base en su reconocida y amplia facultad discrecional, ha creado y puesto en circulación jurídica una serie de normas con características de orden penal tanto sustantivas como procedimentales, mediante las cuales tipifica y sanciona la conducta y regula los procedimientos;

10. Las Leyes penales que conforman la Política Criminal jurídica en Colombia sobre delitos sexuales con menores de 14 años presentan diferencias a lo largo de los años, siendo diversa en la mayoría de los casos la pena y los procedimientos, pero sobre todo la fundamentación jurídica que le han dado vida a cada normativa;

11. El Decreto Ley 100 de 1980 o Código Penal del 80 fue la primera norma penal que de manera autónoma e independiente tipificó el delito de “Acceso Carnal Abusivo

con Menor de 14 Años”, sancionándolo con una pena de prisión entre los 1 y 6 años, estando agravada la conducta si se cometía con menor de 10 años;

12. La entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 en Colombia generó que la Política Criminal nacional para hacer frente a los delitos sexuales con menores de 14 años tuviera que actualizarse para adecuarse a los nuevos principios y valores superiores señalados por la nueva Carta;

13. Las normas penales tanto sustantivas como procedimentales que regulan aspectos relacionados con los delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia posterior a la entrada del nuevo modelo de Estado, se pueden enlistar cronológicamente y caracterizar cualitativamente de la siguiente forma:

**Cuadro 2-8:** *Leyes Nacionales sobre Delitos Sexuales con Menores de 14 Años*

No.	LEY	CATEGORÍA	VIGENCIA	FUNCIÓN
01	Decreto Ley 100 de 1980 por medio del cual se expide un Código Penal	Sustancial	Vigente hasta el 23 de Julio de 2001. Derogado por le Ley 599 de 2000	Tipifica por primera vez la conducta con Pena Mínima
02	Ley 360 del 11 de febrero de 1997 por medio de la cual se modifican algunas normas del título XI del Libro II del Decreto-Ley 100 de 1980 (Código Penal), relativo a los delitos contra la libertad y pudor sexuales	Sustancial	Vigente hasta el 23 de Julio de 2001. Derogada por le Ley 599 de 2000	Aumento Punitivo

03	Ley 599 de 2000 o Código Penal	Sustancial	Vigente en la actualidad con modificaciones	Tipifica la conducta en el Nuevo Modelo de Estado
04	Ley 679 del 2001 que expidió un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores	Sustancial	Suprimida por la Ley 1236 de 2008 relativa a delitos de abuso sexual que modificó el artículo 209 de la Ley 599 de 2000 que a su vez había derogado el artículo 303 del D. Ley 100 de 1980	Ampliación del Tipo Penal
05	Ley 890 del 2004 que modificó y adicionó la Ley 599 de 2000	Sustancial	La Ley 1236 de 2008 aumento las penas para los delitos sexuales con menores de 14 años, dejando sin efectos jurídicos el aumento efectuado por la reseñada Ley 890	Aumento Punitivo
06	Ley 906 de 2004 por medio de la cual se profiere un Código de Procedimiento Penal	Procedimental	Vigente en la actualidad con modificaciones	Regula el Procedimiento en el Nuevo Sistema Procesal Acusatorio

07	Ley 1098 del 2006 por medio de la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia	Procedimental	Vigente en la actualidad con modificaciones	Endurece el Procedimiento
08	Ley 1236 del 2008 modificó algunos artículos del Código Penal de 2000 relativos a delitos de abuso sexual	Sustancial	Vigente en la actualidad	Aumento Punitivo
09	Ley 1453 de 2011 que reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de la Infancia y la Adolescencia	Procedimental	Modificada por la Ley 1760 de 2015	Endurece el Procedimiento
10	Ley 1760 de 2015 por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de libertad	Procedimental	Vigente en la actualidad	Limita la Medida de Aseguramiento Privativa de la Libertad

**Fuente:** *Elaboración Propia*

14. Posterior al año 1991 y ya dentro del nuevo modelo de Estado, han sido diez (10) las normas penales totales que regulan aspectos sustantivos o procedimentales relacionados con los delitos sexuales con menores de 14 años (100% de la muestra);

15. Haciendo un análisis estadístico elemental del 100% de la muestra legislativa identificada (10 normas sustantivas y procedimentales en total) se pueden extraer los siguientes datos:

- El 90% de las normas encontradas corresponden a Leyes propiamente dichas y solo el 10% restante corresponden a Decretos Ley;
- El 90% de las Leyes encontradas fueron proferidas posterior a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y solo el 10% restante fue proferido antes del año 1991 pero con vigencia posterior a este;
- El 60% de las Leyes encontradas regulan aspectos sustanciales y el 40% restante lo hacen frente a temas procedimentales;
- El 50% de las Leyes encontradas permanecen vigentes en la actualidad, ya sean de manera original o con modificaciones, frente al otro 50% de las mismas que ha sido derogadas;
- El 60% de las Leyes encontradas estipulan ampliaciones típicas, aumentos punitivos o endurecimiento de los procedimientos penales, y el 40% restante crean, conservan o disminuyen los tipos, las sanciones o los procedimientos penales como estrategia para hacer frente al delito en estudio.

16. Cada una de las normas penales que integran el universo legislativo que compone o ha compuesto la Política Criminal nacional en materia de delitos sexuales con menores de 14 años se soporta en uno de los dos paradigmas epistemológicos de fundamentación encontrados;

17. Específicamente, el paradigma de fundamentación de cada una de las normas penales tanto sustantivas como procedimentales que regulan aspectos relacionados con los delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia, se puede ubicar bajo los contenidos básicos del siguiente cuadro:



**Cuadro 2-9: Ubicación de los Paradigmas de Fundamentación**

No.	LEY	PARADIGMA
01	Decreto Ley 100 de 1980	Penal – Constitucional (P-C)
02	Ley 360 de 1997	Populista – Punitivista (P-P)
03	Ley 599 de 2000	Populista – Punitivista (P-P)
04	Ley 679 del 2001	Penal – Constitucional (P-C)
05	Ley 890 del 2004	Populista – Punitivista (P-P)
06	Ley 906 de 2004	Penal – Constitucional (P-C)
07	Ley 1098 del 2006	Populista – Punitivista (P-P)
08	Ley 1236 del 2008	Populista – Punitivista (P-P)
09	Ley 1453 de 2011	Populista – Punitivista (P-P)
10	Ley 1760 de 2015	Penal – Constitucional (P-C)

**Fuente:** *Elaboración Propia*

18. Estadísticamente, el 60% (06 normas penales de 10) de la Política Criminal pasada o actual en materia de delitos sexuales con menores de 14 años se fundamenta o ha fundamentado en el paradigma “Populista y Punitivista” y solo el 40% (04 normas penales de 10) restante lo ha hecho o lo hace en el “Penal y Constitucional”;

19. La tendencia de la Política Criminal colombiana en materia de delitos sexuales con menores de 14 años apunta en su mayoría al incremento de los tipos y/o de las penas o al endurecimiento de los procedimientos como estrategia para hacer frente a este tipo de criminalidad en aumento progresivo;

20. Así las cosas, se puede identificar que el paradigma epistemológico que mayoritariamente ha fundamentado o fundamenta actualmente la Política Criminal jurídica del Estado de Colombia en materia de delitos sexuales con menores de 14 años (Cumplimiento Objetivo Específico No. 01) es el “Populista y Punitivista”.



# Capítulo 3

## Marco Teórico para la Fundamentación de Política Criminal Jurídica en un Modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho

**RESUMEN:** Este capítulo desarrolla un marco teórico de carácter tripartita en torno a la fundamentación de Política Criminal jurídica en el marco de un modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho como lo es el adoptado en Colombia a partir del año 1991, precisando en primer lugar un marco de referencia histórico que hace relación al origen y evolución del Estado y de las formas en que a través de sus diferentes estadios se ha hecho frente a la criminalidad, identificando en un segundo momento un limitado marco de referencia conceptual en el que se define la Política Criminal como una disciplina propia del área del Derecho Penal, para finalmente presentar un marco de referencia específico relacionado con el desarrollo teórico y jurídico de la Política Criminal en el Derecho colombiano.

## Objetivo del Capítulo

Este tercer capítulo pretende proveer a la investigación doctoral de un marco teórico racional, lógico y secuencial que exponga las bases históricas y conceptuales generales así como las jurídicas particulares nacionales sobre la disciplina penal conocida como “Política Criminal”, todo en procura de situar el problema de investigación planteado dentro de un completo conjunto de claros conocimientos bibliográficos y teóricos los más sólidos posibles que permitan orientar la indagación académica hacia la tradición teórica asumida y por lo tanto, al conocimiento existente requerido y necesario para caracterizar el constructo epistemológico y jurídico de fundamentación de una Política Criminal Constitucional en materia de delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia, del cual parte esta tesis doctoral y que se elaborará en el capítulo final bajo una inédita proposición teórica. En específico, este capítulo pretende cumplir con los siguientes sub-objetivos:

- Abordar teóricamente la fundamentación de la Política Criminal jurídica en el marco de un Estado Social y Constitucional de Derecho;
- Ubicar la Política Criminal como disciplina propia del Derecho Penal, incorporando conocimientos previos relativos a la misma y ordenándolos de tal manera que resulten útiles a la etapa final de construcción teórica de conocimiento;
- Integrar el concepto de Política Criminal jurídica y penal en Colombia dentro de un conjunto de teorías existentes sobre la materia, precisando en cual corriente de pensamiento se inscribe actualmente;

Estructuralmente, el presente capítulo en primer lugar hace una aproximación histórica a la noción de Política Criminal que aterrizará en el contexto del Estado Social y Constitucional de Derecho, para posteriormente desarrollar una teorización conceptual más profunda sobre lo que jurídicamente debe entenderse por “Política Criminal” como disciplina integrante del Derecho Penal, desplegando finalmente una caracterización de orden jurídico y teórico sobre el desarrollo y evolución de la Política Criminal en el marco del Estado Social de Derecho con supremacía constitucional de Colombia, mismo que fue adoptado a nivel interno por la Constitución Política del año 1991.

### 3.1 Marco de Referencia Histórico: Origen y Evolución de la Política Criminal

Mayoritariamente suele considerarse el “Manual de Derecho Penal” de Feuerbach (1803) como el acto de iniciación de la Política Criminal, toda vez que en el por primera vez se define autónomamente distinguiéndola del Derecho Penal al caracterizarla como “el conjunto de métodos represivos con los que el Estado reacciona contra el crimen”, no obstante señala Rivera (2005) que Jiménez de Asúa (1965) reconocía la dificultad para saber quién empleó por primera vez el término de “Política Criminal”, considerando que fue el jurista y economista milanés Cesar Bonnesana (más conocido como el Marqués de Beccaria) a través de su obra titulada “*Dei delitti e delle pene*” o “De los Delios y de las Penas” impresa por primera vez en 1764 (1983), quien al teorizar sobre la necesidad de reforma del Derecho Penal aportó una primera dirección de Política Criminal, pese a lo cual Jiménez de Asúa (1965) admite que «si la Política Criminal fue italiana por origen se hizo alemana por adopción». No obstante la importancia histórica de la obra de Beccaria, es de señalar que tanto el origen como la evolución de la Política Criminal conlleva un largo y difícil trasegar en el tiempo que se relaciona en primer lugar y directamente con las sucesivas transformaciones que ha tenido el concepto de Estado (Giannini, 1991).

Inicialmente hay que señalar que en claras palabras de Priego (2013), “el Estado no ha sido el mismo desde su origen, toda vez que es una institución social y humana que se ha desarrollado de formas organizativas simples hasta dimensiones mucho más complejas”, forma política que según Cotarelo (2004) y al margen de muchas y muy variadas concepciones teóricas sobre sus inicios, ha conocido una evidente evolución desde el siglo XVI que permite hablar de cuatro específicas formas: a)- El Estado Absolutista; b)- El Estado Liberal; c)- El Estado Democrático; y d)- El Estado Social, haciéndose claridad que a diferencia del Estado Absolutista, el Estado Liberal, el Democrático y el Social, son en realidad variantes del Estado de Derecho surgido en el siglo XIX como una profunda reacción de la gran burguesía contra el modelo de Estado Absolutista, con lo que podría deducirse, implícitamente, que las otras formas evolutivas del Estado no lo eran cuando, precisamente, esa condición de Estado de Derecho es lo que une a las tres y lo que las diferencia de otras formas de Estado que se dieron durante el siglo XX como el Fascista y el Comunista, los cuales no eran en verdad de Derecho (Cotarelo, 2004).

### 3.1.1 Derecho Penal en el Estado Absolutista Teocrático

Según refiere Cotarelo (2004), con el Estado Absolutista comienza la Edad Moderna y se clausura el largo ciclo a lo que Hegel (1975) llamó "poliarquía medieval", tratándose de entes territoriales sometidos a la autoridad única de un monarca absoluto que en el campo jurídico-político constituye la primera manifestación del *territorium clausum*, dentro del cual el monarca poseía el monopolio de la violencia, estando éste al servicio del derecho y la justicia administrados en nombre del Rey, siendo el rasgo esencial de este fenómeno y lo que caracteriza a esta forma de Estado como absolutista, para distinguirla de todas las demás variantes del Estado de Derecho, es el que el Monarca, al ser soberano, está siempre por encima del derecho que él mismo crea, estableciéndose el Monarca absoluto en *legibus solutus*, una fórmula que está en la base de la moderna concepción de la soberanía y cuya última manifestación, como posterior estadio de desarrollo del Estado absolutista, sería el despotismo ilustrado, con su famosa expresión de "todo para el pueblo, pero sin el pueblo" (Cotarelo, 2004).

Afirma Falcón (2005) que el Estado así concebido tenía un poder omnímodo, que imponía penas draconianas, basadas en una aplicación axiomática, *more geométrico*, de las leyes penales, siendo la pena la principal sanción y la finalidad retributiva del castigo la preponderante, jugando junto a ella un papel muy importante la prevención general negativa, la intimidación de la colectividad para que se abstuviera de cometer nuevas ofensas penales, instaurándose al servicio de este objetivo todo un sistema de penas de gran dureza, valiendo todo para lograr el fin último de acabar con el crimen y conseguir así la observancia de la ley: era el terror penal. Al respecto, Tomas y Valiente (1969) afirmó que en esta época nos muestra el carácter de Derecho Penal asociado totalmente a concepciones fatalistas religiosas, donde el sujeto que era reclutado por la maquinaria penal sufría las más horribles vejaciones sin ningún tipo de posibilidad de sustraerse de su funcionamiento, ya que el Monarca absoluto, como representante de Dios en la tierra, poseía facultades inmensas para penar a los súbditos, predominando la responsabilidad objetiva donde se penalizaba incluso a colectividades enteras, sin que los delitos y las penas estuvieran descritos de manera precisa y empleando la intimidación como el medio para forzar y lograr la obediencia de la ley, siendo lo anterior patente en términos de Heller (1987), que durante medio milenio, en la Edad Media, no existió el Estado como unidad de dominación ni tampoco una estructura político criminal coherente y racional.

### 3.1.2 El Surgimiento del Estado de Derecho

Por Estado de Derecho en términos de Falcón (2005), puede entenderse de forma simple y general como “aquella construcción del Estado en la que el poder se somete a la ley, al Derecho, dentro de esa continua pugna histórica dialéctica en que se encuentran el Derecho y el poder”. Villar (2007) por su parte señala que el concepto de Estado de Derecho, tal como se le conoce contemporáneamente, nace en el ámbito jurídico-político alemán entre los siglos XVIII y XIX y tiene un origen claramente liberal, teniendo como tarea el aseguramiento de la libertad y propiedad del ciudadano y como objeto la promoción del bienestar del individuo, para de esa manera, conformar su carácter como “ente común” (*res publica*). Si bien la mencionada noción del Estado de Derecho, complementa Villar (1996), tiene ancestros que pudieran llevarnos hasta la antigüedad griega y romana y la Edad Media, lo mismo que manifestaciones de la época de la Ilustración, sólo puede decirse que se precisa a partir de la obra del alemán Robert Von Mohl (1872), quien determina entre las formas de Estado, el Estado de Derecho “de los tiempos modernos” señalando que “su esencia se sitúa en el hecho que protege y estimula el desarrollo de todas las fuerzas naturales, desarrollo reconocido por el pueblo como objetivo de la vida del individuo y el conjunto de la sociedad”.

Por las características mencionadas puede verse según Villar (2007), que en el concepto “Estado de Derecho” hay una acumulación de ideas provenientes de muy diversas fuentes y de distintas épocas: el sometimiento del poder al derecho, el gobierno de la razón, el gobierno de leyes y no de hombres, la obligación del gobernante de proteger el derecho, la repartición o separación del poder, las libertades de los ciudadanos, los derechos del hombre y el Estado constitucional, por lo que al Estado de Derecho, tal como se ha descrito, corresponde un “Estado racional” con él se arraiga la concepción iusnaturalista, por lo que este tipo de Estado, en conclusión del mismo autor, es pues, una concepción basada en la justicia y fuertemente impregnada de ideología liberal de la burguesía revolucionaria. No obstante e interpretando a Falcón (2005), puede considerarse que el Estado de Derecho adopta distintas versiones a lo largo de la historia, desde el Estado Liberal de Derecho decimonónico, pasando por el Estado Democrático de Derecho, hasta llegar, a modo de síntesis, al actual Estado Social de Derecho consagrado entre muchas otras Cartas, por la Constitución Política de Colombia del año 1991.

### 3.1.3 El Estado Liberal de Derecho y el Nacimiento de la Política Criminal

Teniendo en cuenta que cada uno de los diversos modelos de Estado de Derecho cuentan con un particular fundamento y concepción del Derecho Penal y específicamente de la forma como se le debe hacer frente a la criminalidad, lo que confirma la aseercción planteada por Hill Green (1911), quien afirmó que “el fundamento y la finalidad del castigo estatal dependen de la función que se atribuye al Estado”, es en primer lugar de suma importancia traer el relato de Falcón (2005), quien afirma que tras la caída de las monarquías absolutas del *Ancièn Régime* y después de la Revolución Francesa de 1789 surge como construcción teórica y realidad política el Estado de Derecho, que en su primera fase se manifiesta como Estado liberal de Derecho, que como su nombre lo indica, la idea rectora es la libertad a todos los niveles: económico (con el Liberalismo económico y la Escuela Fisiócrata), político y constitucional, siendo la meta buscar el máximo de libertad permitido dentro del único límite del respeto de la libertad de los demás, de ahí que el mismo autor afirmara que el eje en torno al que gire todo sea el individuo, debiendo limitarse el Estado a garantizar «formalmente» el respeto de las reglas de juego que permitan el ejercicio de la libertad de todos, por lo que el Estado será un Estado abstencionista y/o neutral.

En cuanto a la articulación jurídico penal del Estado Liberal de Derecho, afirma Cotarelo (2004) que en este modelo el monopolio de la violencia seguía reservado a los poderes públicos, pero ejercido ahora legítimamente con arreglo a derecho propio, precisamente en oposición al nivel de irracionalidad en la facultad de penar característica de la monarquía absoluta. Al respecto Borja (2001) señala que la etapa histórica de la monarquía ilustrada y el ulterior nacimiento del Nuevo Régimen o Estado Liberal, se caracteriza fundamentalmente por “la búsqueda de la racionalidad y el humanismo en todas las instituciones jurídicas”, incluida claro está, el área penal con su facultad de castigar, siendo esta una constante en el desarrollo del pensamiento iluminista de la denominada “época de las luces”, precisando que aunque este ciclo tuvo sus reales precedentes en el siglo XVII e incluso antes, abarcando las aportaciones de grandes racionalistas como Descartes y Spinoza, los filósofos políticos Hobbes y Locke y algunos pensadores escépticos galos como Bayle o Condorcet, ciertamente su desarrollo se dio a lo largo del siglo XVIII, donde los intelectuales de este movimiento contemplaban las décadas anteriores como momentos pretéritos envueltos en la oscuridad.



En plano filosófico, jurídico y político general, en el Liberalismo sustentado por la ilustración aparecieron grandes pensadores que introdujeron importantes parámetros en la forma de ver e interpretar el Derecho Penal, destacándose en primer lugar Carlos Luis de Secondat, barón de Montesquieu, quien en su famosa obra “El Espíritu de las Leyes” de 1748 (1906), criticó abiertamente el sistema institucional de la época y expresó su conocida tesis sobre “la división de poderes”, además de afirmar que “el espíritu de las ley es la razón que poseen todos los hombres y que les permite crear leyes que sean justas para el mutuo respeto de los derechos”. Igualmente se destaca François Marie Arouet (Voltaire) quien fue autor de múltiples escritos filosóficos, ensayos y obras de teatro y quien fue un ferviente defensor de algunos derechos del ciudadano entre los que se destaca la libertad, abogando por que todas las personas debían ser libres y seguir los dictados de la razón siempre que no se perturbara el orden social (Oneca, 2004). En esta misma línea general de argumentación hay que destacar seguidamente a Jean Jacques Rousseau quien entre sus obras cuenta con el muy conocido “El Contrato Social” de 1762 (1984), obra de gran relevancia que influyó con posterioridad en ciertos axiomas fundamentales del derecho liberal, como el principio de legalidad entre otros.

Finalmente y en esta misma orbita descriptiva de magnos intelectuales ilustristas, hay que nombrar a Denis Diderot quien junto a Jean Le Rond D’Alembert emprendieron la labor de escribir la primera “Enciclopedia” siendo esta publicada originalmente en el año de 1751, llegando a constituirse su publicación según Blom (2007), en “la base para un cambio de pensamiento tanto en el ámbito científico, como en el político, jurídico y social”, pensamiento general que influyo también la legislación penal de la época, misma que estaba representada por la inseguridad jurídica, la negación de los postulados de la ilustración y por leyes muy antiguas y bárbaras, así como el uso de la tortura como mecanismo de confesión, el desarrollo de procesos criminales secretos, inquisitivos y sin posibilidad de defensa y el empleo de penas inhumanas y desproporcionadas (Navas y Navas, 2009), apareciendo según Borja (2001), la propuesta de Política Criminal más relevantes de la historia de la Ciencia penal, que expuso nítidamente el Marqués de Beccaria en su ya citada obra “De los Delios y de las Penas” de 1764, constituyéndose este texto en un fiel reflejo del ideario ilustrado utilizado coherentemente para tratar la problemática criminal, al punto que de hecho los principios político criminales básicos sobre los que se asienta el moderno Derecho Penal en la mayoría de las legislaciones occidentales, descansan en la propuesta del Marqués de Beccaria.

En concepto de Zúñiga (2001), el libro de Beccaria (1983) es "un cuestionamiento real y crítico al anterior funcionamiento del Derecho Penal del Antiguo Régimen y un verdadero programa político criminal liberal de la actividad punitiva del Estado", por lo que es su criterio puede considerarse al Marqués de Beccaria como el verdadero fundador no solo de la moderna ciencia del Derecho Penal, sino también de la Política Criminal contemporánea, toda vez que es el primer autor de nuestro ámbito cultural que pone los hitos de las ideas básicas de esta disciplina, ya que cuando este dice "Es mejor prevenir los delitos que punirlos" está señalando lo que constituye las bases de lo que hoy en día denominamos Política Criminal: fin general el bienestar social de los ciudadanos y el fin específico, la prevención de la delincuencia. Agudelo (1989) refiere que partiendo del pensamiento contractualista sobre el origen y fundamento del poder y del derecho de castigar, Beccaria (1983) reclamó la aplicación práctica jurídico penal de los postulados fundamentales que a continuación se enuncian, y que junto a las bases y elementos que informan el actual Derecho Penal, fundamentado en los cánones elaborados por la Escuela Clásica del derecho de penas del siglo XVIII (Leal, 2010), siguen siendo de permanente actualidad para los Estados:

"a)- El *origen de la función punitiva* se vincula directamente al *origen y fundamento del poder*, y este se asienta en el contrato social: la necesidad genera la existencia de la sociedad civil y la misma necesidad genera el mal necesario de las penas;

b)- Toda pena que exceda la necesidad es arbitraria: la pena, antes que cruel, debe ser *proporcionada* al delito y *pronta* para que genere la *prevención* del delito. Ella no tiene por finalidad la retaliación ni la purificación, pues no se puede confundir el delito con el pecado;

c)- La pena *de muerte* no debe aplicarse sino en excepcionales casos y sin inflicción de padecimientos. En cuanto sea posible, ella debe ser reemplazada por la prisión perpetua si es necesario, o por el trabajo;

d)- Solo las *leyes* deben *prescribir los delitos* y consagrar las penas. Una pena aplicada por un hecho no contemplado como delito por la ley es arbitraria;

- e)- Debe existir una *separación de poderes*: quién emita la ley y quién decida si ha sido o no violada. El juez no puede interpretar la ley, ya que él no es el legislador;
- f)- La *gravedad del delito* es proporcional al *daño* causado con él a la sociedad y la pena debe ser proporcionada a tal daño;
- g)- Se deben *rechazar los juicios y las pruebas secretas*: los juicios deben ser *públicos*, la arbitrariedad debe ser controlada por la opinión pública;
- h)- La *tortura debe ser prohibida* como medio de prueba o como sanción.
- i)- Más vale prevenir los delitos que sancionarlos: deben implantarse reformas políticas, económicas y educativas, tendentes a modificar las causas que generan el delito” (Beccaria, 1983).

De los anteriores postulados Borja (2001) destaca que frente al principio de autoridad que inspiraba a la administración de justicia en la aplicación de la ley penal, ahora se propone como criterio rector el de *racionalidad*, suponiendo de forma inmediata, tratar al sujeto delincuente como ser racional, contemplando al juez como servidor de la justicia que tiene limitado su arbitrio como mal necesario para prevenir la vigencia del contrato social, el cual constituye la base de la libertad, aspecto muy influenciado por Rousseau (1984) y que como se anunció, coadyuvó al desarrollo teórico del principio de legalidad, ya que si el legislador representaba la soberanía de toda la nación, los delitos y las penas, que suponen siempre restricción de libertad de los ciudadanos firmantes del pacto social, solo pueden venir determinados por la representación de esa voluntad general, que es la ley, limitándose también de esta manera el arbitrio judicial y satisfaciendo una de las pretensiones del ulterior liberalismo decimonónico cual es el de la seguridad jurídica, mismo que igualmente se refleja en la función de la pena, ya que ésta en el Antiguo Régimen esta tenía un carácter de mera retribución o de castigo por el mal causado, mientras que en la ideología ilustrada tiene la tarea de prevenir futuros delitos, y en la medida en que la sanción penal constituye siempre un mal, cualquier abuso injustificado en su apreciación, supondrá un sufrimiento innecesario y por ello, completamente ilegítimo.

De lo anterior en primer lugar y según Borja (2001), nacen los principios básicos de la disciplina jurídico-punitiva que hasta entonces eran abiertamente desconocidos, como la proporcionalidad entre el delito y la pena, la determinación legal de su cuantía, el principio de humanidad de la pena, la prohibición de la tortura y de las penas corporales como pena, entre otros, así como en segundo lugar puede decirse tomando palabras mucho más textuales establecidas por Zúñiga (2001), que "la Política Criminal no es más que el desarrollo sistemático de los postulados fundamentales que ya Beccaria (1764) anunciaba en 1764", concepciones que han sido iluministas, reflejando una época en la que la búsqueda del bienestar general recaía en la limitación de la arbitrariedad del poder político, pero reconociendo la legitimidad de éste cuando actúa consensuadamente dentro del imperio de la ley, por lo que en suma, su obra contiene (aunque no sistemáticamente) muchas claves de la Política Criminal moderna como podrían ser el respeto de las garantías penales y procesales como límites a los fines preventivos de la pena, la prontitud y certeza en la imposición de la sanción penal como factores de eficacia de la prevención, la proporcionalidad de la pena como criterio de justicia (necesidad) y afirmación de la subsidiariedad, en tanto búsqueda de medios de prevención no nocivos y la interrelación entre estructura social y delito (Zúñiga, 2001).

### **3.1.4 La Política Criminal en el Estado Democrático de Derecho**

Según Sierra (2011), con el surgimiento del Estado Liberal de Derecho se limita el poder absoluto del monarca señorial de la sociedad feudal, dando un paso importante hacia el imperativo categórico relacionado con que los derechos fundamentales y los principios constitucionales no constituyen límites al Estado, sino supuestos para la existencia del nacimiento del Estado democrático, mismo que en términos de Cotarelo (2004) ocupa un lugar especial en la evolución de los derechos individuales, toda vez que si bien es cierto el Estado liberal considera al ser humano en aquella condición abstracta que antes se señalaba al hablar de Hegel (1975), esto es, como ciudadano, como sujeto de derechos y deberes, no cumplía sin embargo, con la exigencia más elemental de toda consideración abstracta y universal, que es la igualdad de sus unidades, toda vez que si bien las nacientes declaraciones de derechos proclamaban la igualdad de los seres humanos ante la ley, esta se trataba de una garantía puramente formal que ocultaba desigualdades en su realidad, por lo que el Estado liberal era un Estado de Derecho, pero al no respetar el principio de igualdad, no era un Estado democrático.

Lo anterior en términos de Cotarelo (2004) fue la razón por la cual el Estado liberal de finales del siglo XIX y principios del XX, al desembocar en la universalización real del derecho al sufragio, acabó convertido en un Estado Democrático de Derecho, mismo que en concepto de Borja (2001), se construye sobre dos pilares básicos y bien relacionados: “la profundización en la vigencia real de los derechos humanos y el respeto al pluralismo político (las dos grandes negaciones de los sistemas totalitarios de partido único)”, lo que implica que la dignidad humana vuelva a ocupar el eje central de la regulación de las normas fundamentales del Estado, y que frente a los gobiernos del siglo XIX que contemplaban la pérdida del poder como si se tratase siempre del propio hundimiento del Estado, la alternancia en el gobierno se concibe como un síntoma positivo de una democracia sana, por lo que se empezaron a elaborar Constituciones consensuadas por las fuerzas políticas más relevantes del arco parlamentario, frente a los textos del siglo XIX que eran fruto de la victoria ultrajante de una tendencia frente a la otra, consolidándose en términos de Marquardt (2009), “la soberanía popular”, entendida esta por el mismo autor alemán como “un procedimiento igualitario de formación del poder con base en el predominio del principio de la mayoría”.

Adicional a las anteriores consideraciones generales, quizá nada mejor que traer a colación las reflexiones citadas en primer lugar por Castellá (2015), de quien se puede interpretar que las libertades públicas, el sufragio universal y los partidos políticos constituyen los elementos indisociables de los Estados democráticos, y en segundo lugar del profesor italiano Biscaretti Di Ruffai (1975) quien ha dejado establecido que, además de los requisitos que Bobbio (1987) señalaba para considerar a un Estado como Estado Democrático y que se relacionan con la aplicación del principio democrático como expresión operativa de la soberanía, así como la existente interconexión entre derecho y política y la consideración del derecho como un artefacto humano institucional, el Estado Democrático de Derecho es aquel en el que (Bobbio, 1987):

- “a)- Existe separación de poderes y, correlativamente, una pluralidad de órganos que ejercen efectivamente el poder del Estado;
  
- b)- Las Constituciones son rígidas y no quedan al albur de coyunturales mayorías parlamentarias;

- c)- Como consecuencia de lo anterior existe el control de constitucionalidad de las leyes;
- d)- El juego parlamentario requiere de la presencia de minorías y el respeto de su papel en el escenario político;
- e)- Está asegurada la tutela jurisdiccional en todas las instancias y niveles; y
- f)- Los niveles de gobierno son objeto de una descentralización amplia".

Aterrizando el discurso teórico del Estado Democrático de Derecho en el plano de la evolución político criminal, refiere Borja (2001) que este tipo de Estado debe guardar siempre un cuidadoso equilibrio entre la protección de las libertades fundamentales del ciudadano", por supuesto, también a través de la legislación penal y la propia limitación de su poder punitivo hasta el claro límite de lo estrictamente necesario para preservar la pacíficamente convivencia, lo que implica una determinada concepción del delito que en términos textuales de Antón (1986) implica siempre que "el injusto del delito ha de caracterizarse como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, y bienes jurídicos son, exclusivamente, las condiciones exteriores de libertad", posición que en interpretación de Borja (2001), envuelve que el Estado no puede catalogar como delito todo aquello que le incomode, ni mucho menos puede sancionar bajo pena meros criterios morales, políticos o culturales, pues "si la pena es el instrumento represivo del Estado, el recurso a la sanción debe estar legitimado y equilibrado, al suponer siempre una agresión a las libertades fundamentales del ciudadano" (Borja, 2001).

En igual sentido, continua Borja (2001) refiriendo que el Estado Democrático de Derecho profundiza en el asentamiento de los principios político criminales que se proclamaron con el pensamiento ilustrado y liberal, por lo que el principio de legalidad en esta categoría de Estado exige que la descripción de la figura delictiva y la definición de la correspondiente sanción se determine efectivamente por una ley siempre anterior a su comisión, siendo esta norma legal emanada de los órganos parlamentarios, pues sólo la representación de la soberanía popular puede determinar legítimamente los límites al modelo de convivencia constitucionalmente asignado, siendo igualmente vital para este aspecto el componente garantista del Derecho Penal democrático que se concreta en el

principio de intervención mínima según el cual solo se recurrirá a la vía penal cuando el conflicto no pueda ser resuelto eficazmente por el resto del ordenamiento jurídico, de tal suerte que el legislador vea limitada su actividad en materia penal exclusivamente a la protección de los bienes jurídicos que sean esenciales para mantener la coexistencia entre la libertad de los individuos y de los grupos que éstos integran.

Pero la Política Criminal en un Estado Democrático de Derecho va mucho más allá del simple principio de legalidad e intervención mínima, toda vez que Borja (2001) complementa lo hasta aquí dicho al indicar que inherentes a tales postulados se encuentra el principio de proporcionalidad y el de dignidad humana que sirven de soporte para el conjunto de derechos y garantías del individuo y que en concepto de Kant (1994), “representan un valor intrínseco e insustituible del ser humano”, proyectándose en el mismo sentido la concepción político criminal del Estado Democrático en la función que se le atribuye a la pena como retribución, pues así se asegura el principio de proporcionalidad entre ésta y la gravedad del delito perpetrado, siendo necesario que se justifique la medida en el hecho de que es absolutamente necesaria para conseguir el fin legítimo de la tutela de bienes jurídicos en orden al mantenimiento de la paz, previniendo de esta forma futuros delitos con la prevención intimidante (también llamada prevención general negativa) y la prevención general social integradora (también denominada prevención general positiva) que va más allá de la tradicional coacción psicológica al contemplar entre otras, el fortalecimiento real del sistema penal en todos sus órdenes (sustantivo, procedimental, etc.), lo que permite en términos de Falcón (2005), que “la prevención general se presentara como correcta intimidación estabilizadora y no como terror penal, más propio de un Estado absoluto del Antiguo Régimen”.

Refuerza su planteamiento Borja (2003) cuando señala que en el aspecto concreto de la sanción como retribución, al fortalecerse efectivamente los institutos del sistema penal en el marco de un Estado Democrático de Derecho, “se consigue confianza en la eficacia del Derecho Penal”, lo que internaliza en la ciudadanía la convicción de la necesidad del seguimiento de la norma, produciéndose finalmente una menor propensión a la realización de la conducta delictiva (prevención general positiva), aunado a que desde el punto de vista del individuo, al Estado democrático le interesa ahora no sólo que éste se encuentre “cohibido” por haber sufrido las negativas consecuencias de la aplicación de la pena, sino que, como ciudadano que es, se desea

su integración a la sociedad, por lo que la institución de la resocialización aparece como uno de los fines de la pena en el sistema democrático, pues la participación en la vida social de todas las personas, incluidos los que perpetran hechos delictivos, se considera una de las formas más humanas y legítimas de evitar nuevos hechos penales en el futuro por parte de aquellos que ya delinquieron (prevención especial).

Así las cosas, Falcón (2005) concluye que un Derecho Penal democrático “debe desarrollarse con estricta sujeción a los límites propios del principio de legalidad”, tanto en su vertiente formal como material que no o sólo debe servir a la mayoría, sino también respetar y atender a las minorías, respetando igualmente la dignidad del delincuente no solo al evitar torturas y la pena de muerte, sino ofreciendo posibilidades al condenado para su resocialización y reinserción social que no implique la imposición de un determinado sistema de valores, planteamiento que es reforzado indirectamente por Mir Puig (2015) cuando refiere que “importará no sólo la eficacia de la prevención (principio de la máxima utilidad posible), sino también limitar al máximo sus costos (principio del mínimo sufrimiento necesario)” de forma que resulte menos gravosa la protección que ofrece el Derecho Penal del Estado Democrático de Derecho que la que supondrían otros medios de control social ilimitados (como la venganza privada o pública) o desprovistos de garantías (como actuaciones policiales incontroladas, condenas sin proceso legal adecuado, medidas preventivas antedelictuales), o que otras formas de Derecho penal de tipo autoritario.

### **3.1.5 La Política Criminal en el Estado Social de Derecho**

Reseña Castellá (2015) que en el siglo XX se produce otra gran transformación del Estado Liberal de Derecho con la asunción por parte de los poderes públicos a nivel constitucional de tareas en el campo económico y en el social (intervencionismo en las relaciones sociales y económicas, así como la garantía de la llamada procura existencial para quienes están en situación de necesidad) que se conoce como Estado Social o en términos claros de Porras (1989), como “Estado intervencionista”, mismo que surgió en el constitucionalismo de entreguerras (particularmente en la Constitución mexicana de 1917 y en la Alemana de Weimar de 1919) para dar respuesta a las reivindicaciones de la clase obrera, sin alterar las bases del sistema de libre mercado y así evitar en occidente el Estado socialista instaurado por la revolución soviética, consolidándose este modelo



de Estado Social después de finalizada la Segunda Guerra Mundial sobre todo en gran parte de la Europa occidental a través del pacto entre la socialdemocracia, la democracia cristiana y el conservadurismo.

La aparición del Estado Social da inicio posteriormente al concepto de “Estado Social de Derecho”, categoría que fue introducida por el jurista alemán Hermann Heller (1987), quien en el año de 1930 plantea la tesis al formular la alternativa entre Estado de derecho y dictadura, en el entendido que “el Estado de Derecho es insuficiente para hacer realidad el principio formalmente consagrado de la igualdad, pues el legislador no tiene en cuenta, dentro de tal Estado, las relaciones sociales de poder”, convirtiendo así el derecho en una expresión de los más fuertes, proponiéndose entonces el Estado Social de Derecho el favorecer la igualdad social real. Al respecto Villar (2007) comenta que esta situación trae como consecuencia la obligación de proteger derechos tales como el del empleo, el del arrendatario, el de la mujer y la juventud, el de seguridad social y asistencia médica, el de educación, etc., partiendo su aplicación desde principios como el de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, derecho a la vida y la integridad personal, igualdad, prohibición de toda discriminación, protección del matrimonio y de la familia, derecho a la vivienda, a la educación, obligación social de la propiedad, derecho a un ambiente sano y derecho a la cultura.

Es de señalar que la intervención estatal general se dirige en términos textuales de Mir Puig (1994) a “crear condiciones que favorezcan la vida del individuo”, por lo que parafraseando a López (2001), se profundiza en los derechos humanos legitimándose de este modo la acción punitiva sobre una base democrática y participativa que reconoce una finalidad garantista al Derecho Penal, por lo que el fundamento del castigo sale de la mera esfera normativa criminal en la que se encontraba, para posar su atención en valores supremos legítimos que se objetivizan a través de los principios constitucionales y que a su vez limitan la facultad sancionatoria, en el entendió que el derecho de penas ya no puede seguirse sosteniendo solo en el principio de legalidad plasmado en la ley, sino que debe mirar siempre las premisas superiores como pilar de garantía, cimentados epistemológicamente en el postulado dogmático de la dignidad humana, condición de la que no puede despojarse el hombre en ninguna circunstancia, pues aún bajo el estigma de haber delinquido, dentro del sistema penal será sujeto de derechos y no objeto de sanción, evitando de esta manera cualquier forma de totalitarismo (López, 2001).

Con base en las anteriores premisas, comenta Falcón (2005) que si el Derecho criminal liberal permitió atribuir a la pena tanto una función de prevención como de retribución, el Derecho penal del Estado social no podía sino conferir a la pena la función de prevención, de lucha contra el delito, de combate de la delincuencia como fenómeno real de la existencia social, para frenar eficazmente, en el terreno de los hechos, una criminalidad que iba en aumento a lo largo del siglo XIX, siendo esta la clara etapa de la prevención especial, propia de la Escuela positiva partidaria de las medidas de seguridad más que de las penas, reconociéndose siempre a su vez en primer lugar, que el principio intervencionista, característico de este tipo de Estado, podía conducir a un Derecho penal mucho más preocupado por su propia eficacia que por servir a todos los ciudadanos y a la sociedad, y en segundo lugar, que la pena a veces se constituía en un arma del Estado esgrimida contra el conglomerado, produciendo eficacia, sí, pero también algo no tan loable como es el denominado "terror" penal, por lo que para evitar siempre este riesgo, como toda arma peligrosa, la sanción penal debía someterse a unas claras instrucciones de uso y funcionamiento (Falcón, 2005), esto es, en palabras propias, a ciertos límites que fundamentan su Política Criminal.

Bajo la anterior percepción, Borja (2001) comenta entonces que la Política Criminal del Estado intervencionista se diferencia en algunos aspectos de la que ha plasmado el Estado Liberal conforme a su ideario, en el entendido, primero, que de esta última forma, si los poderes públicos tienen encomendada la misión de garantizar las libertades formales de los ciudadanos y tutelar el respeto de las reglas de juego que marca la libre competencia en una economía de mercado, su actuación ante el fenómeno criminal es eminentemente represiva, es decir, recurrirá a la sanción penal una vez que el delito ya haya lesionado o puesto en peligro los bienes jurídicos tutelados relevantes para la convivencia humana, por lo que en cambio, en un Estado intervencionista, el propio poder público debe actuar como agente en la misma raíz del problema para intentar aportar la correspondiente solución, de ahí que no sea suficiente siempre "esperar" a que el hecho criminal haya atacado a la persona, bienes o derechos individuales, sino que tendrá que proteger a los ciudadanos y a la propia comunidad desde "antes" de que el delito se manifieste, máxime cuando se den ciertos "estados peligrosos" entendidos estos como situaciones en las que se encuentran algunos grupos de individuos (pandillismo, drogadicción, desempleo, etc.) que tienden fácilmente a proyectarse en claras conductas antisociales y por ende punibles (Borja, 2001).

Finalmente, Borja (2001) explica que la clara concepción del Estado como Social implica otorgarle una función político criminal a la pena, teniendo esta labores de prevención del delito, toda vez que la criminalidad se contempla como “problema social” y el poder público está comprometido a resolver los conflictos que afectan al interés general para propiciar el desarrollo y el progreso de la comunidad, por lo que bajo esta perspectiva, la pena es concebida como uno más de los instrumentos de la política social encaminada a la prevención de los delitos para lograr así un mayor bienestar de la ciudadanía, aclarándose que en el Estado social la intervención punitiva frente al fenómeno criminal no puede consistir en una mera retribución del hecho por el mal causado o una simple prevención general a través de la intimidación que supone para la ciudadanía la existencia y aplicación de la pena, sino que el Estado está en el deber de reintegrar al individuo a la comunidad y evitar así la futura comisión de delitos, de ahí que desde la propia Constitución se ponga gran énfasis en la prevención especial a través de la resocialización del sujeto como mecanismo que justifica la propia existencia de la pena y limita a su vez la sanción privativa de la libertad en relación con su clara función, que se circunscribe específicamente a buscar, entre otros, ese fin primordial (Borja, 2001).

### **3.1.6 Un Contexto Transversal Liberal: Los Fundamentos de la Política Criminal en el Estado Constitucional**

Para Ortiz (2006), en la actualidad la denominación de “Estado Constitucional” se emplea para identificar y tipificar un determinado modelo de Estado de Derecho, como aquel en que la Constitución Política alcanza una “primacía” cualificadora y un “carácter” prevalente, respecto sobre todo a los fines estatales y a las relaciones con los derechos de los ciudadanos en general. En criterio de Bilbao, Rey y Vidal (2014) y otros, es el marco en el que naturalmente el Derecho Constitucional se desenvuelve, es decir, es una forma jurídica de organización de la convivencia social y política cuya razón de ser es la salvaguarda irrestricta de la libertad individual, entendiéndose esta por los mismo autores como “la plena capacidad de ciudadano para auto determinarse según su apropiado y racional parecer en los diferentes ámbitos o esferas en que esta se despliega”, interesando no tanto como libre arbitrio, sino como diría John Stuart Mill por el año 1859 (2008), en la “libertad civil”, esto es, “la lucha entre la libertad y la autoridad” o, en otras palabras del mismo autor, interesa sobre todo “la naturaleza y los límites del poder que puede ejercer legítimamente la sociedad sobre el individuo”.

En el Estado Constitucional e interpretando a Ortiz (2006), se cambia el paradigma de la primacía normativa, toda vez que se desplaza el dogma de la “supremacía de la ley” propio del Estado Liberal de Derecho, por el de la “supremacía de la Constitución”, surgiendo como diría Pérez Luño (1998), para “poner orden al caos normativo que originaron los fenómenos de *supra e infraestabilidad* jurídica de la Ley”. En estudios de Sánchez (2009), el Estado Constitucional es un producto de la historia, fruto, según Bastidas (2009), del denominado constitucionalismo liberal que surge en Inglaterra a finales del siglo XVII y que se propagó por Francia y otros países europeos en el siglo XVIII y que a partir de la segunda mitad del siglo XIX e interpretando a Bilbao *et al.* (2014), asiste a la lucha por la democratización del poder político, que concluiría en el siglo XX con el reconocimiento en favor de todos los ciudadanos del derecho a participar en el ejercicio del poder electoral, por lo que se convierte al Estado Constitucional además de un Estado de Derecho en un Estado Democrático llegándose a la convicción de que el ejercicio efectivo de la misma precisa de unas condiciones existenciales básicas (salud, educación, trabajo, etc.) que no las provee el modelo de economía de mercado por lo que el Estado asumirá la tarea de asegurarlas, pasando de ser un Estado de Derecho y Democrático a un Estado además Social y Constitucional.

Contemporáneamente y según Arrieta (2009), el naciente Estado Constitucional o proceso de constitucionalización del derecho se refiere “al fenómeno jurídico según el cual el ordenamiento legal de un país y por tanto el derecho en sí mismo considerado, debe estar regido en su interpretación y aplicación por la Constitución de ese Estado (misma que puede ser normativa o no)”, cambio de mentalidad que conlleva en la historia tres grandes transformaciones, que a la postre modificaron el conocimiento convencional en relación con la aplicación de la Constitución Política: “1º. El reconocimiento de fuerza normativa a la Constitución; 2º. La creación de una jurisdicción constitucional; y 3º. El desarrollo global de una nueva dogmática de la interpretación constitucional” (Arrieta, 2009), suponiendo además un viraje en la forma de aplicar el orden jurídico general, toda vez que se abandonó la tradición del siglo XIX consistente en el acatamiento ciego de la ley, para ya a partir del siglo XX considerar a la Carta Magna como el eje central y supremo del ordenamiento, pasando la Constitución de ser un documento político a un documento eminentemente jurídico con fuerza vinculante y obligatoria que marca el norte que deben seguir las leyes, decretos, acuerdos, reglamentos, etc., que igualmente deben ir en respeto y desarrollo de los anexos ideales democráticos y sociales (*Ibidem*).

Según Alexy (1993) el objetivo radical del proceso de constitucionalización del derecho no fue sino “el impulso básico del constitucionalismo contemporáneo”, esto es, la consolidación de modelos de Estado donde existe una constitución democrática que está por encima de las demás normas y que establece auténticos límites jurídicos al poder para la garantía de los derechos fundamentales, surgiendo bajo esta nueva perspectiva el concepto ya muy levemente mencionado de “Estado Constitucional” o “Estado Constitucional de Derecho”, el cual bajo un estudio propio efectuado por Lancheros – Gámez (2010), goza de algunas particularidades y “comporta algunos efectos que permiten identificarlo y, si se quiere, entenderlo con claridad”, por lo que vale la pena presentar e ir interpretando los resultados logrados por el mismo autor para concebir cómo uno de los principales efectos de aceptar la idea de un Estado plenamente constitucional tiene que ver con la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Tal como lo sugiere Guastini (2003), de quien Lancheros – Gámez (2010) se basó para estructurar su caracterización del Estado Constitucional, no todos sus rasgos se presentan con el mismo grado de claridad o intensidad, salvo los dos primeros, sin los cuales no podría nunca hablarse siquiera de constitucionalización.

Señala pues Lancheros-Gámez (2010) que lo primero que se requiere para que sea posible un Estado constitucional es la existencia de una “Constitución Política rígida” que consagre un catálogo de valores, principios y derechos fundamentales, es decir, una Constitución escrita cuyo procedimiento de modificación sea más agravado que el de una ley o de cualquiera otra norma jurídica de menor jerarquía, suponiéndose siempre que la Constitución es la norma de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico y, por tanto, que es plenamente inmune frente a cualquier intento o idea de modificación o sustitución por cualquier otra. Un segundo elemento para hablar de Estado constitucional, en palabras del mismo autor, tiene que ver con “la existencia de una garantía jurisdiccional real que permita mantener la supremacía constitucional y preservar su máximo nivel de jerarquía cuando quiera que una norma de menor rango transgreda sus principios o reglas”, pudiendo ser esta garantía: i) abstracta o concreta, según se haga sobre una norma o sobre un caso concreto “efectos *erga omnes* o *inter partes*”; ii) a priori o a posteriori, según se haga con anterioridad o posterioridad a la vigencia de una norma de menor jerarquía, o iii) concentrada o difusa según se haga por un órgano especializado, corte o tribunal constitucional, o se permita a todos los jueces, dentro del pleno ámbito de su competencia.

Continúa Lancheros-Gómez (2010) enunciado que la anunciada tercera y cuarta característica de un Estado constitucional son respectivamente, “el reconocimiento de la fuerza vinculante de la Constitución”, en el entendido de que más allá de su contenido o forma, la Constitución como norma superior condiciona a las autoridades públicas y a los particulares, y “la interpretación extensiva de la Constitución”, es decir, la forma como ella es utilizada para llenar las lagunas de sus propias disposiciones y las del ordenamiento jurídico en general. El quinto rasgo citado por Lancheros-Gómez (2010) está relacionado con la “aplicación directa de la Constitución”, el cual está ligado al reconocimiento de su fuerza vinculante, refiriéndose esta aplicación directa a la extensión de los efectos de la Constitución a las relaciones entre ciudadanos y los poderes públicos, y a las de los ciudadanos entre sí. Una sexta característica para el mismo autor es la interpretación conforme a la Constitución, en el entendido de que si las tres anteriores características tienen relación directa con la propia Constitución, esta última tiene que ver directamente con el ordenamiento infraconstitucional, toda vez que desde una perspectiva conocida, puede marcarse que la supremacía de la Constitución obliga a adecuar todas las normas de inferior jerarquía a su contenido, en el sentido que únicamente las interpretaciones conformes con la Constitución pueden ser admitidas (*Ibidem*).

Díaz (1992) explica en su caracterización del Estado de Derecho, que “este incluye la garantía y la seguridad de los derechos fundamentales como una de sus calidades básicas”, señalando Londoño y otros (2013) que desde la visión de Luigi Ferrajoli (2003), sin embargo, el discurso de los derechos fundamentales aparece como característico de lo que él llama Estado Constitucional de Derecho, en donde tanto los denominados derechos fundamentales como los principios constitucionales son “sendos paradigmas” que definen la validez del ordenamiento jurídico, por lo que en esta última forma de Estado implica una constitución vinculante en lo formal y en lo sustancial. Sobre el tema concreto, reseña Cajica (2000) que Ferrajoli señala que en el moderno Estado Constitucional de Derecho existe una nueva y más poderosa legitimidad del poder judicial diferente a la que existía en el modelo de la Ilustración y que se basa en el análisis de las siguientes causas: “a)- Cambio en la concepción de la democracia; y b)- Cambio de paradigma de Estado de Derecho”, a lo que Londoño *et al.* (2013) responde señalando que efectivamente Ferrajoli (2003) delimita como principios pertenecientes a los Estados de Derecho el vínculo de las ramas de poder a las normas propias de la constitución, “la división de poderes y los derechos fundamentales”.

Bajo la sumatoria de todos los anteriores parámetros, resulta pertinente señalar que entre los contenidos de la Constitución Política los derechos fundamentales son la pieza elemental (Añon, 2002), ya que este nuevo paradigma atribuye a los mismos el papel de ser la justificación más importante del Derecho y del Estado y por tanto puede llevar a interpretar que ahora el Estado no es sino un claro instrumento de tutela de los mismos y como tal fundamento impone fines y objetivos que deben ser realizados (Ferrajoli, 1995), por lo que en perspectiva de Añon (2002), uno de los rasgos que mejor definen el Estado Constitucional de Derecho es la “clara orientación a la protección de los derechos al margen (o incluso por encima) de la ley”, en el entendido que no se trata de la eficacia de los derechos en la medida y en los términos marcados en la ley, sino de la eficacia de los derechos en la medida y en los términos establecidos en la Constitución (Liborio, 1998), sin embargo, como escribe Prieto (2003), no puede sostenerse la idea de que entre los derechos constitucionales y sus límites hay fronteras nítidas pues puede que estas no existan o no sean fáciles de identificar, o que es posible formular un catálogo taxativo de los supuestos de hecho y sus excepciones que correspondan en perfecta medida a los enunciados de derechos constitucionales.

En relación con los aspectos jurídicos criminales propiamente dichos en el Estado Constitucional de Derecho, en primer lugar hay que señalar que contemporáneamente es más que evidente la relación entre “la Constitución Política y los principios generales del Derecho Penal” (Mir Puig, 2010), sin que resulte tan visible la correlación entre la Carta con algunos temas específicos de la ciencia del derecho de penas como lo es la Política Criminal, toda vez que interpretando a Vera (2012), la lucha contra la criminalidad “debe siempre considerar el sistema de valores y principios contenidos en la Constitución”, toda vez que, en cita de Zúñiga (2001), la labor que le corresponde a la Política Criminal de servir de guía al legislador para establecer cuándo utilizar la herramienta penal y cuándo deben privilegiar otros instrumentos de control penal menos ofensivos, “supone que los principios valorativos que rigen las apreciaciones político-criminal ingresan en el sistema penal siempre anclados en la Constitución”, al extremo de sostener que tras el articulado de la Constitución Política como expresión de los principios generales del Estado Social de Derecho y de los principios de limitación de la intervención penal punitiva, subyace un elemental programa político criminal al cual deben ceñirse en todo momento y lugar las decisiones que adopta el Estado para hacer frente a la criminalidad como un fenómeno social emergente (*Ibidem*).

Para Vera (2012), la importancia de establecer los lineamientos y fundamentos principales de un programa criminal con base en la Constitución Política radica en el hecho de que "todo modelo político criminal debe estar siempre incorporado al marco de referencia de una determinada situación estatal", esto es y en referencia a Zipf (1979), "el marco jurídico de ordenación que imprime la Constitución", por lo que en este contexto la Política Criminal se basa siempre en el catálogo de intereses y fines predeterminado superiormente, pero también en una serie de derechos fundamentales y en un código de valores que gozan de idéntica protección constitucional, a lo que en términos abreviados de Zúñiga (2001) corresponde realizar una "Política Criminal legítima y democrática", es decir, respetando en todo momento los derechos humanos o su positivación en los derechos fundamentales, junto con los principios y garantías supremos otorgados por la Carta al individuo, así como los límites a la coerción estatal que tal concepción implica, lo que supone siempre al final que la propia selección de los mecanismos para hacer frente al fenómeno criminal pasa a ser una cuestión valorativa que se inscribe en la política general de un Estado determinado haciendo mayor mella en aquellos que adoptan el modelo social y constitucional de derecho.

Por lo anteriormente expresado y parafraseando a Vera (2012), en el marco de un Estado Constitucional de Derecho el diseño de Política Criminal para hacer frente a un fenómeno delincencial supone que "los principios valorativos que rigen los fundamentos político-criminales ingresen al sistema penal anclados en la Constitución", operando los postulados supremos, de un lado, "como pilares sobre los cuales se apoya la construcción dogmática-penal", y de otro, "como límites garantísticos de selección de la estrategia de lucha contra la criminalidad", tratándose en todo caso de principios guías generalísimos e idóneos para establecer programas político criminales enmarcados en el respeto de los derechos humanos y fundamentales. Basta decir que entender la Constitución como norma fundamental representa que esta es igualmente el valor de referencia de un programa político criminal, lo cual en interpretación de Zúñiga (2001), supone "redescubrir su significación" como conjunto de normas sustanciales dirigidas a garantizar la división de poderes y los derechos básicos, por lo que desde este prisma, la legitimidad del Estado, de su política social, de su Política Criminal y de su sistema penal, "no se produce solo por la mera legalidad, sino que también está siempre condicionada por la estricta legalidad, la cual está a su vez está potencialmente motivada por sus contenidos y significados constitucionales" (*Ibidem*).



### 3.2 Marco de Referencia Conceptual: La Política Criminal como Disciplina del Derecho Penal

Según Cabanellas (1989), por política debe entenderse “el arte de gobernar, o alarde de hacerlo, dictando leyes y haciéndolas cumplir, promoviendo el bien público y remediando las necesidades de los habitantes de un país”, en el entendido que etimológicamente, política proviene de la voz griega *polis*, ciudad, pero en su concepción amplia, como Estado, por cuanto todo lo que hace relación con ésta es política, y así, hay tantas políticas como manifestaciones en la vida estatal se producen, siendo la expresión "Política Criminal" una de las que ha dado mayores equívocos. Como bien afirma Quintero (1996) y reafirmado lo dicho, “alcanzar el entendimiento teórico de lo que puede entenderse por Política Criminal no es tarea fácil”, ya que en la doctrina especializada se pueden apreciar una notable pluralidad de criterios y escuelas jurídicas de pensamiento sobre la materia, resultando de vital importancia comprender de la forma más completa posible el significado del término “Política Criminal” que va a ser empleado para los efectos académicos de la tesis planteada, razón por la cual este segundo sub-apartado se dedicará íntegramente a tratar de delimitar la base teórica de referencia que permita entender el concepto junto con sus principales aspectos de detalle.

Estructuralmente, se presentan distintas definiciones de la voz “Política Criminal” en línea de tiempo, así como sus características, diferencias y perspectivas relativas a su función y argumentación jurídica general, precisando al final la teoría o línea de pensamiento en la que se inscribirá la fundamentación de Política Criminal a proponer. En perspectiva de Zúñiga (2001), y para efectos de aproximar una definición de Política Criminal contemporánea que pueda servir de base para desarrollar sus elementos, no se partirá de hacer una lista *in extenso* de todas las definiciones encontradas sobre el instituto, “ya que esto conllevaría a una serie de dificultades insoslayables”, sino que por el contrario se procurará preliminarmente presentar muy brevemente aquellos conceptos históricos que sirvieron de base para construir un entendimiento actual de lo que puede entenderse por “Política Criminal”, recordando siempre que el Derecho Penal con su correspondiente dogmática, y la Política Criminal no son disciplinas “separadas”, sino por el contrario, están íntimamente unidas, pues tal como afirma Bacigalupo (1998), “los postulados de Política Criminal sirven de criterios de decisión respecto de los sistemas dogmáticos para la aplicación del Derecho Penal”.

### **3.2.1 Conceptos Teóricos Clásicos: La Denominada “Escuela de la Política Criminal” de F. Von Liszt**

Rivera (2005) considera al jurista y criminólogo alemán de origen austríaco Franz Von Liszt, quien fue el máximo artífice del nuevo paradigma científico auspiciado por la transformación del Estado liberal al Estado social y, sobre todo, por la impronta de la filosofía positivista (que se materializó en dos líneas metodológicas contrapuestas: el positivismo jurídico y el positivismo criminológico) (Bacigalupo, 1997), como el auténtico iniciador, desde el punto de vista científico, de la disciplina Político-Criminal, siendo ésta concebida como “[...] el contenido sistemático de principios —garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena— según los cuales el Estado ha de emprender la lucha contra el delito, por medio de la pena y sus formas de ejecución” donde, en palabras de Zúñiga (2001), el problema del delito se entiende como una “realidad compleja”, donde la única manera de aprehenderlo es teniendo en cuenta los conocimientos que nos aporta tanto la Criminología como la Política Criminal, hablándose entonces de “una ciencia total del Derecho Penal”, una ciencia integradora de todas las disciplinas que sirven para estudiar el fenómeno del delito junto con diferentes implicaciones (*Ibidem*).

Von Liszt (1914), tal como señala Pérez Alonso (1997), se enmarca en el pensamiento de las teorías relativas, que fundamentan la pena en su necesidad para la protección de la sociedad a través de la prevención de futuros delitos, como expuso con gran técnica y brillantez en el Programa de la Universidad de Marburgo en 1882 (*Der Zweckgedanke im Strafrecht*) en favor de una “pena-fin”, fundando el mes de diciembre de 1888 junto con Adolfo Prins y Van Hammel quienes profesaban un “positivismo crítico”, la “Unión Internacional de Derecho Penal”, dando luz tiempo después, especialmente por los aportes de Von Liszt a la “Escuela de la Política Criminal” o “Positivismo Sociológico” por su real vinculación con la realidad y las ciencias de la naturaleza, siendo igualmente considerado el fundador de la Ciencia Penal Moderna (Von Liszt, 1995) y padre de la Política Criminal, por el cambio de perspectiva respecto de una “concepción de delito fundada en la infracción de la norma”, revelando en términos de Zúñiga (2001), “gran originalidad y riqueza en sus ideas, aunado al hecho de que la concepción del delito y del delincuente de Von Liszt es la que mejor responde a los lineamientos del Estado Social de Derecho”.

En el mismo sentido Von Liszt (1914) quien advirtió en conocida frases que “el Derecho Penal constituía el límite que la Política Criminal no podía traspasar” y que “el Código Penal es la Carta Magna del delincuente”, puso de manifiesto en su sentido literal, según Blanco (2007), que “toda Escuela, movimiento o corriente científica en materia punitiva debe respetar la imperatividad del Derecho Penal positivo, en consonancia al propio al orden constitucional y a la estricta teoría de las fuentes del Derecho Penal”, marcando estos criterios una índole de relación entre Política Criminal y Derecho Penal que ha dominado y sigue dominando entre penalistas, toda vez que en ellos se reflejan su concepción de acentuar el aspecto garantista del individuo que cae bajo la maquinaria penal, en el entendido que el delito es un conflicto entre el individuo y la sociedad, por lo que debe resolverse, comprendiendo el aspecto intervencionista del Estado, en responsabilizarse por resolver ese conflicto de la manera “menos lesiva posible para el individuo”, siendo esta construcción muestra directa de la maduración del modelo de Estado intervencionista en lo social, buscando la “defensa social” y la prevención de la delincuencia desatada con las desigualdades que había generado el Estado Liberal (*Ibidem*).

Valorativamente, Zúñiga (2001) considera que los aportes de Von Liszt (1914) por una concepción de delito más allá de la norma penal, concibiéndolo como un fenómeno social, complejo, en el que intervienen varias disciplinas, es su principal legado para la historia, además que el tratadista alemán dejó claro que “el Derecho Penal vigente siempre tiene un fin”, y que la crítica y aplicación del mismo debe estar presidida por ese fin, por lo que en este sentido, “la Política Criminal está vinculada a la Política Social de cada Estado, pues al ser una clara misión del Estado social contener la delincuencia (prevención/fin), tiene que comprometerse en realizar igualmente políticas sociales que hagan disminuir los factores desencadenantes del delito (responsabilidad social del Estado)”. Así mismo Zúñiga (2001) comenta que el pensamiento de Von Liszt (1914) también realiza importantes aportes en la tarea de entender la prevención al distinguir la prevención especial y la prevención especial y las distintas clases que esta puede asumir (rehabilitación e inocuización), pero concibiendo siempre la prevención como el fin social que justifica siempre la intervención penal, asumiendo los postulados deterministas del positivismo. Sobre la descrita orientación de la Política Criminal, Jiménez de Asúa (1965) ha manifestado que se trató de una de las direcciones científicas más “componedoras” de todas las eclécticas y la más eficaz de las direcciones del positivismo crítico.

En el marco de las diferentes distinciones conceptuales, que traducen el auténtico debate epistemológico sobre la Política Criminal (esto es, sobre su objeto de estudio y su método de trabajo), Jiménez de Asúa (1965) en cita de Rivera (2005) y en referencia a Von Liszt (1914), en primer lugar distingue la Política Criminal de la simple social, en el entendido que “esta última podría abarcar la misión de prevenir la comisión de delitos, mientras que la Política Criminal sólo tendría sentido y lugar cuando el delito ya se haya perpetrado”, afirmando en segundo término y ciñendo a la anterior distinción, que “muchos sectores del penalismo alemán de fin del siglo XIX y principios del XX entendieron que la Política Criminal debía comprender una doble faz: a)- como articulación de medios para combatir el crimen después que éste haya sido perpetrado; pero también; y b)- la Política Criminal debía incluir la tarea de crítica y reforma de la las leyes vigentes”, reconociendo el tratadista español por último, que desde el punto de vista práctico y legislativo (o *político*), la Escuela de Von Liszt (1914) fue “muy fecunda puesto que ha logrado inspirar a los Códigos que se han puesto en vigencia y los numerosos proyectos de Europa y algunos de América”.

### **3.2.2 Aproximaciones Teóricas Contemporáneas al Concepto de Política Criminal**

Como bien señala Délmas-Marty (1986), desde que Feuerbach (1803) definió la Política Criminal como “el conjunto de métodos represivos con los que el Estado reacciona contra el crimen”, limitándola, así, a una especie de reflexión sobre el Derecho Penal, “la perspectiva se ha ampliado progresivamente a lo largo del tiempo”. Así las cosas, por ejemplo para Zipf (1979), la Política Criminal “es la política jurídica en el ámbito de la justicia criminal”, mientras que para Délmas-Marty (1986) es el “conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal”, definiciones diversas toda vez que interpreta Zúñiga (2001), la primera establece que son “respuestas del Estado” que tiene como ámbito la justicia criminal, mientras que la segunda considera que lo son “de la sociedad” considerando el fenómeno criminal no sólo desde el aspecto jurídico, por lo que mientras Zipf (1979) plantea que “la Política Criminal es el conjunto de respuestas penales del Estado”, Délmas-Marty (1986) considera que se trata “del conjunto de respuestas de la sociedad frente a un fenómeno que es social como lo criminalidad”, por lo que la forma de entender la Política Criminal en ambos autores es distinta, ya que Zipf (1979) parte de una “concepción jurídico-penal del delito” y Délmas-Marty (1986) de una “concepción social del fenómeno criminal”.

Desde otras perspectivas, afirma Cardozo (2009) que habitualmente la Política Criminal ha sido caracterizada “en función de su tarea crítica” respecto del derecho vigente (Herrero, 2007), de la que devendría una consecuente propuesta de modificación a las normas que fuesen objeto de dicha labor, visión ésta que venía a encasillarla, básicamente, en el ámbito de la “*lege ferenda*” (Mir Puig, 1994). Asignando también a dicho quehacer, Jiménez de Asúa (1977) identificaba la Política Criminal más que una parte o un elemento más del Derecho penal, como un “...corolario de la dogmática: crítica y reforma”. Frente a la misma temática se manifestó igualmente Antón (1986) quien refirió que “la ciencia del Derecho Penal es a su vez Política Criminal”, en el sentido de ser crítica de las instituciones vigentes y de la preparación de su propia reforma, de acuerdo con lo que él denominó “ideales jurídicos”, mismos que se irían configurando conforme a las transformaciones sociales (histórico-culturales). En términos de Binder (1997), la Política Criminal es “el conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio de la violencia estatal (coerción penal) hacia determinados objetivos”, por lo que desde esta perspectiva se habla de la Política Criminal lisa y llanamente como “Política”.

Por su parte Roxin (1972), quien ha sido considerado por muchos autores como el padre de la moderna Política Criminal, proclamó la clara necesidad de reflejar la unidad sistemática entre Política Criminal y Derecho Penal también en la elaboración de la doctrina del delito, en el entendido que las categorías particulares de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad “debían ser contempladas, sistematizadas y desarrolladas desde la perspectiva de su clara función político-criminal”, correspondiéndole al tipo la determinación legal, a la antijuridicidad el ámbito de las soluciones sociales de conflictos y a la culpabilidad la necesidad de pena resultante de consideraciones preventivas. Al respecto Silva (1997) conceptúa que la obra de Roxin suele ser descrita como un intento de construcción del Derecho Penal y en concreto de la teoría jurídica del delito, desde la perspectiva evidente de la Política Criminal, aspecto referido igualmente por Mir Puig (1997) quien comenta que Roxin optó siempre y desde un principio por una Política Criminal al servicio de la limitación del *Ius Puniendi* del Estado y de la protección del ciudadano, prosiguiendo la línea de progreso que iniciara Beccaria (1764) doscientos años antes al racionalizar e ilustrar el discurso penal, lo cual sin lugar a dudas abrió paso también a la posibilidad cierta de una fundamentación jurídico-constitucional de todo su integral conjunto.

Desde una nueva vista y ante una falta de claro criterio o línea de pensamiento uniforme sobre el concepto contemporáneo de Política Criminal, aunado a que a partir de la forma como se entiende mayoritariamente la Política Criminal jurídica (crítica del derecho vigente y propuesta de *lege ferenda*) (Serrano, 2008), las interpretaciones y agregaciones actuales han sido tantas y tan variopintas que predomina abiertamente el desconcierto, creándose por ende algunas "plataformas de observación" que permitan apreciar de mejor manera las distintas tendencias contenidas en lo que se conoce como Política Criminal, permitiendo que la doctrina establezca ciertas distinciones, a modo de "marcas", para hacer posible un análisis más fructífero, señalándose, por ejemplo, que debe distinguirse entre una perspectiva "extensiva" y otra "estricta" de la Política Criminal, estando la primera caracterizada por la inclusión dentro de ella de un objetivo preventivo, mismo que no se encuentra en la segunda, pues estaría referida meramente a la represión con eficacia de actividades ilícitas por parte del Estado (Sainz, 1979). Por su parte Muñoz Conde (1975) destaca la función "reformista de la Política Criminal", en un claro acuerdo con lo que Jiménez de Azúa había propuesto ya muchos años antes (1977).

En otro sentido al anteriormente planteado, Rodríguez Devesa (1979) establece ciertos distinguos al interior del concepto de lo que es Política Criminal, refiriéndose a una encargada de lo que denomina "problemas utilitarios que presenta la realidad en la lucha contra el delito" y otra abocada a buscar las soluciones legislativas más adecuadas a situaciones concretas (ejemplificando con un auge de los delitos contra la vida o la propiedad), encontrándose definición dentro de la Criminología y la segunda, a su juicio "inseparablemente", en el ámbito del Derecho Penal. A su vez y partiendo de un enfoque totalmente diferente de aquel general que se ha venido esbozando, se encuentra la posición de Baratta (1978), quien desde una perspectiva más categórica, extiende el concepto de Política Criminal a un sustento desde una plataforma marxista, proponiendo que dicha política debe erigirse como un instrumento al servicio de la transformación social, por lo que esta herramienta debería también incorporar como labor, auxiliar al movimiento obrero en su lucha contra la injusticia estructural del capitalismo, y con ello poder alcanzar las "grandes reformas sociales e institucionales para el desarrollo de la igualdad, de la democracia, de las formas de vida comunitarias y civiles alternativas y más humanas, y del contrapoder proletario, en vista de la transformación radical y de la superación de las relaciones sociales de producción capitalista" (*Ibidem*).

A nivel latinoamericano, se destacan los aportes efectuados por Zaffaroni (1980), quien enseña que puede ser deslindados dos significados de lo que puede entenderse por política en lo criminal: “a)- Como «disciplina de observación» que determina cuáles son los objetivos de los sistemas penales y en qué medida son alcanzados en la realidad; b)- como el «arte de legislar o aplicar la ley» con el fin de obtener los mejores resultados en la lucha contra el delito”, tras lo cual, brinda su propia definición en torno a lo que debe entenderse integralmente por Política Criminal: “[...] es la política referente al fenómeno delictivo y, como tal, no es más que un capítulo de la política general del Estado”, agregando en este mismo sentido que “no está (ni puede estar) en oposición al Derecho Penal, porque éste mismo es una materialización de aquélla. La política penal no sería más que el aspecto más importante de la Política Criminal”, a lo que en clara apreciación de Rivera (2005), el autor argentino prefiere la denominación de “Política Penal”, entendiendo esta como “la ciencia o arte de seleccionar los bienes jurídicos que deben tutelarse jurídico-penalmente y los métodos para efectivizar dicha tutela, lo que ineludiblemente implica el sometimiento a crítica de las valoraciones ya hechas y de los métodos ya elegidos” (Zaffaroni, 1980).

En Colombia, se puede destacar la perspectiva que sobre el concepto de “Política Criminal” tiene Fernández Carrasquilla (2002), quien distingue dentro de la noción una perspectiva del “Ser” y otra del “Deber ser”, asimilada la primera a “los medios que oficialmente utilizará el Estado para prevenir la delincuencia” y la segunda referida “a la descripción de estos medios, pero también, a la fijación de esa práctica estatal a los principios y valores del sistema específico de que se trate”. Desde otra perspectiva teórica, Velásquez (2013) enuncia que en sentido amplio entiende por Política Criminal como “la política jurídica en el ámbito de la justicia penal”, y en sentido estricto, como “la ciencia que estudia cómo configurar el Derecho Penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir con su tarea de protección de la sociedad”. Por su parte Tocora (1997) interpreta que la Política Criminal es ante todo “política” pura que se relaciona con el universo de la criminalización originado en el surgimiento de nuevas realidades (fraudes informáticos, manipulaciones genéticas, tráfico de órganos, manejo indebido de energía nuclear, atentados ecológicos, etc.) que hay necesidad de regular por medio de la vía penal, aclarando el mismo autor que la intervención represiva debe procurar ser la mínima y que en caso cierto de que puedan contrarrestarse dichas realidades con otras jurisdicciones u otras instancias de control, debe preferírseles siempre.

Bajo todo lo anterior, resulta evidente aquello en lo que la doctrina efectivamente es unánime: no existe plena claridad conceptual respecto de lo que puede entenderse por Política Criminal (Cardozo, 2009), por lo que epistemológicamente habrá que ubicar el tema de su fundamentación jurídica dentro de las teorías que se relacionan con los límites al poder punitivo del Estado, señalando preliminarmente, que no hay en rigor una enumeración clara en cuanto a la nomenclatura utilizada ni tampoco en relación con la importancia asignada a cada uno de estos límites, por lo que resulta importante establecer teóricamente que se entiende por los mismos. Al respecto refieren Bustos y Hormazábal (2004) que todas las limitaciones al poder punitivo del Estado surgieron en un principio como “reacción política a las arbitrariedades del Estado absoluto”, pero a lo largo de la historia ellas se han ido constituyendo como baremos de legitimidad de la intervención penal (García-Pablos de Molina, 1996) y en este sentido también, como parámetro de la medida de democracia de la que goza una sociedad (Bustos Ramírez, 1994), por ello es importante fijar la mirada sobre la base teórica de la Política Criminal como disciplina penal en el marco de un Estado Social y Constitucional de Derecho.

### **3.2.3 Concepto y Caracterización de la Política Criminal como Disciplina Jurídica**

En el marco de los anteriores criterios, Borja (2003) preliminarmente refiere que la política en términos generales está relacionada con “la gestión, desde una determinada esfera de poder, de los asuntos públicos, presentándose a través de muy diversas manifestaciones y atendiendo a la parcela de la actividad objeto de su administración” (Vg.r. sanidad, económica, seguridad, etc), siendo la Política Criminal la que se designa al planteamiento que “desde el ámbito público, desde el propio Estado, se establece para tratar y hacer frente al fenómeno criminal”, pudiendo ser entendida abreviadamente, como “un sector de la política pública que está relacionada con la forma de tratar y hacer frente a la delincuencia”, es decir, como “aquella que se refiere a un ámbito de decisiones, de criterios, de argumentaciones que se postulan en el plano teórico o práctico para dar respuesta a la criminalidad”, por lo que atendiendo a este sentido evidentemente político, pueden sumarse los anteriores elementos para definir la Política Criminal y según el mismo autor (Borja, 2003), como “aquel conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal”.



Así las cosas, afirma igualmente Borja (2003) que “cuando se habla de Política Criminal con mayúsculas, se está haciendo referencia a una disciplina, a una rama del saber, a un sector del conocimiento que estudia la orientación y los valores que sigue y protege, o que debería seguir y proteger, la legislación penal entendida de forma amplia (material y procesal)”, por lo que la Política Criminal bajo esta dimensión, constituye “un conjunto de conocimientos, de argumentos y de experiencias que se relacionan con el Derecho Penal desde una doble vertiente: Por un lado, como se ha esbozado, estudia las orientaciones políticas, sociológicas, éticas o de cualquier otra índole que se encuentran en cada institución vigente del Derecho Penal, y por otra lado, aporta criterios teóricos de justicia, eficacia o de utilidad que van dirigidos al legislador para que lleve a cabo las correspondientes reformas de las leyes penales de forma racional, satisfaciendo los objetivos de hacer frente al fenómeno criminal salvaguardando al máximo las libertades y garantías del ciudadano”, por lo que desde esta prisma y bajo los entendidos de Mir Puig (1998), la Política Criminal se contempla como “una forma de concepción del Derecho Penal complementaria a la visión que de éste proporciona la Dogmática Penal o la Criminología”.

Bajo la anterior lógica, es pertinente hablar extendidamente de Política Criminal en el segundo sentido enunciado, es decir, como disciplina académica, como sector del conocimiento cuyo objeto de estudio es el fenómeno criminal y la legislación que lo contempla, adoptando en consecuencia la teoría que sobre el tema ha sido desarrollada por Borja (2003), quien bajo esta dimensión define la Política Criminal como “aquel sector del conocimiento que tienen como objeto de estudio el conjunto de medidas, criterios y argumentos que emplean los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal”, mismo autor español que desarrolla importantes precisiones sobre este concepto. En primer lugar, Borja (2003) señala que su objeto de estudio viene integrado no solo por la legislación penal, sino también por otro tipo de instituciones que tengan como fin, desde el ámbito político, la prevención o la erradicación del hecho delictivo, en el entendido que “el Derecho Penal, sustantivo y adjetivo, va a ocupar un lugar preeminente porque constituye la base de la definición de aquello que se considera delito frente a la conducta lícita”, sin que constituya el derecho de penas la única forma de prevenir el crimen, toda vez que “medidas de carácter económico, educativo, social o incluso cultural, para ciertos sectores de la criminalidad (violencia doméstica o racista) pueden ser tan relevantes y eficaces como el mismo sistema legal” (*Ibidem*).

En segundo lugar, continua Borja (2003) sus precisiones sobre el concepto de Política Criminal recordando una vez más que esta es ante todo "política", y de ahí que los criterios de decisión y de orientación para cumplir determinados objetivos corresponden generalmente "a la intervención de los poderes públicos que designan al Estado y sus diferentes dependencias territoriales y administrativas", sin desconocer claro está, la relevancia de los esquemas de control social informal de los que hablan entre otros Hassemer y Muñoz (2012) y que impone la comunidad fuera del Estado como forma de prevención y represión del crimen. En tercer punto, Borja (2003) hace énfasis a que "la Política Criminal ha variado sensiblemente desde sus inicios a principios del siglo XIX", época en la que su objetivo fundamental era meramente reactivo en la lucha contra el crimen (Feuerbach, 1803), a la actualidad vigente, en la que dicha política pública continua manteniendo como fin último disminuir en lo posible las cifras de criminalidad hasta un nivel razonable, pero recalándose que ello se puede conseguir "no sólo reaccionando frente al hecho delictivo ya perpetrado o consumado, sino, sobre todo, estableciendo métodos sociales y oportunos de respuesta y prevención al fenómeno criminal" (Délmas-Marty, 1986).

En un cuarto criterio, Borja (2003) precisa que aunque la Política Criminal como disciplina pretende "aportar un conjunto de conocimientos que, de forma racional, intenta mejorar la legislación penal y utilizar otros mecanismos para hacer frente a determinados comportamientos sociales indeseables (delitos)", no se puede olvidar su carácter histórico, coyuntural, impregnado de múltiples componentes ideológicos y políticos, incluso de índole utilitario, razón por la cual, aunque conforma siempre un sector del conocimiento, este no puede ser calificado como "científico", sin que lleve tal apreciación al extremo de pensar o siquiera contemplar que una disciplina que llegue a ser caracterizada como "científica" debe ser menospreciada, ya que hay que ser conscientes de que la forma en que nos aporta su análisis de la realidad que examina es, simplemente, distinta, por lo que en interpretación de Zúñiga (2001), al no tener la Política Criminal dicha autonomía científica, "puede y debe sujetarse a un método de análisis, mismo que es el propio de la interdisciplinariedad entendido como inductivo de la realidad social y deductivo de los principios constitucionales del Estado de Derecho", en el que igualmente "intervienen conocimientos del ser (la realidad del fenómeno criminal) como conocimientos del deber ser (la dimensión valorativa de los derechos fundamentales), sistematizando criterios de eficacia y funcionalidad".

En quinto lugar, Borja (2003) señala en el mismo sentido que “la Política Criminal en un Estado de Derecho el punto de partida se enfrenta ante una hipótesis que no era aceptada en los países totalitarios: el delito nunca puede ser erradicado totalmente de la sociedad”, trayéndose a colación a Roxin (1998), quien demostró que en todo Estado democrático, aún cuando goce de muchas e inmejorables condiciones sociales y económicas (como fue el caso de la República Federal de Alemania tras la Segunda Guerra Mundial), “la presencia del crimen es inevitable”, lo que debe llevar a partir del presupuesto de que el hecho criminal va a estar siempre presente, entre otros, como “el precio que se tiene que pagar por mantener unas mínimas condiciones de libertad y de respeto a los derechos humanos”, recalcando Borja (2003) que en el Estado Democrático la Política Criminal persigue que “todos los ciudadanos, en la medida de lo posible, convivan pacíficamente y en libertad”, cubriendo las necesidades materiales y culturales para que toda persona pueda gozar de su propia dignidad humana, sin que la lucha contra el crimen “pueda emprenderse a costa del sacrificio de las libertades y garantías del ciudadano, pues el respeto a los derechos fundamentales constituye uno de sus principios de carácter irrenunciable” (*Ibidem*).

Finalmente, Borja (1999) hace referencia a la relación existente entre Dogmática Penal, entendiéndose esta en términos simples de Roxin (2000) como “la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del Derecho Penal, y Política Criminal”, acotando que estas se complementan y, sin embargo, siguen manteniendo su autonomía, toda vez que si la dogmática pretende entre sus objetivos auxiliar a resolver racionalmente los conflictos individuales y sociales, su planteamiento tiene que acercarse a la realidad social, descubrir la corriente de pensamiento que inspira la institución y elaborar sistemáticamente en términos de Zaffaroni (1980), la “Política Penal” de acuerdo a estas premisas ideológicas, considerándose que la Política Criminal acerca a la Dogmática a la vida de la calle y al espacio de tiempo en que desarrolla su función, por lo que de hecho y tal como se ha expuesto recientemente, cada concepción sistémica del Derecho Penal, en realidad también representa su propia visión político-criminal del tiempo y del espacio en el que se desenvuelve teóricamente, a la vez que la Política Criminal “debe orientar racionalmente su misión de prevención y tratamiento del fenómeno criminal en el ámbito de la reforma de la legislación penal pensando siempre en los postulados que durante décadas ha ido elaborando la Dogmática Penal” (Borja, 1999).

### 3.2.4 Límites al Ejercicio de la Política Criminal

De acuerdo a lo abordado y considerando que en un Estado Constitucional la lucha contra la criminalidad tiene que guiarse por un cuidadoso y claro equilibrio entre el necesario mantenimiento de unos mínimos en materia de seguridad ciudadana y el pulcro respeto de los derechos humanos, es de señalar que tal como afirma Bustos y Hormazábal (2004), “frente a un determinado conflicto social el Estado puede optar entre diferentes políticas públicas y se decidirá o, mejor dicho, debiera decidirse por la más adecuada entre las diferentes alternativas para la solución del conflicto”, y cuando así lo hace, está desarrollando una política social en un sentido amplio, como por ejemplo una política educacional, de salud, de vivienda, de información o real asistencial, pudiendo también optar por definir el conflicto como “delito”, por lo que en tal caso, estaría desarrollando una Política Criminal, siendo esta en consecuencia, un poder de definición de un conflicto como delito que ejerce en exclusiva el Estado, mismo que no solo se refiere a la creación de la norma que define el hecho como “crimen”, sino que seguidamente y si esta norma es infringida, a la definición del infractor como “criminal”, por lo que se deben distinguir dos momentos: “El momento de la creación de la norma o *criminalización primaria*, o de definición del delito, y el momento de aplicación de la norma o de *criminalización secundaria*, o de definición del delincuente” (*Ibidem*).

Los claros procesos de definición del delito y del delincuente según Bustos y Hormazábal (2004), residen “formalmente en diferentes instancias del poder estatal”, así, la *criminalización primaria* o definición del delito (*ius puniendi*) corresponde al Poder Legislativo, y la *criminalización secundaria* o de definición del delincuente (*ius perseguendi*), al Poder Judicial, surgiendo el debate sobre los límites que en un Estado Social de Derecho se pueden tener para ejercer el derecho penal subjetivo en lo referente tanto a la criminalización primaria como secundaria. Pues bien, al respecto los mismos autores refieren que “el Derecho Penal moderno surgió con la intencionalidad política de poner estrictos límites al poder coactivo del Estado absoluto, de diferenciarlo del Antiguo Régimen, siendo por tanto fruto de una decisión político-jurídica y en forma más precisa político-criminal, que desde finales del siglo XVIII hasta ahora se ha visto fortalecido en cuanto a sus límites, por el desarrollo de los derechos humanos y sobre todo fundamentales”, dando lugar a un intenso debate que ha dado como resultado la formulación de una serie de principios político-criminales limitadores del *ius puniendi*.

Al respecto de los límites de la facultad punitiva del Estado, Bustos y Hormazábal (2004) desarrollan una importante teorización al respecto, señalando entre muchos otros aspectos, que las garantías para la persona en el ejercicio de una Política Criminal se formulan en forma de límites de carácter normativo, entre los que hay que distinguir entre “límites normativos formales” y “límites normativos materiales” o garantías materiales, que son aquellos principios que emanan de la clara esencia misma del “Estado social y democrático de Derecho”, abarcando estos límites todo el proceso de criminalización, tanto primaria como secundaria, sirviendo a la vez el uno al otro como complemento, toda vez que no basta simplemente que una norma penal haya cumplido todos los requisitos formales en su tramitación para su entrada en vigor, con lo cual la intervención penal quedaría formalmente legitimada, sino que es necesario que se mantenga dentro de “ciertos límites que la legitiman materialmente”, por lo que es de suponer que en un Estado Constitucional de Derecho, una norma positiva penal tanto sustantiva como de procedimiento requiere tanto una legitimación formal como material, ya que “la simple legitimación por la forma sólo da lugar a una disposición formalmente válida, pero no materialmente válida” (*Ibídem*).

En relación con los límites normativos formales, Bustos y Hormazábal (2004) señalan que el Derecho Penal moderno “nace con el principio garantista formal que la ciencia penal conoce con el nombre de principio de legalidad”, mismo que abarca todo el sistema penal, es decir, no sólo la garantía criminal y la garantía penal, sino también la garantía jurisdiccional y la garantía de ejecución, y por lo tanto atraviesan la incriminación primaria y la secundaria. En relación específicamente con la incriminación primaria, el contenido del principio implica “la exigencia del cumplimiento de los siguientes brocardos: a)- No hay delito ni pena sin ley escrita (principio legal (ley) como único generador de delitos y penas); b)- No hay delito ni pena sin ley estricta (principio de determinación, de taxatividad o de tipicidad de las figuras penales); y, c)- No hay delito ni pena sin ley previa (principio de irretroactividad de la ley penal)” (*Ibídem*). Sobre la incriminación secundaria, las garantías se expresan en los principios del Debido Proceso, garantías individuales de una persona en condición de imputado que se pueden sintetizar bajo los siguientes principios: “a)- No hay culpa sin juicio (principio de publicidad, oralidad, contradicción y sin dilaciones indebidas); b)- No hay juicio sin acusación (principio de acusación formal); c)- No hay acusación sin prueba (principio de presunción de inocencia); y d)- No hay prueba sin defensa (derecho a la defensa)” (*Ibídem*).

Como ya se anunció, adicional a los límites normativos formales, Bustos y Hormazábal (2004) proponen la existencia de “los límites normativos materiales”, entre los que se destacan la dignidad de la persona humana, el bien jurídico y la necesidad de la pena, que rigen tanto el proceso de la creación de la norma como el de aplicación de la misma. Frente al primero de ellos, es decir la *dignidad de la persona humana*, los autores refieren que el desarrollo del Estado de Derecho, a la par de los derechos humanos, “ha implicado el reconocimiento de la dignidad de la persona humana”, por lo que desde una perspectiva político-criminal ha de destacarse dos aspectos de este principio, como lo son el de la *autonomía ética de la persona*, entendida en el sentido que “la persona es el único ente autónomo y en este sentido que el Estado jamás puede convertirse en su tutor ni considerarlo como incapaz”, sino que por el contrario ha de estar al servicio de su desarrollo y de las condiciones para ello, y el de la *indemnidad personal*, que implica que “la persona y sus derechos son una sola entidad” y es por eso, entonces, por lo que el afectar un derecho en esencia o la anulación absoluta de su ejercicio, así como afecciones que signifiquen desmerecer intrínsecamente el carácter de persona Vg.r., torturas, pena de muerte, presidio perpetuo, etc.), “no pueden constituir el contenido de una pena o sanción” (*Ibidem*).

En relación con el segundo de los límites normativos materiales enunciados, esto es el relacionado con el *bien jurídico* (principio de lesividad), Bustos y Hormazábal (2004) soportan su teoría señalando que en un Estado Social y Democrático de Derecho cuando la instancia política competente decide proteger un determinado objeto porque lo considera merecedor de protección penal, sólo se puede hacer “bajo los estrictos condicionamientos que imponen las reglas y principios que definen esa estructura social”, como por ejemplo los postulados de igualdad, justicia y dignidad de la persona, por señalar los más importantes, por lo que la sola mención de estas reglas ya permiten descartar el carácter de bien jurídico de valores como la moral, la política, religiosos o culturales, toda vez que estos objetos “no pueden tener el carácter de bienes jurídicos” porque su protección penal, de una determinada ideología religiosa, por ejemplo, significaría una vulneración del principio de igualdad, pues se estaría privilegiando esa ideología religiosa respecto de otras, lo que es diferente si el Estado decide proteger la libertad religiosa, pues en ese caso no se está privilegiando a ninguna en particular, sino que se está garantizando a todas su libre ejercicio, luego lo fundamental “es identificar la relación social concreta que se quiere proteger” (*Ibidem*).

Finalmente se encuentra “el límite normativo material” de la *necesidad de la pena*, mismo que en la teorización propuesta por Bustos y Hormazábal (2004), refiere dar inicio al Derecho Penal moderno, pues implicaba de modo general “poner en cuestionamiento y establecer límites al poder estatal”, en el sentido que la pena he de imponerse sólo cuando es necesario, ya que en caso contrario será pura arbitrariedad, dando de esta manera caracterización al sistema penal en su conjunto, como institución sólo a ejercerse cuando fuera necesario. En el desarrollo de este principio según los mismos autores, han aparecido una serie de subprincipios que son expresiones más concretas del mismo, tratándose del subpostulado de *extrema ratio*, de *subsidiariedad* y de la *fragmentariedad*, siendo este último el más complejo de entender y que significa “que el Derecho Penal sólo ha de intervenir en determinadas situaciones puntuales que signifiquen un peligro para los bienes jurídicos y no en todas”, planteándose con este subprincipio la supresión de determinados delitos por la insignificancia del riesgo para el bien jurídico que representa su comisión (delitos bagatela), siendo el intérprete, es decir, el juez, el que tendrá que resolver el conflicto de leyes y establecer la frontera sobre la base de determinar el *plus* de ilicitud implícito en el tipo que fundamenta la incriminación.

Como subprincipios restantes, Bustos y Hormazábal (2004) hacen referencia a que “la Política Criminal habrá de considerar otros parámetros elementales del Derecho Penal”, como lo son el *Non Bis In Idem*, la *proporcionalidad* entre la pena y la gravedad de la afcción, las hipotéticas *consecuencias de la incriminación* y la *alternatividad*. Para cerrar, los mentados autores complementan su teorización haciendo referencia a los límites fácticos del *ius puniendi*, en el entendió que “a todos los límites señalados anteriormente, hay que agregar los límites de carácter fáctico que se producen en la incriminación secundaria”, esto es, al nivel de la aplicación de la norma por las instancias encargadas en términos de Muñoz Conde (2004), del control social, bajo el postulado que “la estadística criminal se confecciona a partir de los diferentes datos registrados por los órganos de control social penal, lo que representa que hay un gran número de hechos punibles que al no haber sido registrados no forman parte de la estadística criminal (cifra oscura de la criminalidad)”, resultando de extraordinaria importancia los estudios empíricos sobre el funcionamiento real de las instituciones que conforman el sistema penal de control social, para de este modo evitar discriminaciones en el poder de definición de los tipos penales, mismos que en concepto de Álvarez (1999), “cumplen funciones político-criminales”.

### 3.2.5 Funciones Jurídicas de la Política Criminal

En claro concepto de Zúñiga (2001), siendo la Política Criminal una disciplina valorativa, fundamentada en el fin de la prevención de la criminalidad, sus funciones son “todas aquellas que van a coadyuvar a lograr esa finalidad general: comprender el fenómeno criminal y prevenirlo”, por lo que utilizando los métodos inductivo y deductivo, y teniendo en cuenta conocimientos de las ciencias del ser y del deber ser, la Política Criminal preliminarmente y ayudada por los conocimientos de la Criminología, “debe realizar un estudio científico del fenómeno criminal que intenta prevenir”, toda vez que como es lógico, para luchar contra un fenómeno, primero es necesario conocerlo, ya que los instrumentos de prevención a diseñar y aplicar estarán condicionados por la forma de comprender el delito, en el entendido que “para afrontar un determinado fenómeno criminal con eficacia, lo primero que se debe hacer es establecer un método de análisis del mismo que sea plenamente idóneo para entender a cabalidad y de manera amplia la pluridimensionalidad del fenómeno que se trate, por lo que los responsables de la Política Criminal deben informarse y educarse para poder encargar trabajos de investigación sobre un fenómeno criminal y luego tener la capacidad de valorarlo” (*Ibídem*).

Una vez analizado el fenómeno criminal, corresponde en términos de Zúñiga (2001), “diseñar mecanismos para prevenirlo”, labor que interpretando a Hassemer y Muñoz (2012) y en el marco de un Estado Social de Derecho, se hace por medio de “directrices y decisiones” que, a la vista de los conocimientos y concepciones existentes en la sociedad en un momento dado sobre la criminalidad y su control, “determinan la creación de instrumentos jurídicos para controlarla, prevenirla y reprimirla”, tarea que corresponde tanto a la Administración (poder ejecutivo, gobierno) como al Parlamento (poder legislativo), atañéndole precisamente a este último la labor de convertir en normas jurídicas los conocimientos criminológicos del delito preliminarmente encontrados, teniendo siempre como límite un determinado sistema jurídico basado en los derechos fundamentales, lo que implica que una Política Criminal ejercida fuera de ese marco, “es una política de un Estado de No Derecho, es decir, de un Estado totalitario que a simple fuerza quiere acabar con la criminalidad, convirtiendo a sus instituciones en instancias violadoras de derechos, criminalizando inadecuadamente conductas, aplicando penas desproporcionadas, etc” (*Ibídem*). García-Pablos de Molina (1996) refiere que una moderna Política Criminal de prevención del delito debe descansar sobre:



“1. El objetivo último, final, de una eficaz política de prevención no es erradicar el crimen, sino *controlarlo razonablemente*. El total exterminio de la criminalidad y las cruzadas contra el delito son objetivos utópicos y poco realistas que pugnan con la “*normalidad*” del fenómeno criminal y la de su protagonista;

2. En el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, la prevención del delito suscita inevitablemente el problema de los “*medios*” o “*instrumentos*” utilizados, y el de los “*costes*” sociales de la prevención. El control exitoso de la criminalidad no justifica el empleo de toda suerte de programas, ni legitima el elevado coste social que determinadas intervenciones implican;

3. Prevenir es más que disuadir, más que obstaculizar la comisión de delitos, intimidando al infractor potencial o indeciso. Prevenir significa *intervenir* en la etiología del problema criminal, neutralizando sus *raíces*. Contramotivando al delincuente (con la amenaza de la pena, o con un sistema legal en excelente estado de funcionamiento) quedan aquellas intactas, no se atacan las *causas* del problema sino sus síntomas o manifestaciones. Lo que no basta;

4. La efectividad de los programas de prevención debe plantearse a *mediano* y *largo* plazo. Un programa es tanto más eficaz cuanto más se aproxime etiológicamente a las causas del conflicto que el delito exterioriza. Los programas de prevención “*primaria*” son más útiles que los de prevención “*secundaria*”, y éstos que los de prevención “*terciaria*”. Si bien todos ellos son compatibles y necesarios;

5. La prevención debe contemplarse, ante todo, como prevención “*social*” y “*comunitaria*”, precisamente porque el crimen es un problema social y comunitario. Se trata de un compromiso solidario de la comunidad (no solo del sistema legal y las agencias oficiales de éste) que movilice todos sus efectivos para *solucionar* un conflicto doloroso. El protagonismo y liderazgo de dicha intervención corresponde a la comunidad;

6. La prevención del delito implica *prestaciones positivas*, aportaciones y esfuerzos solidarios que neutralicen situaciones carenciales, conflictos, desequilibrios, desatenciones de las necesidades básicas. Solo reestructurando la convivencia, redefiniendo positivamente la relación entre sus miembros (y la de estos con la comunidad) cabe esperar resultados satisfactorios en orden a la prevención del delito. Una prevención puramente "*negativa*", cuasipolicial, sobre bases "*disuasorias*" carece de operatividad;

7. La prevención del delito, la prevención científica y eficaz del delito, presupone una definición más compleja y matizada del "*escenario*" criminal, y de los factores que interactúan en el mismo. Requiere una estrategia coordinada y *pluridireccional*: el infractor no es el único protagonista del suceso delictivo, puesto que otros datos, variables y factores configuran dicho *escenario*. Los programas de prevención deben orientarse selectivamente hacia todos y cada uno de ellos (espacio físico, hábitat urbano, colectivos de víctimas, clima social, etc.). Porque una prevención estrictamente "*situacional*" no basta por su déficit etiológico, social y comunitario;

8. Se evita también el delito previniendo la reincidencia. Pero desde luego, mejor que prevenir "*más*" delito, sería "*producir*" o "*generar*" menos criminalidad. Dado que "cada sociedad tiene el crimen que se merece", una política seria y honesta de prevención debe comenzar con un sincero esfuerzo de autocrítica, revisando los valores que la sociedad oficialmente proclama y práctica. Pues determinados comportamientos criminales, a menudo, entroncan con ciertos valores (oficiales o subterráneos) de la sociedad cuya ambivalencia y esencial equivocidad ampara "*lecturas*" y "*realizaciones*" delictivas. En todo caso, la Política Social es un excelente y eficaz instrumento preventivo."

Así las cosas, Hassemer y Muñoz (2012) refieren que la Política Criminal del Estado de Derecho "no tiene que recurrir al Derecho Penal para combatir eficazmente la criminalidad", ya que sobre todo en el aspecto preventivo, tiene que ser consciente de que "muchas veces hay otras formas de prevenir la delincuencia", como mejorar el nivel cultural, sanitario, educativo y económico, hacer una mejor política de distribución de

rentas, ayudar a la promoción e integración social de los más débiles con medidas de carácter social, posibilitar la reinserción social de los que ya han sido condenados, mejorar el sistema penitenciario, etc., ya que como se ha dicho, “la mejor Política Criminal es una buena Política Social” (Von Liszt, 1914), pero si se decide optar por la represión, esta tiene que tener en cuenta los principios político-criminales limitadores del *ius puniendi* subjetivo estatal (Bustos y Hormazábal, 2004), toda vez que esas decisiones políticas deben encuadrarse siempre en unas directrices que vienen impuestas por el ordenamiento jurídico y que son vinculantes para todos los poderes públicos, cualquiera que sea el criterio criminológico que se considere más conveniente para el control de la criminalidad.

Finalmente y dentro de otra de las funciones jurídicas esenciales de la Política Criminal en el marco de un Estado Social de Derecho, Zúñiga (2001) señala que esta la de “crítica de la legislación penal existente para plantear procesos de reforma”, o en términos de Luzón (2012), “hacer propuestas de reforma *lege ferenda*”, labor que supone que los juristas o cualquier intérprete de la ley penal, efectúe una revisión de la legislación vigente conforme a los parámetros constitucionalmente definidos, tarea de que debe realizarse con un método deductivo de esos principios superiores que actúan como el “deber ser” de la actuación política y jurídica, aunque ese sometimiento del derecho vigente suponga ciertas frustraciones, pues, la actuación política y legislativa que le acompaña se encuentra muchas veces resistente a los principios generales y abstractos, respondiendo más bien a una lógica inductiva, más atenta a la realidad, a las exigencias sociales, a la eficacia (Donini, 1997), por lo que el sano equilibrio entre ambas perspectivas es el ideal en el que deben moverse las interpretaciones, correspondiendo además a una valoración que integre la efectividad más el respeto de las garantías, ya que como se ha señalado, “la legitimidad de la norma penal no solo se mide por su nivel garantísticos, sino también por su capacidad de prevención, aspecto que si es olvidado, representaría condenar a la norma a una mera función simbólica” (Díez Ripollés, 2002).

Al respecto Luzón (2012) refiere que para llevar a cabo esa crítica o las propuestas de reforma del Derecho Penal vigente, la Política Criminal “puede siempre acudir a criterios técnicos que le proporcione la dogmática, a claros principios jurídicos o políticos, a conocimientos empíricos derivados de las ciencias sociales, etc.”, pero cuando se refiere al empleo de ciertos criterios ideológicos-valorativos (ya que la Política Criminal es

precisamente política, no neutra), si bien es lícito y necesario acudir a ellos para que la Política Criminal haga sus propuestas o enjuiciamientos, “ello no quiere decir que sea totalmente subjetivo el manejo de tales criterios”, sino que es preciso intentar alcanzar el máximo posible de objetividad y aceptación general de los mismos, que por otra parte vienen ya impuestos en buena medida por la configuración constitucional del sistema político de convivencia social como el de un Estado Democrático de Derecho, sin descartar en el mismo sentido, que “el empleo de conocimientos y métodos empíricos (provenientes, por ejemplo, de las ciencias sociales, la psicología, criminología, etc.) es imprescindible, como reconoce ampliamente la doctrina, para que la Política Criminal elabore y formule adecuadamente sus criterios”, criticándose que no siempre el legislador y la doctrina procedan así (*Ibídem*).

### **3.2.6 Formulación y Configuración de Política Criminal**

Afirma Binder (1997) que el uso del poder penal “está sometido a las reglas de la puja política de un país”, donde los distintos grupos políticos tratan de influir en el diseño y construcción de la Política Criminal según sus propios objetivos, finalidades y concepciones políticas, instalándose tal puja en los niveles de la “formulación” y la “configuración” de la Política Criminal, siendo el primero de ellos donde se define “en qué casos y qué medios se utilizará el poder penal, cuáles serán sus instrumentos y sus reglas (por ejemplo, cuando se discute si tal conducta debe ser penada o no y con qué intensidad)”, mientras que el segundo nivel se refiere al “funcionamiento” concreto de las instituciones encargadas de canalizar el poder penal (policía, justicia, cárceles, etc.), haciendo la salvedad el tratadista argentino, en el hecho de señalar que “nunca coinciden enteramente la formulación y la configuración de la Política Criminal”, estando eso sí, en una clara relación dialéctica de mutua influencia que tiene una relación directa con la democracia, ya que “el modo como el Estado haga uso del poder penal es uno de los indicadores más precisos de la profundidad del sistema democrático en una sociedad y el grado de respeto a la dignidad de todas las personas que es la base esencial del concepto democrático” (*Ibídem*).

En el nivel específico de la “formulación”, Binder (1997) señala que “un modelo de Política Criminal admisible debe establecer los criterios básicos y las pautas de su organización concreta”, según las valoraciones que cada uno sostenga, para lo cual se

deben tener en cuenta ciertos lineamientos guía, y pensar su modelo desde el poder, ya que este no es una condición “accidental”, sino un punto de partida epistemológico, toda vez que más allá de que uno lo tenga o no en la realidad, el poder, como lugar de reflexión cambia el modo como se piensan los objetivos que deben estar apuntados a lo que Zaffaroni (2001) ha llamado un “modelo igualitario o jus-humanista”, es decir, una política que sea “humanista” porque debe sostener una determinada concepción del ser humano y orientarse a preservarla, además porque no debe renegar del Derecho en ningún momento sino, al contrario, considerarlo como el instrumento privilegiado para la realización de esa política “autolimitada”, o lo que es lo mismo, deberá ser una Política Criminal desarrollada “desde el hombre y para el hombre concreto, real”, y apoyarse principalmente en el Derecho por ser este “el instrumento más racional que ha elaborado la sociedad política para ordenar la vida de los ciudadanos” (*Ibíd.*).

Para la construcción de un modelo de Política Criminal “jus-humanista”, Binder (1997) interpreta que “este debería estar regido por algunos principios”, siendo el primero de ellos el de la *transparencia*, en el entendido que sí se trata del ejercicio de una respuesta al fenómeno criminal (respuesta caracterizada, muchas veces, por un alto contenido de violencia), y teniendo en cuenta que tanto el concepto de “fenómeno criminal” como el propio concepto de “respuesta”, son relativos y están teñidos de valoraciones cambiantes, por lo que debe ser, en esencia, una política comprensible para la sociedad. El segundo principio de un modelo de Política Criminal “jus-humanista”, según Binder (1997) hace referencia a que esta debe ser *no expansiva*, es decir, debería ser consciente de que lo más beneficioso para una sociedad es que exista “poca” Política Criminal, o que esta tienda a reducirse o a retroceder en caso de aumento, para dejar lugar a la aplicación de otro tipo de políticas públicas que en concepto de Azerrad y Florio (2005), “deben encontrar un punto de equilibrio para lograr legislar con sabiduría, eficacia, equidad y satisfaciendo los derechos de todos los actores sociales”.

En tercer lugar, Binder (1997) considera que la *necesaria trascendencia del fenómeno criminal* es un nuevo principio un modelo de Política Criminal “igualitaria”, en el entendido que el objetivo último de la Política Criminal debe consistir en “que no se produzcan daños sociales”, pero no el moldear la conciencia moral de los ciudadanos o hacer que las personas sean buenas, ya que esta política no puede ser un instrumento de una determinada concepción, sino “un medio que respete el derecho que tiene todo

ser humano a ser diferente de los demás y a modelar su propia conciencia, interviniendo solo cuando está en juego el daño social, y no la aceptación interior de valores". Finalmente, el tratadista argentino refiere que el cuarto criterio del modelo de Política Criminal presentada es que este ha de ser una política *lo más participativa posible*, en la medida en que, al ser eminentemente transaccional, "debe ser abierta al juego de las fuerzas sociales", de tal manera que se configure del modo más democrático posible. Estos criterios, afirma Binder (1997), serán también "un instrumento conceptual para la comprensión del sistema penal", ya que este no se comprende si no es por su referencia a la Política Criminal como un aspecto del campo más amplio de la política social del Estado.

Desde otra arista de formulación de Política Criminal, se interpreta de Zúñiga (2001) que una vez evaluado científicamente el fenómeno criminal, "corresponde establecer los objetivos y diseñar las estrategias para su prevención". Frente a sus *objetivos*, estos deberán estar marcados por el paradigma de "respeto a los derechos fundamentales y alcanzar el logro de la prevención de la criminalidad", conjugando la libertad con las garantías, la seguridad con el respeto de los derechos fundamentales y la legitimidad con la eficacia. En relación con las *estrategias* de prevención, señala la autora que corresponde a la Política Criminal "seleccionar, de acuerdo a los objetivos previstos, un programa integral de mecanismos formales e informales, jurídicos y sociales, públicos y privados que lleven a cabo la prevención de la concreta criminalidad a la que está haciendo frente", debiéndose siempre tener en cuenta la decisión político-criminal, "los principios y límites normativos y los recursos humanos y materiales para su configuración", es decir, de todo el elenco de estrategias posibles, la decisión política se mueve dentro del posibilismo de sus recursos económicos y sociales, de ahí, en criterio de la tratadista, que "la prevención de la criminalidad sea especialmente sensible a la capacidad económica de los Estados y a lo que éste esté dispuesto a invertir en dichas estrategias" (*Ibidem*).

Adicional a lo anterior, es de señalar además que el desarrollo de una Política Criminal requiere de una adecuada ruta de diseño metodológico, por lo que en el ciclo de su vida y construcción como política pública que es, Jones (1970) distingue de 5 fases o etapas secuenciales lo suficientemente generales como para permitir la formulación de cualquier otra clase de política pública, siendo estas la *identificación del problema*, la

*formulación de soluciones*, la *toma de decisiones*, la *implementación* y finalmente la *evaluación* (Roth, 2002). Frente a la primera de ellas, esto es la *identificación del problema*, Gudiño (1998) señala ya específicamente que esta “debe partir de un diagnóstico profundo e interdisciplinar” (Morín, 1999) del fenómeno criminal que se aborda, con el objetivo de poder conocer la realidad de la mejor forma posible y así poder inscribir el problema criminal en la agenda del sistema político (agenda setting). Ya lograda la inscripción del problema criminal en la agenda gubernamental, interpretando de nuevo a Jones (1970), se da paso a la segunda etapa propuesta, es decir la *formulación de soluciones*, donde “la administración trata de disponer de un mejor nivel de conocimiento del problema, fija los objetivos y busca y propone de una o varias alternativas de respuesta al fenómeno criminal (policy formulation)”.

En la tercera fase señalada, esto es la *toma de decisiones*, Roth (2002) refiere que “los actores e instituciones autorizados para tomar la decisión (gobierno, legislativo, entre otros) examinan la o las soluciones existentes y adoptan la mejor”. En esta etapa, Gudiño (1998) señala que se deben desarrollar dos sub-acciones en paralelo: “El diseño de las estrategias de solución y la evaluación de impacto, entendida la primera como el marco conceptual de donde emanarán las acciones para el logro de los objetivos, y la segunda, al nivel de impacto que estas estrategias de solución decididas generarán en el entorno donde se van a aplicar”. Con las estrategias de solución ya decididas y la evaluación de impacto realizada, se da paso a la cuarta etapa propuesta, es decir, en términos de Jones (1970), la concerniente a la *implementación* práctica (o eventualmente la no implementación) de las estrategias de solución decididas, donde por lo general el sector público a cargo traduce la decisión tomada por el decisor en hechos concretos (implementation). Al respecto Gudiño (1998) describe que esta etapa hace referencia a “las formas concretas (programas, leyes, campañas, etc.) que permiten alcanzar los objetivos”, siendo estas jerarquizadas por el nivel de impacto que pueden tener, y conforme a las necesidades detectadas en el diagnóstico.

Finalmente está la fase de *evaluación* de las estrategias de la solución decididas para procurar resolver el fenómeno criminal, donde según Jones (1970) “se examinan por todos los actores sociales y políticos los impactos causados por su implementación (policy evaluation) con el propósito de dar pie al reinicio de todo el ciclo con el fin de reajustar la respuesta (feedback) o suprimir la política (program termination)”. En relación

con esta fase final, Gudiño (1998) refiere que “la valoración de los resultados que arrojan las estrategias de solución implementadas permite medir los alcances de las acciones, sobre la base de los objetivos previamente establecidos”, situación que retroalimenta el diagnóstico, para dar inicio a un nuevo diseño de Política Criminal en palabras de Délmas Marty (1986), “más depurado”. En similar sentido, Inglehart (1988) resalta que es en la fase de evaluación de resultados donde “se logra medir la eficacia de la política pública instrumentada”, refiriendo Gudiño (1998) que la calificación “podrá ser nula, si no se alcanzaron los objetivos trazados, media, si se lograron los objetivos parcialmente y amplia, si se cubrió toda la expectativa de los objetivos”, siendo el indicador de eficacia o desconfianza general (Rico y Chinchilla, 2002) con el que se estima “la necesidad de retroalimentar el diagnóstico para impulsar, redefinir o corregir objetivos, estrategias, acciones o programas”.

### **3.3 Marco de Referencia Específico: La Política Criminal en el Modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho de Colombia**

La historia jurídica de Colombia se partió en dos el día 4 de julio de 1991, fecha en la que entró en vigencia la nueva Constitución Política, documento que interpretando a Mejía Quintana (2013), “logró vislumbrar los horizontes de modernidad que durante más de 100 años la Constitución del 1886 le había birlado”, toda vez que la consagración no solo de derechos fundamentales, sino también de un conjunto de derechos económicos, sociales y culturales que se complementa con aquellos considerados por la doctrina como “colectivos”, aunado a la concepción de mecanismos específicos de garantía y defensa de tales derechos, a la concreción de reales instituciones que efectivamente permitieran un sistema político incluyente donde las minorías de todo tipo tuvieran plenas posibilidades de respeto y autonomía, a la definición de una democracia participativa que viabilizara todas las aspiraciones conflictivas represadas un siglo y, en últimas, a la cimentación de un Estado Social de Derecho con supremacía constitucional que le diera mediaciones concretas a toda esta nueva arquitectura político-institucional, “fue la importante marca o impronta filosófica que la nueva Constitución nacional intentó imprimir desde la base en nuestra identidad política” (Yunis, 2013) para representar en la realidad política un mito de “Estado-Nación democrático”, frente al “caduco mito conservador, rural y autoritario de la de la Carta de 1886” (Mejía Quintana, 2013).



Particularmente, refiere León (2013) que la nueva Carta Política implementada en Colombia en el año 1991 “esta ampliamente influenciada por el constitucionalismo de postguerra (Constitución italiana de 1945, alemana de 1949, española de 1978)”, donde se reconoce en algunos aspectos y con claridad la tradición constitucional local así como se adoptan disposiciones de la constitución brasilera de 1988, contemplando en el mismo sentido el concepto de “derechos fundamentales” creando para los mismos mecanismos de protección y efectividad específicos junto con el otorgamiento del llamado control de constitucionalidad de las leyes -que venía siendo ejercido por la Corte Suprema de Justicia desde el año 1910- a la también nueva Corte Constitucional, organismo judicial encargado de velar por la supremacía e integridad de la Carta Política, todo esto bajo la nombrada y adoptada fórmula política del “Estado Social de Derecho”, aunado al hecho que su promulgación marcó “una nueva pauta en el acoplamiento de las disposiciones internacionales al orden constitucional interno” (*Ibidem*), adoptándose a nivel nacional el concepto de Bloque de Constitucionalidad -tal como se utiliza hoy en día- donde se reconoce la plena jerarquía constitucional a ciertos tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Congreso Nacional.

Pues bien, en este nuevo escenario político y jurídico surge la clara necesidad de teorizar sobre la relación que existe entre el Estado Social y Constitucional de Derecho vigente en Colombia desde el año 1991 y la Política Criminal adoptada internamente para hacer frente a la criminalidad, señalando preliminarmente que a pesar de que muchos tratadistas consideran la lucha contra la delincuencia como un aspecto “eminente penal” (*léase supra*), las teorías recientes han empezado a demostrar la relación de esta política pública con el modelo de Estado vigente, tal como se desprende de Gómez Pavajeau (2013), quien tomando conceptos jurisprudenciales, interpreta que en Colombia “existe una estrecha relación entre la Constitución y la Política Criminal”, como quiera que “ha habido una constitucionalización de aspectos medulares del Derecho Penal, por cuanto la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados, particularmente en el campo de los derechos fundamentales, que inciden de manera significativa en el Derecho Penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance” (Corte Constitucional de Colombia, C-646, 2001), haciéndose necesario desde esta nueva relación jurídica, conocer el marco de referencia conceptual que a la luz del modelo de Estado vigente, debe guiar el proceso de diseño e implementación de la Política Criminal del Estado colombiano.

### 3.3.1 El Modelo de “Estado Social de Derecho” Adoptado por Colombia

Tal como lo ha señalado la Corte Constitucional a lo largo de su jurisprudencia constante, la Constitución Política de Colombia proclamada por el pueblo en el año de 1991 recoge “ampliamente los postulados normativos propios del modelo de Estado Social de Derecho, circunstancia que se comprueba no solo al repasar lo consagrado en la lista de los principios y de la Carta de derechos, sino también en la organización del aparato estatal, siendo su artículo 1º no solo un importantísimo precedente para el contexto del constitucionalismo colombiano, sino la clave normativa que irradia todo el texto fundamental” (Corte Constitucional de Colombia, T-406, 1992). Dicho artículo refiere textualmente (Asamblea Nacional Constituyente, 1991):

#### “DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

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

Del anterior artículo, en términos jurisprudenciales (Corte Constitucional de Colombia, SU-747, 1998) y para los efectos específicos de la presente investigación doctoral, se deriva, en primer lugar, que la acepción Estado de Derecho se refiere a que “la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas”, es decir que se ciñe al Derecho, y segundo, que con el término social se señala que “la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas”, es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado “no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales”, adicional a que la definición del Estado colombiano como democrático entraña entre otros muchos otros importantes aspectos, “a que la voluntad de las mayorías no puede llegar al extremo de desconocer los derechos de las minorías ni los derechos fundamentales de los individuos” (*Ibídem*).

En relación con el modelo de Estado Social de Derecho adoptado en Colombia, igualmente la jurisprudencia constitucional ha hecho amplia referencia a 3 conceptos que se relacionan directamente como el mismo, siendo estos “los valores”, “los principios constitucionales” y “los derechos fundamentales” (*Ibidem*). Frente a los primeros, el Tribunal constitucional ha indicado que *los valores* “representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico, toda vez que sobre ellos se construye el fundamento y la finalidad de la organización política” (Corte Constitucional de Colombia, T-406, 1992). Es de recordar que son valores constitucionales la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, estando estos plasmados en el Preámbulo de la Constitución, al igual que los consagrados explícitamente en el inciso primero del artículo 2º de la Carta en referencia a los fines del Estado: el servicio a la comunidad, la prosperidad general y la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, la defensa de la independencia nacional y el mantenimiento de la integridad territorial, así como el aseguramiento de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Ortega, 2016).

Sobre los *principios constitucionales*, la jurisprudencia permanente de la Corte Constitucional ha reconocido que “estos consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, expresan normas jurídicas para el presente como punto de partida para un nuevo orden”, mientras que los valores expresan “fines jurídicos para el futuro, convirtiéndose en la mira que jalona hacia el orden del mañana” (Corte Constitucional de Colombia, C-1287, 2001). En el mismo sentido ha señalado la jurisprudencia constitucional que son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en el artículo 1º de la Carta, esto es el Estado Social de Derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general. Ahora frente a los *derechos fundamentales* en el marco del Estado Social de Derecho colombiano, la jurisprudencia constitucional ha señalado que existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los mismos, cual es “la coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos que está asegurada por la Corte Constitucional” (Corte Constitucional de Colombia, T-406, 1992).

En la misma óptica, la jurisprudencia superior nacional ha aludido que la fórmula política del Estado Social de Derecho “exige que los órganos del Estado forjen la realidad institucional según los principios fundamentales de una organización social justa de hombres y mujeres igualmente dignos” (Preámbulo y artículos 1, 2, 13, 42 a 50, 363 y 366 C.P.), por lo que sin caer en el paternalismo o en el asistencialismo, refiere igualmente la jurisprudencia, “debe abarcar contenidos tanto de participación en la prosperidad general, de seguridad frente a los riesgos de lo que implica la vida en sociedad, de equiparación de oportunidades como de compensación o distribución de cargas”, de tal manera que se constituye en “un mandato dirigido al legislador que lo obliga a atender la justicia y la equidad en la toma de decisiones de conformidad con el marco constitucional pero que respeta un margen amplio a las opciones de política pública de las autoridades popularmente elegidas, que no impone un modelo económico o social, pero que tampoco es indiferente a la realización de valores como el orden social justo y la dignidad humana” (Corte Constitucional de Colombia, C-1064, 2001), interpretación que deja a salvo la potestad de configuración legislativa radicada en cabeza del Congreso y de diseño de programas de gobierno atribuida al Ejecutivo.

Doctrinalmente, Bermúdez y Morales (2012) interpretan que el modelo de Estado Social de Derecho implementado en Colombia desde el año 1991, se muestra como “un Estado de tipo eminentemente democrático”, donde se reconocen ampliamente derechos individuales y colectivos (económicos, sociales, culturales), con la clara propuesta de la propiedad privada, pero sin obviar su importante función social, más la intervención del Estado en todos los asuntos de orden públicos y privados, ya que “es él quien normaliza las acciones que se dan entre el gobierno y el ciudadano” (*Ibidem*), para lo que se requiere una serie de requisitos como condición esencial para que este pueda darse, siendo estos en primer lugar, la creación de diferentes órganos independientes del poder del Estado, así como mecanismos esencialmente democráticos para la elección de la titularidad en los órganos de poder en los cargos públicos que así lo contemplen, poder institucionalizado y normas jurídicas (Estado de Derecho) creadas con la finalidad de “integrar el Estado con toda la sociedad”, siendo la integralidad de la nueva Constitución Política, como norma rectora y eje transversal de supremacía según su artículo 4º, la determinante de la conducta jurídica y de toda construcción normativa en el sentido de que “establece claras normas para el correcto funcionamiento de lo que se conoce como modelo de Estado Constitucional de Derecho” (Bermúdez y Morales, 2012).

### 3.3.2 La Supremacía Constitucional

La Constitución Política de 1991 en su primer artículo declara que Colombia es “un Estado de Derecho y social”, en el entendido que la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, es decir que se ciñe al derecho, declarando la misma Carta en su artículo 4º que la norma jurídica fundamental es la Constitución Política, lo cual implica que toda la actividad que despliegue el Estado debe realizarse dentro del marco de la última, hablándose en esta situación y bajo términos jurisprudenciales, de un “Estado Constitucional de Derecho” (Corte Constitucional de Colombia, SU-747, 1998). El artículo 4º mencionado recurrentemente refiere textualmente:

“ARTICULO 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”

La supremacía de la Constitución Política sobre el resto de prescripciones del sistema de derecho nacional es un principio estructurante del orden jurídico, toda vez que integrando la línea de jurisprudencia constitucional relacionada, es de señalar que “el conjunto de prescripciones que integran el derecho positivo se ordenan en un sistema normativo, en virtud de la unidad y coherencia que le imprimen los valores, principios y reglas establecidas en la Constitución, o lo que es lo mismo, el orden jurídico de la sociedad política se estructura a partir de la Carta Fundamental” (Corte Constitucional de Colombia, C-415, 2012), por lo que “en el Estado de Derecho la Constitución se erige en el pilar de todo el sistema normativo, en el orden político y jurídico fundamental de la sociedad. La noción de supremacía de la Constitución surge a partir de este cuerpo normativo que contiene los principios, los valores, las reglas, los deberes y los derechos que imprimen unidad, coherencia y validez al resto de las disposiciones jurídicas de carácter vinculante” (Corte Constitucional de Colombia, C-560, 1999). En relación con el concepto de supremacía constitucional referido, el Tribunal constitucional nacional (Corte Constitucional de Colombia, C-400, 2013) ha señalado textualmente (está en negrilla en el texto original):

“...la Constitución como fuente suprema del ordenamiento jurídico ocupa el más alto rango dentro de la pirámide normativa y a ella debe estar subordinada toda la legislación.

(...)

“La posición de **supremacía** de la Constitución sobre las restantes normas que integran el orden jurídico, estriba en que aquélla determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto, funda el orden jurídico mismo del Estado. La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos -Congreso, Ejecutivo y jueces- se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como **lex superior** precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello ‘**fuentes de fuentes**’, **norma normarum**. Estas características de **supremacía** y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del artículo 4.’

Las consecuencias que se derivan del principio de supremacía apuntan no sólo al reconocimiento de una norma jurídica como piedra angular filosófico-política que rige todas las actividades estatales y a la cual están subordinados todos los ciudadanos y los poderes públicos, sino que legitima además las normas jurídicas que se expidan congruentes con ella. Dicho de otro modo: la Constitución es norma fundante en una dimensión tanto axiológica (v. gr. establece principios, derechos fundamentales y pautas interpretativas), como instrumental (proporciona los mecanismos para lograr armonía y coherencia en la aplicación de la Constitución)...”

Es de referenciar que el concepto de la supremacía constitucional fue elaborado a nivel teórico principalmente por Kelsen (1974), quien en su obra *La Teoría Pura del Derecho*, explica que el ordenamiento jurídico se organiza normativamente en una “jerarquía”, por lo cual debe tener un punto de partida que lo fundamente, encontrando esta base en la Constitución, por lo que se puede interpretar que la Constitución es ley fundamental en primer lugar porque define el sistema de fuentes formales del derecho, y en segundo término y tal como asegura García de Enterría (1985), por tener una pretensión de permanencia, o de base estable de la organización de un Estado. Así, y en términos jurisprudenciales de la Corte Constitucional (Corte Constitucional de Colombia, C-400, 2013), “la supremacía de la Constitución, como principio estructurador de un orden establecido, es fuente primaria del sistema de derecho interno, de manera que las formas y los procedimientos deben ajustarse a los elementos y principios esenciales que recoge la carta política, aunado a que en virtud de su fuerza normativa, las autoridades se hallan compelidas no solo a acatar las reglas y los mandatos sino a desarrollar sus propósitos para la realización efectiva de las garantías previstas y, de parte de los ciudadanos, a acatar los deberes instituidos como a exigir la aplicación de los derechos consagrados”.

Otro elemento integrante de la supremacía constitucional es el relacionado con el control constitucional, toda vez que interpretando la jurisprudencia (Corte Constitucional de Colombia, C-415, 2012), dicha superioridad normativa tiene siempre como su principal garantía “la existencia del control de constitucionalidad a cargo de determinados órganos judiciales”, vigilancia que en principio, está a cargo de todos los poderes públicos, ya que sus actuaciones concretas deben ajustarse a las reglas formales y contenidos materiales constitucionales, inspección jurídica que se da en unos casos a través de mecanismos de control concreto -por vía de acción o excepción- y en otros claros eventos mediante modalidades de control abstracto de los actos legislativos, las leyes y otras normas generales -por vía de acción o por ministerio de la Constitución-, implementándose igualmente un modelo de control constitucional que la jurisprudencia ha llamado “difuso funcional”, donde concurre, “por un lado, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, como órganos encargados del control abstracto de constitucionalidad y, por el otro, todos los jueces y corporaciones que deben decidir las acciones de tutela o resolver acciones y recursos previstos para garantizar los derechos constitucionales, o al hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad en casos sometidos a su consideración” (*Ibídem*).

Lo anterior significa en palabras de Porras *et al.* (2005) que en Colombia “no existe una jurisdicción y un control constitucional concentrados”, lo cual quiere decir que la jurisdicción constitucional la despliegan distintos órganos de la rama judicial, en el entendido que a la Corte Constitucional corresponde, como lo establece el artículo 241 de la Constitución, la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, y al Consejo de Estado corresponde según el artículo 237 de la Constitución, conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional. Pese al abierto e integral sistema de guarda de la Carta de 1991 establecido en Colombia, actualmente el control constitucional interno se mira más a partir “del estudio de los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional” (Zuluaga, 2003), mismas que interpretando el artículo 48 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto *erga omnes* en su parte resolutive, estableciéndose la parte motiva como “un importante criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de todas las normas de derecho, teniendo carácter obligatorio general la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional de Colombia” (Porras *et al.*, 2005).

Finalmente, reseña López Daza (2011) que el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional nacional ha generado “un alto grado de aceptación entre la sociedad jurídica y política”, debido a la protección ordenada que se ha dado en las sentencias de la Corte en materia de defensa del catálogo de derechos fundamentales, derechos sociales y excepcionalmente derechos colectivos, adicional a que se le encomendó la importante misión de unificar la jurisprudencia mediante la revisión de las acciones de tutela e igualmente, velar por la supremacía de la Constitución, por medio de los fallos de constitucionalidad, labor que ha permitido desarrollar una extensa y consultada doctrina constitucional jurisprudencial, la que a su vez ha construido las bases sólidas sobre las cuales se ha edificado el constitucionalismo colombiano del siglo XXI, convirtiéndose el Tribunal incluso en el último eslabón de la pirámide del poder público en Colombia, al punto de que cualquier controversia jurídica por banal que pueda ser, es susceptible de “constitucionalizarse” (*Ibidem*) y con ello la discusión no se puede considerar cerrada hasta tanto la Corte no se pronuncie sobre el asunto en concreto, toda vez que tal como señala en múltiples ocasiones García de Enterría (1985), “la propia constitución gradúa la suficiente fuerza normativa de sus disposiciones y se encarga de predisponer un completo sistema de garantías que asegure el respeto absoluto a su supremacía”.



### 3.3.3 Aproximaciones Internas al Concepto de Política Criminal

No obstante a que en Colombia a la actualidad no existe una definición legal del concepto “Política Criminal”, los instrumentos normativos que desarrollan algún aspecto relacionado emplean la locución “Política Criminal” sin otorgarle un contenido y alcance específico (Corte Constitucional de Colombia, C-646, 2001), tal como lo ha hecho el Gobierno Nacional al crear varias instancias para la discusión y formulación de la Política Criminal sin sentar o emplear una definición concreta y/o permanente de lo que puede entenderse por tal. Así mismo, a nivel interno se han elaborado normas jurídicas relacionadas con la Política Criminal sin hacer uso de un concepto único o característico de referencia, destacándose, entre otras normas, el Decreto 2062 de 1995 (noviembre 29) “por el cual se crea el Consejo Superior de Política Criminal”, el Decreto 2223 de 1995 (diciembre 15) “por el cual se modifica el decreto 2061 del 29 de noviembre de 1995”, el Decreto 1892 de 1997 (julio 29) “por el cual se crea una Comisión Interinstitucional”, el Decreto 3097 de 1997 (diciembre 26) “por el cual se dictan disposiciones en relación con la Comisión Interinstitucional para la Revisión Integral del Sistema Penal Colombiano” y el Decreto 2348 de 1998 (noviembre 18) “por el cual se modifica el Consejo Superior de Política Criminal”, creado en el Decreto 2062 de 1995.

Ante el claro vacío conceptual señalado, las instancias nacionales que formulan políticas en lo criminal han tenido que acudir a la doctrina, a los debates en la Asamblea Constituyente y a la propia jurisprudencia para identificar sus elementos y su ámbito. En relación con el discurso doctrinal, la jurisprudencia constitucional (Corte Constitucional de Colombia, C-646, 2001) frente al origen del concepto de Política Criminal ha citado a Langle (1927) quien atribuye a Kleinshrod en Alemania (1762 -1824) como el creador del concepto, así como a Délmas-Marty (1986) que por su parte atribuye a Feuerbach la autoría del término, también a principios del Siglo XIX, sin dejar sentado cuál es la fuente doctrinaria de referencia autorizada para su definición, pero si identificando dos perspectivas teóricas sobre la materia, siendo la primera de ellas la corriente donde encuentran los autores que “limitan la concepción de la Política Criminal a los aspectos analíticos de las causas de la criminalidad, a la forma como deben ser sancionados los delitos y a los intereses que deben ser protegidos” (*Ibidem*), sin incluir como parte de ella los instrumentos a través de los cuales se concreta dicha política, ubicándose en esta escuela bajo cita de Langle (1927), a Manzini, Mittermaier, Stoos y Von Lizst, entre otros.

Como segunda perspectiva teórica sobre el concepto de Política Criminal, la misma jurisprudencia constitucional Corte Constitucional de Colombia (C-646, 2001) señala que dicha disciplina está conformada por los autores que incluyen como parte de dicha política "no sólo los aspectos analíticos y de decisión política, sino también los diferentes medios jurídicos a través de los cuales se ponen en práctica las orientaciones fundamentales", lo cual comprende los diversos instrumentos penales, procesales y penitenciarios, ubicando dentro de dicha corriente, entre otros autores, a Roxin (1972), Castellanos (1984) y Szabo (1985), haciéndose claridad que lo anterior no significa que desde sus orígenes germanos se hubiera dejado de incluir dentro del concepto de "Política Criminal" la respuesta estatal por medio de leyes, como queda claro de las definiciones adelantadas por los doctrinantes a quienes se atribuye haber acuñado el término, en el entendido que según cita de Lazerges (1987), Kleinschrod afirmaba que "la Política Criminal es el conocimiento de los medios que puede encontrar el legislador según la disposición esencial de cada Estado para impedir los delitos y proteger el derecho natural de sus sujetos", mientras que Feuerbach señalaba que "la Política Criminal es la sapiencia del Estado legislador".

Pasando a los diferentes debates jurídicos desarrollados al interior de lo que fue la Asamblea Nacional Constituyente de los años noventa, es de señalar y destacar que durante las intervenciones de los delegatarios se introdujo la expresión "Política Criminal" en un sentido amplio, en el entendido que "esta no se limita a la respuesta jurídica del Estado ante el fenómeno criminal", pero no la excluye, sin que tal afirmación fuera objeto de amplia y detallada discusión. Se puede referenciar al respecto que en la sesión del 14 de mayo de 1991, el constituyente Carlos Daniel Abello Roca, de la Comisión Cuarta en la cual se discutía el tema de las funciones del Fiscalía General de la Nación (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), propuso que se incluyera dentro de éstas la de "concurrir en el diseño de la Política Criminal del Estado", sustentando básicamente tal proposición en el hecho de que "si bien era al gobierno a quien le correspondía la definición de la Política Criminal del Estado, la Fiscalía debía participar en dicha tarea, en razón de las funciones que cumplía", caracterizando primigeniamente a nivel interno el concepto de "Política Criminal" al referir en términos amplios todavía no claros que esta abarcaba "la prevención de los delitos, (...) la tipificación de los delitos que corresponde al legislador, la cuantificación de las penas, de las sanciones, etc." (Corte Constitucional de Colombia, C-646, 2001).

### 3.3.4 La Política Criminal en la Jurisprudencia Nacional

Inicialmente y en relación con la jurisprudencia constitucional sobre el concepto y características jurídicas de la Política Criminal en Colombia, la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos durante el tiempo que ha tenido su existencia se ha referido a aspectos generales y también concretos de dicha política pública, pudiéndose dividir tales pronunciamientos y para efectos del presente estudio, en tres grandes grupos: Por un lado están los pronunciamientos efectuados entre los años 1992 y 2000, periodo de tiempo en el cual el Tribunal se refirió genéricamente en 141 de sus fallos al término “Política Criminal”, referenciando expresamente algún elemento político criminal solo en algunos de dichas decisiones si lanzar una definición concreta de lo que internamente pudiese entender por Política Criminal. Como un segundo grupo está el año 2001 por medio de la Sentencia C-646, mediante la cual el Tribunal constitucional lanzó una definición concreta de lo que debe entenderse por Política Criminal. Finalmente está el tercer grupo de jurisprudencia constitucional que está integrado por las decisiones tomadas entre los años 2002 y 2016, fallos que se emitieron con base en la caracterización concreta de Política Criminal emitida por la Corte en el año 2001.

Así las cosas, se presenta a continuación la línea jurisprudencial (López, 2002) de orden temática y cronológica que compone el primer grupo de fallos mencionado, advirtiéndose que no se referencian la totalidad de pronunciamientos (141) encontrados en relación con temáticas propias de Política Criminal, sino solo aquellos que a criterio propio han incorporado nuevas características teóricas frente a la materia:

- La sentencia C-599 de 1992 se relaciona con los bienes jurídicos que se deben proteger a través del orden jurídico penal, mediante “la tipificación de las principales hipótesis de comportamiento, que ameritan reproche y sanción punitiva sobre las principales libertades del sujeto que incurre en ellas” (Corte Constitucional de Colombia, C-599, 1992);
- La sentencia C-093 de 1993 hace referencia “las competencias de los jueces y los procedimientos aplicables, en materia de persecución de los delitos”, en el entendido que esta es una atribución del legislador que debe ejercerse dentro del marco de la Constitución (Corte Constitucional de Colombia, C-093, 1993);

- La sentencia C-127 de 1993 regula “el aumento punitivo (...) coherente con la gravedad de la conducta delictiva, en función del interés tutelado” (Corte Constitucional de Colombia, C-127, 1993);
- La sentencia C-207 de 1993 determina “el tratamiento de la delincuencia política”, distinguiéndola de la delincuencia común y otorgándole un tratamiento privilegiado (Corte Constitucional de Colombia, C-207, 1993);
- La sentencia C-504 de 1993 señaló que la Política Criminal se articula, entre otros instrumentos, en “normas penales”, en el entendido que “la legislación penal es manifestación concreta de la Política Criminal del Estado. La decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal. En este sentido, la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma”.

Así mismo, la sentencia referenciada indicó que las medidas de Política Criminal deben concebirse “dentro de los límites materiales que señala la Constitución”, en el entendido que “sería inconstitucional la decisión política de imponer la pena de muerte (CP art. 11), la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes (CP art. 12), la esclavitud (CP art. 17), el destierro, la prisión perpetua o la confiscación (CP art. 34), como consecuencia de la comisión de un delito. Tampoco sería jurídicamente aceptable que el Estado, mediante la simple invocación de razones de defensa social, pretermite, obvie, suspenda o restrinja las garantías jurídico-procesales hasta el extremo de desconocer el núcleo esencial de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 28 a 31 de la Carta” (Corte Constitucional de Colombia, C-504, 1993);

- La sentencia C-565 de 1993 sostuvo que “en el modelo de Estado social y democrático de derecho del cual parte nuestro sistema político, según el art. 1° de la Constitución Nacional y, por tanto, jurídico, la pena ha de cumplir una misión de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos.

Ello supone la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos y los delitos que atenten contra estos bienes” (Corte Constitucional de Colombia, C-565, 1993);

- La sentencia C-240 de 1994 determina las “penas clasificándolas en principales y accesorias” (Corte Constitucional de Colombia, C-240, 1994);
- La sentencia C-038 de 1995 analizó la relación entre la Constitución y Política Criminal, en el entendió que “de un lado, encontramos el problema de la relación entre la Constitución y la Política Criminal del Estado, o si se quiere, entre el derecho constitucional y el derecho penal, (...). Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado”.

En el mismo sentido, la Corte señaló en la sentencia enunciada que no obstante los límites, el legislador goza de una potestad de configuración suficientemente amplia para trazar las orientaciones de Política Criminal a través de la expedición de leyes, en el entendido que “no implica que la Constitución haya definido de una vez por todas el derecho penal, puesto que el Legislador, obviamente dentro de los marcos fijados por la propia Carta, tiene ante sí un espacio relativamente autónomo, caracterizado, a su turno, por unos claros valores, presupuestos y finalidades propios, pese a su acentuado grado de constitucionalización. Las leyes no son entonces siempre un desarrollo de la Constitución sino que son, en muchas ocasiones, la concreción de una opción política dentro de los marcos establecidos por la Carta: son pues un desarrollo dentro de la Constitución, ya que la Carta es un marco normativo suficientemente amplio, de suerte que en él caben opciones políticas y de gobierno de muy diversa índole” (Corte Constitucional de Colombia, C-038, 1995);

- La sentencia C-344 de 1995 instaura criterios sobre protección a intervinientes en el proceso penal, en el entendido que “El objeto primordial de las disposiciones sobre protección a intervinientes en el proceso penal (Título II de la Segunda Parte) no es otro que el de asegurar una administración de justicia eficiente, mediante el señalamiento de pautas y normas de Política Criminal que permitan adelantar los procesos penales, descubrir y sancionar a los delincuentes, sin sacrificar a los jueces, testigos e intervinientes en aquellos, ni a las víctimas de los delitos, pues tales objetivos, propios de la actividad del Estado, deben ser compatibles con el más elemental deber de las autoridades públicas, que consiste en salvaguardar la vida y la integridad personal de los asociados (artículo 2º C.P.), lo cual requiere, además de una normatividad interna, la indispensable cooperación internacional, de parte de estados y organizaciones, que se cristaliza y traduce en convenios, acuerdos y tratados de esa índole” (Corte Constitucional de Colombia, C-344, 1995);
- La sentencia C-345 de 1995 hace comentarios sobre los “plazos” para la prescripción de la acción penal (Corte Constitucional de Colombia, C-345, 1995);
- La sentencia C-626 de 1996 hace referencia a que “el legislador establece los tipos penales, señala, en abstracto, conductas que, dentro de la Política Criminal del Estado y previa evaluación en torno a las necesidades de justicia imperantes en el seno de la sociedad, merecen castigo según el criterio de aquel” (Corte Constitucional de Colombia, C-626, 1996);
- En la sentencia C-013 de 1997 relacionada con la potestad legislativa en materia penal, se señaló que “mientras en el cumplimiento de la función legislativa no resulten contrariados los preceptos fundamentales, bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados” (Corte Constitucional de Colombia, C-013, 1997);
- La sentencia C-198 de 1997 determina los instrumentos a través de los cuáles se protegen los bienes jurídicos, en el entendido que “la selección de los bienes

jurídicos merecedores de protección, el señalamiento de las conductas capaces de afectarlos, la distinción entre delitos y contravenciones, así como las consecuentes diferencias de regímenes sancionatorios y de procedimientos obedecen a la Política Criminal del Estado en cuya concepción y diseño se reconoce al legislador, en lo no regulado directamente por el Constituyente, un margen de acción que se inscribe dentro de la llamada libertad de configuración.” (Corte Constitucional de Colombia, C-198, 1997);

- La sentencia C-292 de 1997 gradúa la intensidad de la respuesta estatal frente a las conductas que afectan un determinado bien jurídico cuya protección se ha considerado necesaria, estableciéndose que “la Política Criminal del Estado puede variar, bien en el sentido de disminuir las penas o de suprimir delitos, ya en el de hacerlas más severas, o en el de consagrar figuras delictivas nuevas, según las variaciones que se van presentando en el seno de la sociedad, tanto en lo relativo a las conductas que la ofenden, como en lo referente a la magnitud del perjuicio que causan, no menos que en la evolución de los principios y valores imperantes dentro del conglomerado” (Corte Constitucional de Colombia, C-292, 1997);
- La sentencia C-327 de 1997 hace pronunciamientos sobre “las causales de detención preventiva como instrumento para perseguir adecuadamente el delito”, pero siempre dentro de criterios de “razonabilidad y proporcionalidad que garantizan la libertad personal como derecho fundamental” (Corte Constitucional de Colombia, C-327, 1997);
- La sentencia C-184 de 1998 definen el papel y las funciones de los instrumentos del derecho penitenciario y carcelario, en el entendido que “en la Política Criminal los centros de reclusión juegan un papel de significativa trascendencia: no se trata de meras edificaciones que empleando medidas de seguridad más o menos rigurosas, confinan en su interior a quienes han delinquido con el único interés de castigarlos privándolos de la libertad. No se trata simplemente de una expiación, sino de un proceso de reamoldamiento del recluso a las condiciones de la vida social, esto es, a un ambiente en el que se respeten los derechos de los demás y en el que se contribuya a la comunidad en la medida de las inclinaciones, los

gustos, las oportunidades y los talentos de cada cual” (Corte Constitucional de Colombia, C-184, 1998);

- La sentencia C-277 de 1998 fija criterios para “descongestionar los despachos judiciales” y “lograr mayor eficacia y eficiencia en la administración de justicia” (Corte Constitucional de Colombia, C-277, 1998);
- La sentencia C-592 de 1998 señaló que “el legislador, en ejercicio de las competencias constitucionales de las que es titular, puede establecer procedimientos distintos y consagrar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento penitenciario de delitos y contravenciones, pudiendo, incluso, realizar diferenciaciones dentro de cada uno de estos grupos, en la medida en que unos y otros se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros” (Corte Constitucional de Colombia, C-592, 1998);
- La sentencia C-679 de 1998 establece criterios de mitigación y humanización de la sanción punitiva, mediante el establecimiento de subrogados penales, al señalar que “en el marco del Estado social de derecho la pena, como instrumento adecuado para servir a los fines de prevención, retribución y resocialización, debe ser necesaria, útil y proporcionada; esto significa que si los mismos fines pueden lograrse por otros medios sancionatorios, debe preferirse el menos severo (pues el más restrictivo dejaría de ser necesario y útil), en aras de garantizar la dignidad del condenado” (Corte Constitucional de Colombia, C-679, 1998);
- La sentencia C-746 de 1998 señala “que compete al legislador, conforme a la cláusula general de competencia, trazar la Política Criminal del Estado y determinar cuáles conductas constituyen delitos y cuáles contravenciones” (Corte Constitucional de Colombia, C-679, 1998);



- La sentencia C-1404 de 2000 señaló que "...el Congreso cuenta con la potestad genérica de desarrollar la Constitución a través de la creación de normas legales; ello incluye, por supuesto, la facultad de legislar sobre cuestiones penales y penitenciarias. No obstante, [...] dicha libertad de configuración del legislador encuentra ciertos límites indiscutibles en la Constitución, la cual no le permite actuar arbitrariamente, sino de conformidad con los parámetros que ella misma establece. Es decir, se trata de una potestad suficientemente amplia, pero no por ello ilimitada; y en materia penal y penitenciaria, estos límites son particularmente claros, por estar de por medio derechos fundamentales muy caros para la persona humana, como lo son la libertad personal y el debido proceso, así como valores sociales tan importantes como la represión del delito o la resocialización efectiva de sus autores”.

Agrega igualmente la Corte en este fallo que “entre los principales lineamientos que han sido señalados por la jurisprudencia constitucional para la acción del Legislador en estas áreas, se encuentra aquel según el cual las medidas que se tomen deben estar orientadas por los parámetros de una verdadera Política Criminal y penitenciaria, que sea razonada y razonable, y en ese sentido se ajuste a la Constitución. Quiere decir esto, que en desarrollo de sus atribuciones, el Congreso de la República puede establecer cuáles conductas se tipifican como delitos, o cuáles se retiran del ordenamiento; puede asignar las penas máxima y mínima atribuibles a cada una de ellas, de acuerdo con su ponderación del daño social que genera la lesión del bien jurídico tutelado en cada caso; e igualmente, puede contemplar la creación de mecanismos que, orientados hacia la efectiva resocialización de quienes hayan cometido hechos punibles, favorezcan el desestímulo de la criminalidad y la reinserción de sus artífices a la vida en sociedad” (Corte Constitucional de Colombia, C-1404, 2000).

Pasando ya a la presentación del grupo intermedio de jurisprudencia anunciado, es de señalar que en el año 2001 la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa profirió la Sentencia C-646 de 2001 (mediante la cual se concluye que el Fiscal General de la Nación es competente para presentar proyectos de Código Penal y de Procedimiento Penal puesto que ambos son elementos del diseño de la Política Criminal del Estado, declarándose a la postre la exequibilidad de las leyes 599

y 600 de 2000), y tomando elementos teóricos de, entre otros autores, Délmas-Marty (1986), definió en sus considerandos el concepto de “Política Criminal”, mismo que en un sentido amplio y para el específico Derecho colombiano se debe tener como sentado, entendiéndose tal política pública bajo el entendimiento jurisprudencial como:

“... el 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. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito.

También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios de comunicación masiva 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 pueden ser 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”.

Así mismo, la Corte en su paradigmático fallo del año 2001 señaló entre otros muchos otras aspectos político criminales, que “dentro del concepto de diseño de una política pública se encuentra la acción de articularla jurídicamente”, es decir, “de plasmar los elementos de la política en un conjunto de proyectos normativos”, en el entendido concreto que “si bien las leyes penales pueden ser la expresión de una política, estas por ser normas jurídicas deben obviamente respetar la Constitución”, tal como lo había

establecido en fallos anteriores, aunado al hecho de señalar que en materia penal lo anterior es todavía más claro que en otros ámbitos de las políticas públicas, toda vez que cuando una política es formulada en un instrumento jurídico, se debe respetar el ordenamiento superior al margen de que el órgano que adopta la política pública tenga mayores o menores condicionamientos constitucionales, por lo que se reconoce y ratifica una vez más que “existe una estrecha relación entre la Constitución y la Política Criminal, como quiera que ha habido una constitucionalización de aspectos medulares del derecho penal tanto en materia sustantiva como procedimental” (Corte Constitucional de Colombia, C-646, 2001).

En el mismo sentido, es importante resaltar que la sentencia C-646 de 2001 aclaró que el proceso de diseño de una política pública en materia criminal incluye los procesos de: “(i) definición de sus elementos constitutivos y las relaciones entre ellos, (ii) articulación inteligible de sus componentes, y (iii) programación de la forma, los medios y el ritmo al cual será desarrollada dicha política; en ese orden de ideas, la Corte expresó que las decisiones constitutivas del diseño de una política pública pueden ser plasmadas, o bien en documentos políticos, o bien en instrumentos jurídicos – esto es, normas, sean éstas de rango constitucional, legal o reglamentario”. Así, la Corte dejó claro que entre las distintas medidas normativas que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, forman parte del concepto de “Política Criminal”, se encuentran (Corte Constitucional de Colombia, C-646, 2001):

- “a)- Las que definen los bienes jurídicos que se busca proteger por medio de las normas penales, a través de la tipificación de conductas delictivas;
  
- b)- Las que establecen los regímenes sancionatorios y los procedimientos necesarios para proteger tales bienes jurídicos;
  
- c)- Las que señalan criterios para aumentar la eficiencia de la administración de justicia;
  
- d)- Las que consagran los mecanismos para la protección de las personas que intervienen en los procesos penales;

e)- Las que regulan la detención preventiva, o

f)- Las que señalan los términos de prescripción de la acción penal”.

En adición a lo anterior, es de señalar que el Tribunal constitucional en el fallo en exposición reconoció que las normas del Código de Procedimiento Penal son “un elemento constitutivo la Política Criminal en tanto instrumento para su materialización, puesto que regulan las formas y los pasos que deben seguir quienes ejecuten dicha política en la práctica”. De la misma manera la sentencia C-646 de 2001 señaló que “una vez diseñada, la Política Criminal es implementada, comprendiendo esta fase diferentes etapas, según las características y la jerarquía del instrumento jurídico en el que se haya articulado la política pública, por lo que así, una Política Criminal plasmada en sus rasgos generales en una reforma constitucional es implementada mediante leyes de desarrollo, capacitación de funcionarios responsables de su ejecución, provisión de la infraestructura física y técnica para ponerla en práctica, apropiación de recursos públicos para financiar todo lo anterior, en fin” (Corte Constitucional de Colombia, C-646, 2001).

En último lugar, frente al tercer grupo de jurisprudencia constitucional que está integrado por las decisiones tomadas entre los años 2002 y 2016 incluido, fallos que se emitieron posterior a la definición y caracterización concreta de Política Criminal emitida por la Corte en el año 2001, se puede señalar que aunque la mayoría de las sentencias proferidas en este término de tiempo son amplias reiteraciones jurisprudenciales a lo ya sentado por la Corte, muchas de ellas hacen aportes jurídicos particulares y novedosos al concepto de Política Criminal en el ordenamiento normativo colombiano, por lo que bajo esta aclaración preliminar, se presenta a continuación la línea jurisprudencial temática y cronológica que a criterio igualmente propio implementa nuevos criterios frente al punto concreto en análisis:

- La sentencia C-1080 de 2002 en relación con la potestad de configuración del legislador en materia penal, indicó que “es a él a quien corresponde establecer la Política Criminal del Estado y en este sentido es a él a quien la Constitución le confiere la competencia para determinar cuáles conductas constituyen delitos y señalar las respectivas sanciones” (Corte Constitucional de Colombia, C-1080, 2002);

- La sentencia C-873 de 2003 señaló que “en cumplimiento de los deberes constitucionales, le corresponde al Estado a través de sus distintas ramas del poder público -especialmente al legislativo (Art. 150)- diseñar la Política Criminal, entendida como el andamiaje o conjunto de herramientas necesarias para mantener el orden social y hacerle frente a las conductas que atenten de forma grave contra el mismo y, así, proteger los derechos de los residentes en el territorio nacional y, puntualmente, a las víctimas de los delitos” (Corte Constitucional de Colombia, C-873, 2003);
- La sentencia T-091 de 2006 en relación con temáticas procesales, señaló que “no es posible predicar una relación de Política Criminal global (sistémica) entre el incremento del descuento punitivo por concepto de aceptación de los cargos en el nuevo sistema procesal penal (Art, 288.3, 351 y 356), y el incremento generalizado de penas introducido por la Ley 890 de 2004”. Se identifican de la misma forma criterios de Política Criminal que justifican “la revaloración de esta actitud procesal” (Corte Constitucional de Colombia, T-091, 2006);
- La sentencia C-425 de 2008 estableció que “la querrela no es un elemento del delito que autorice diferenciar entre delitos de naturaleza querellable y delitos de naturaleza oficiosa, puesto que constituye un instrumento de Política Criminal del Estado” (Corte Constitucional de Colombia, C-425, 2008);
- La sentencia C-936 de 2010 referente a la legislación penal como forma de concretar la Política Criminal del Estado, señaló que “las decisiones constitutivas del diseño de una política pública pueden ser plasmadas, o bien en documentos políticos, o bien en instrumentos jurídicos – esto es, normas, sean éstas de rango constitucional, legal o reglamentario”. Así mismo, se indicó que “la Política Criminal colombiana está encaminada a satisfacer el restablecimiento de los derechos de las víctimas y a lograr una efectiva resocialización del autor, porque en el marco de un Estado social y democrático de derecho, fundado en la dignidad humana y que propende por un orden social justo, la intervención penal tiene como fines la prevención, la retribución y la resocialización, esta última se justifica en que la pena no persigue excluir de la sociedad al infractor sino otorgarle las herramientas para que alcance la reincorporación” (Corte Constitucional de Colombia, C-936, 2010);

- La sentencia T-388 de 2013 en análisis del sistema penitenciario concluyó frente al tema en examen que “la Política Criminal colombiana ha sido desarticulada, reactiva, volátil, incoherente, ineficaz, sin perspectiva de Derechos Humanos y supeditada a la política de seguridad nacional”, así como que dicha política “ha abandonado la búsqueda del fin resocializador de la pena, lo que a su vez genera mayor criminalidad, pues ese abandono contribuye a convertir los establecimientos de reclusión, en verdaderas *universidades del delito*” (Corte Constitucional de Colombia, T-388, 2013);
  
- La sentencia T-718 de 2015 frente a la resocialización del infractor como finalidad del tratamiento penitenciario, señaló que “la Política Criminal es un conglomerado que abarca todo el sistema penal establecido en el ordenamiento jurídico colombiano, incluso en la fase de la ejecución de la pena, cuyo fin, más allá de la prevención general y especial del delito, es restablecer los derechos de las víctimas y lograr la resocialización del penado, [...] lo que quiere decir que el Estado en su diseño reviste una enorme responsabilidad porque necesariamente debe consultar el catálogo de garantías establecidas para la sociedad en general, las víctimas y el infractor de la ley penal, y además, estar encaminada a mantener el orden social, lo cual se materializa diseñando un sistema penal coherente (no desarticulado), es decir, interpretando como un todo armónico desde el inicio -al establecer los bienes jurídicos a proteger por el derecho penal-, hasta el fin del tratamiento penitenciario - la resocialización del autor del delito en la fase de ejecución de la pena-”.

Así mismo, la sentencia T-718 afirmó que “los mecanismos de redención de pena previstos en el ordenamiento jurídico son aplicables a los condenados por delitos contra menores de edad, advirtiendo al Estado colombiano que le corresponde reevaluar el diseño y ejecución de la Política Criminal, específicamente en lo atinente al tratamiento penitenciario, a fin de implementar programas de resocialización distintos al estudio, el trabajo, la enseñanza, el deporte y las actividades artísticas, enfocados a lograr la readaptación del infractor penal según la conducta delictiva en que haya incurrido, con el fin de que la fase de la ejecución de la condena produzca resultados eficaces en la rehabilitación de internos según el tipo de delito y disminuya los niveles de reincidencia, para lograr la efectiva resocialización del individuo” (Corte Constitucional de Colombia, T-718, 2015);

- La sentencia T-762 de 2015 al desarrollar temas relativos al Sistema Penitenciario y Carcelario Nacional, declaró que “la Política Criminal colombiana ha sido reactiva, populista, poco reflexiva, volátil, incoherente y subordinada a la política de seguridad, [...] así como que el manejo histórico de la Política Criminal en el país ha contribuido a perpetuar la violación masiva de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad e impide, en la actualidad, lograr el fin resocializador de la pena”, por lo que fija el *estándar constitucional mínimo que debe cumplir una Política Criminal respetuosa de los derechos humanos* con la idea de que “el cambio de perspectiva que requiere la Política Criminal en Colombia para lograr mínimos de estabilidad y coherencia, es *gradual*, y por ello, las acciones también deben serlo”, proponiendo bajo los lineamientos propuestos por la Comisión Asesora de Política Criminal (2012), los siguientes principios (Corte Constitucional de Colombia, T-762, 2015):

“a)- La Política Criminal debe tener un carácter preventivo. Uso del derecho penal como *última ratio*;

b)- La Política Criminal debe respetar el principio de la libertad personal, de forma estricta y reforzada;

c)- La Política Criminal debe buscar como fin primordial la efectiva resocialización de los condenados;

d)- Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad deben ser excepcionales;

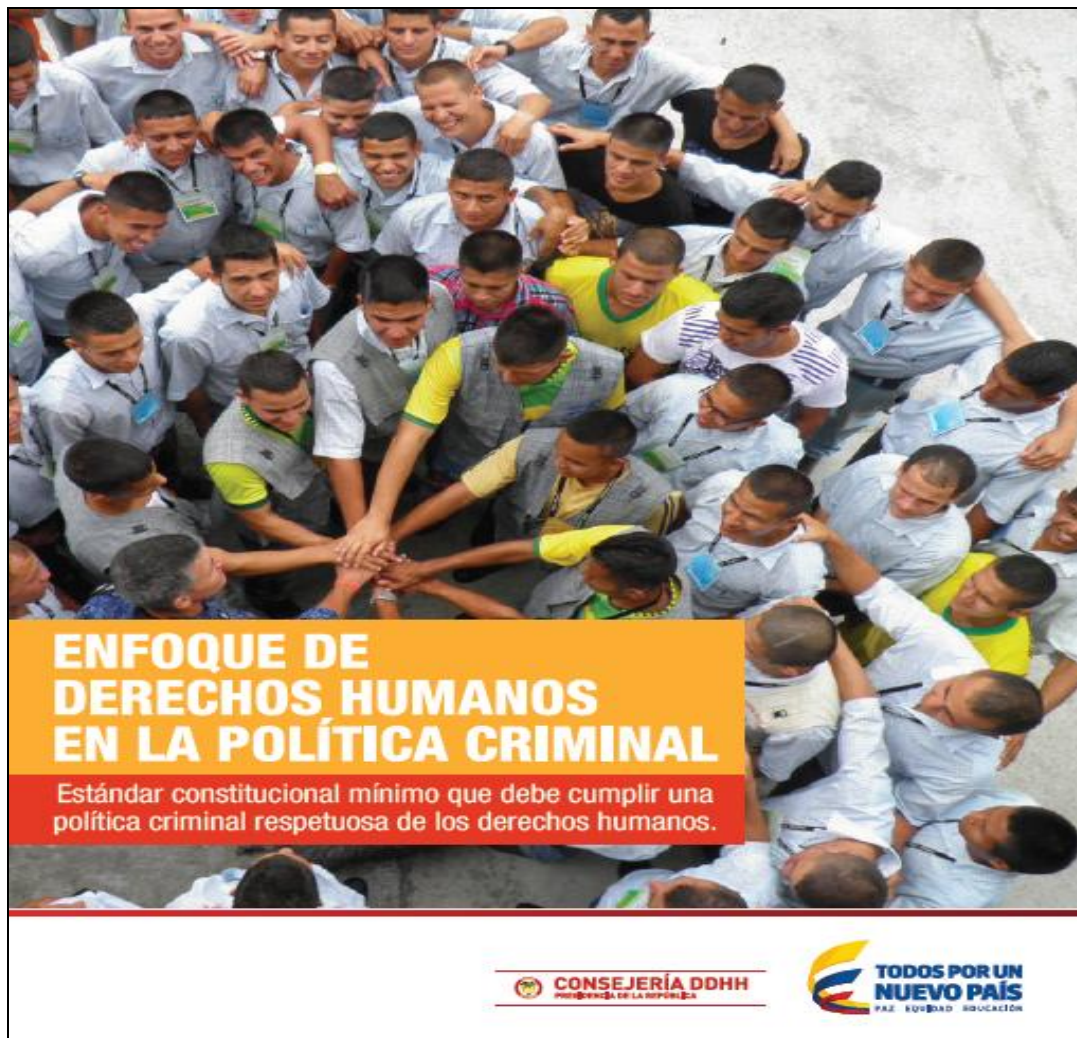
e)- La Política Criminal debe ser coherente;

f)- La Política Criminal debe estar sustentada en elementos empíricos;

g)- La Política Criminal debe ser sostenible. Medición de costos en derechos económicos; y

h)- La Política Criminal debe proteger los derechos humanos de los presos”.

**Imagen 3-1:** Informe Estándares Constitucionales de Política Criminal



**Fuente:** <http://www.derechoshumanos.gov.co> – Consultado el 13/11/2016

- La sentencia T-276 de 2016 señala que “la privación de la libertad en un Estado Social de derechos debe ser excepcional y debe responder a criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad y durante su ejecución el Estado tiene el deber constitucional y legal de salvaguardar las garantías de los internos, especialmente las siguientes: (i) el derecho a la vida y la integridad personal; (ii) el



derecho a presentar peticiones; (iii) el derecho a la dignidad humana; (iv) el derecho a la visita íntima o conyugal en condiciones dignas; (v) el derecho a la resocialización; (vi) El debido proceso disciplinario; (vii) el derecho a la palabra; (viii) el derecho al descanso; (ix) el derecho a la salud; y (x) el derecho a la unidad familiar de las personas privadas de la libertad” (Corte Constitucional de Colombia, T-276, 2016).

Finalmente y para cerrar este sub-apartado sobre la Política Criminal en la jurisprudencia nacional, es de señalar que la CSJ ha empleado en un sinnúmero de sus pronunciamientos los desarrollos jurisprudenciales efectuados por la Corte Constitucional sobre la temática estudiada (Véase por ejemplo, Corte Suprema de Justicia, Proceso 33254, 2013), efectuando también referencias propias generales como la efectuada en el año 2008 cuando refirió que “el hecho de que la Política Criminal sea una respuesta del Estado al fenómeno del delito implica que en la definición e integración de dicha política están involucrados todos los organismos estatales pertinentes” (Corte Suprema de Justicia, Proceso 29772, 2008), como por ejemplo la emitida en el año 1999 cuando de la decisión de la Sala se pueden interpretar que “una Política Criminal racional no debe desconocer la proporcionalidad que debe existir entre el hecho juzgado y la pena, la eficacia de la misma y el carácter plurifuncional a ella asignada” (Corte Suprema de Justicia, Proceso 11565, 1999), o la proferida en sede de tutela en el año 2014, de la cual se interpreta que “los incrementos punitivos para proteger las conductas punibles contra la libertad, integridad y formación sexual de los menores de edad se dan por razones de Política Criminal” (Corte Suprema de Justicia, Proceso 74749, 2014).

### **3.3.5 Principios Normativos de Política Criminal**

Tal como refiere la Comisión Asesora de Política Criminal (2012) y la sentencia T-762 de 2015, la Política Criminal “no se reduce a la política penal ni se debe confundir con el Derecho Penal pues este tiene una dimensión más amplia, pero si puede afirmar que el recurso al instrumento penal es el elemento distintivo de la misma frente a las otras políticas públicas”, por lo que conforme a la definición de la Corte Constitucional (2001) y a ciertas distinciones propuestas por la criminología como ciencia, “la Política Criminal tiene vínculos estrechos con las llamadas tres formas de criminalización”, es decir, tiene que ver como se referenció *supra* con la “criminalización primaria” o definición

de un comportamiento como delito, que es su fase legislativa, con la “criminalización secundaria” o la determinación de un individuo como responsable de un crimen ya establecido por la ley, que es el problema de la judicialización o investigación criminal de los hechos punibles, y finalmente también con la llamada “criminalización terciaria”, esto es, con la ejecución y cumplimiento de la sanción penal por parte de una persona declarada responsable de un crimen, que es la fase de ejecución penitenciaria (Zaffaroni, Alagía y Slokar, 2006), debiéndose respetar los límites y garantías propias que cada una de estas fases le impone.

Es así como la Política Criminal en el marco de un Estado Social y Constitucional de Derecho como lo es el colombiano, está estrechamente vinculada con los procesos de criminalización enunciados, mismos que se anclan transversalmente en la Constitución Política y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, lo que genera el mencionado deber de respeto de una serie de principios normativos que varían según el momento de criminalización donde se desarrollen, encontrándose en primer lugar los principios constitucionales sustantivos de Derecho Penal o “garantías penales”, mismos que enmarcan la Política Criminal en su fase de “criminalización primaria”, implicando estos la carga de soportar una privación o disminución de bienes jurídicos con base en las garantías que señala la Carta Política interna y el Bloque de Constitucionalidad (dignidad de la persona humana y el respeto de los derechos humanos y fundamentales), así como en los límites propios de la dogmática jurídico penal, como lo representan los principios elementales de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, finalidad de la pena y de razonabilidad, entre otros (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012).

En segundo lugar, están los principios constitucionales procesales o “garantías procesales”, que enmarcan los requisitos que deben reunir la investigación y el proceso penal para que la fase de “criminalización secundaria”, lo que implica que la Política Criminal en general y la política penal en particular se encuentran también condicionadas normativamente por las garantías procesales, esto es, por “los principios constitucionales y de derechos humanos que señalan los requisitos básicos que debe reunir la investigación criminal y el debido proceso penal para ser plenamente legítimo constitucionalmente” (Zaffaroni, Alagía y Slokar, 2006). En este punto, específicamente el proceso penal debe respetar el derecho al debido proceso judicial que conlleva entre otras garantías, “el derecho a la presunción de inocencia y a ser tratado de acuerdo con

ella, el derecho a no ser procesado ni juzgado dos veces por el mismo hecho o principio de *ne bis in ídem*, el derecho de favor rei, el derecho a no declarar contra sí mismo y sus familiares más cercanos, o principio de no autoincriminación, el derecho a obtener decisiones ceñidas exclusivamente al ordenamiento jurídico, en razón de los principios de legalidad de la función pública y de independencia funcional del juez, etc”. (Huertas *et al.*, 2007).

Finalmente, están los principios constitucionales y de derechos humanos que gobiernan la “criminalización terciaria”, que particularmente implican para efectos político criminales, la finalidad de la pena, en el entendido que “normativamente el momento de ejecución de las penas privativas de la libertad debe estar orientado por un criterio de maximización de la resocialización de la persona condenada, o al menos de evitar que ésta tenga un impacto desocializador” (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012) o lo que en términos de la Corte Constitucional implica que “las autoridades del Estado y en particular, las autoridades penitenciarias, estén en la obligación de desplegar una serie de conductas necesarias e idóneas para garantizar el mayor nivel de resocialización posible de los reclusos” (Corte Constitucional de Colombia, T-1190, 2003), en concordancia no solo con el delito cometido y sancionado, sino también con la necesidad específica de readaptación que requiera el condenado, lo que genera en una interpretación amplia de la mencionada Comisión Asesora de Política Criminal (2012), que “el régimen penitenciario sea compatible con la plena dignidad humana de las personas privadas de la libertad garantizando las condiciones materiales que hagan posible su resocialización”.

## Conclusiones de Capítulo

1. El origen y evolución de la lucha contra la criminalidad en la sociedad conlleva un largo trasegar en el tiempo que se relaciona directamente con las sucesivas transformaciones que ha tenido el concepto de Estado como institución política, toda vez que es evidente la relación existente entre el sistema ideológico imperante en un momento histórico determinado y el régimen y/o legislación penal que presidió, estuvo o está aún vigente en ese periodo de tiempo;

2. En el Estado Absolutista el Monarca poseía el monopolio de la violencia, lo que le permitía imponer penas de gran dureza, siendo la pena la principal sanción y la finalidad retributiva del castigo la preponderante, jugando junto a ella un papel importante la prevención general negativa, la intimidación de la colectividad para que se abstuviera de cometer nuevas ofensas penales, valiendo todo para lograr el fin último de acabar con el crimen y conseguir así la observancia de la ley;

3. En el Estado Liberal de Derecho el monopolio de la violencia seguía reservado a los poderes públicos, pero ejercido ahora legítimamente con arreglo a Derecho y en un marco de racionalidad y humanismo, surgiendo en este periodo el Marqués de Beccaria con su pequeña pero paradigmática obra "De los Delios y de las Penas" de 1764, ensayo jurídico considerado por gran parte de la doctrina como el primer tratado de Política Criminal, constituyéndose en un ideario ilustrado para tratar la problemática criminal;

4. En el Estado Democrático de Derecho la lucha contra la criminalidad pasa a guardar un cuidadoso equilibrio entre la protección de las libertades fundamentales y la legislación penal, en el sentido de que el recurso a la sanción debe estar en la ley, ser retributivo, mínimo, limitado y estar legitimado por el pueblo, al suponerse que la pena es una agresión a las libertades y que el hecho criminal va a estar siempre presente;

5. En el Estado Social de Derecho se profundiza en el discurso de los derechos humanos, legitimándose de este modo la acción punitiva sobre una base democrática y participativa que reconoce una finalidad garantista al Derecho Penal, por lo que el fundamento del castigo sale de la mera esfera normativa criminal en la que se encontraba, para posar su atención en valores supremos legítimos que se objetivizan a través de los principios constitucionales y que a su vez limitan la facultad sancionatoria;

6. El Derecho Penal del Estado social o intervencionista le confiere a la pena además de la simple función de retribución, la de prevención general del crimen, de lucha contra el delito, de instrumento de política social encaminada a combatir la delincuencia como fenómeno real de la existencia colectiva, para frenar eficazmente, en el terreno de los hechos, la criminalidad, siendo esta la etapa de la prevención especial, propia de la Escuela positiva, partidaria más de las medidas de seguridad que de las penas;

7. En la Política Criminal del Estado intervencionista el propio poder público debe actuar como agente en la misma raíz del problema para intentar aportar siempre la correspondiente solución, de ahí que no sea suficiente “esperar” a que el hecho criminal haya atacado a la persona, bienes o derechos individuales, sino que tendrá que proteger a los ciudadanos y a la propia comunidad “antes” de que el delito se manifieste, máxime cuando se den ciertos “estados peligrosos” que tienden fácilmente a proyectarse en conductas antisociales y punibles;

8. En el Estado Social de Derecho la intervención punitiva frente al fenómeno criminal está en el deber de reintegrar al individuo penado a la comunidad y evitar así la futura comisión de delitos, haciéndose énfasis de este modo en la prevención especial a través de la resocialización del sujeto como mecanismo que justifica la propia existencia de la pena y limita a su vez la sanción privativa de la libertad en relación con su función, que se circunscribe específicamente a buscar, entre otros, es fin primordial;

9. En el Estado Constitucional de Derecho se cambia el paradigma de la primacía legislativa, toda vez que se desplaza el dogma de la supremacía de la ley propio del Estado Liberal de Derecho, por el de la supremacía de la Constitución Política, misma que puede ser escrita o no y que conlleva el reconocimiento de su fuerza normativa, la consagración de un catálogo de derechos y garantías, la creación de una jurisdicción constitucional para su defensa y el desarrollo global de una nueva dogmática en la forma de aplicar e interpretar el orden jurídico en el que se incluye el criminal;

10. En el Estado Constitucional de Derecho es evidente la correlación entre la Constitución y la forma de hacer frente a la criminalidad, ya que los principios valorativos que rigen las apreciaciones político-criminales ingresan en el sistema penal anclados en la Carta, toda vez que el catálogo de derechos y garantías fundamentales son la expresión de los principios generales del Estado Social de Derecho y de los límites de la intervención penal, constituyéndose dicho articulado en un verdadero programa político criminal al cual deben ceñirse las decisiones que adopta el Estado sobre la materia;

11. Alcanzar el entendimiento teórico de lo que puede comprenderse por Política Criminal no es tarea fácil, ya que en la doctrina especializada se pueden apreciar pluralidad de criterios sobre la materia, pero no obstante tal dificultad, la mayoría de

dicha doctrina considera a Franz Von Liszt como el auténtico iniciador, desde el punto de vista científico, de la disciplina Político-Criminal, siendo ésta concebida como “[...] el contenido sistemático de principios —garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena— según los cuales el Estado ha de emprender la lucha contra el delito, por medio de la pena y sus formas de ejecución”;

12. Von Liszt con su “Escuela de la Política Criminal” puso de manifiesto que todo movimiento o corriente científica en materia punitiva debe respetar la imperatividad del Derecho Penal positivo, en consonancia al propio al orden constitucional y a la estricta teoría de las fuentes, marcando estos criterios una índole de relación entre Política Criminal y Derecho Penal que acentúa el aspecto garantista del individuo que cae bajo la maquinaria penal en el entendido que el delito es un conflicto entre este y la Sociedad;

13. Contemporáneamente y pese a la multiplicidad de definiciones, no existe hasta ahora claridad conceptual respecto de lo que puede entenderse por Política Criminal, por lo que epistemológicamente hay que ubicar el tema de su fundamentación jurídica dentro de las específicas teorías que se relacionan con los límites al poder punitivo del Estado, destacándose que no existe una lista taxativa universal de los mismos, sino que estos emanan del catálogo de derechos y garantías constitucionales que cada Estado democráticamente constituido ha consagrado para entre otros aspectos, hacer frente a la criminalidad;

14. Es claro que cuando se habla de “Política Criminal” con mayúsculas, se está haciendo referencia a una disciplina académica que tienen como objeto de estudio no solo la legislación penal, sino de todo tipo de instituciones que tengan como fin, desde el ámbito político, la prevención o la erradicación de la delincuencia, entendiéndose que el Derecho Penal, sustantivo y adjetivo, va a ocupar un lugar preeminente porque constituye la base de la definición de aquello que se considera delito frente a la conducta lícita, sin que constituya el derecho de penas la única forma de prevenir y de hacer frente al crimen;

15. La Política Criminal como disciplina pretende siempre aportar un conjunto de conocimientos que, de forma racional, intenta mejorar la legislación penal y utilizar otros mecanismos para hacer siempre frente a los delitos, sin que ese conocimiento pueda ser

calificado como “científico”, por lo que puede y debe sujetarse al método de análisis propio de la interdisciplinariedad: inductivo de la realidad social y deductivo de los principios constitucionales, en el que intervienen conocimientos del ser (la realidad del fenómeno criminal) como conocimientos del deber ser (la dimensión valorativa de los derechos fundamentales), sistematizando criterios de eficacia y funcionalidad;

16. La doctrina partiendo de Von Liszt (1914) coincide en señalar que “la mejor Política Criminal es una buena Política Social”, debiéndose optar en *ultima ratio* por la represión, misma que en caso de aplicación debe tener en cuenta los principios político-criminales limitadores del *ius puniendi* subjetivo estatal, toda vez que esas decisiones políticas deben encuadrarse en unas directrices que vienen impuestas por el ordenamiento jurídico y que son vinculantes para todos los poderes públicos, cualquiera que sea el criterio que se considere más conveniente para el control de la criminalidad;

17. El uso del poder penal está sometido a las reglas de la puja política de un país, donde los distintos grupos políticos tratan de influir en el diseño y construcción de la Política Criminal según sus propios objetivos, finalidades y concepciones políticas, instalándose tal puja en los niveles de la “formulación” y la “configuración” de la Política Criminal, siendo el primero de ellos donde se define en qué casos y qué medios se utilizará el poder penal, cuáles serán sus instrumentos y sus reglas, mientras que el segundo nivel se refiere al “funcionamiento” concreto de las instituciones encargadas de canalizar el poder penal;

18. El artículo 1º de la Constitución Política de 1991 señala que Colombia es un “Estado Social de Derecho” lo que implica que la lucha contra la criminalidad debe guiarse epistemológicamente bajo los postulados teóricos de dicho modelo de Estado, aunado al hecho que el artículo 4º de la misma Carta declara que la norma jurídica fundamental es la Constitución, lo cual implica además que dicha lucha debe realizarse dentro del marco de esta, hablándose entonces de una “Política Criminal Constitucional”;

19. En la década del 90 la jurisprudencia constitucional colombiana sentó las bases de la denominada “Política Criminal Constitucional” al señalar que “la legislación penal es manifestación concreta de la Política Criminal del Estado”, debiéndose concebir está dentro de los límites materiales que señala la Constitución, en el entendido que la Carta

incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance;

20. Al interior del Derecho colombiano, es la jurisprudencia constitucional la que en el año 2001 definió para uso interno el concepto de Política Criminal, entendida en un sentido amplio como “...el 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. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole”;

21. En el año 2010 la Corte Constitucional de Colombia señaló que “la Política Criminal colombiana y su modelo de justicia están encaminados a satisfacer el restablecimiento de los derechos de las víctimas y a lograr una efectiva resocialización del autor de la conducta penal, porque en el marco de un Estado social y democrático de derecho, fundado en la dignidad humana y que propende por un orden social justo, la intervención penal tiene como fines la prevención, la retribución y la resocialización”;

22. En el año 2015, igualmente la Corte Constitucional nacional fija el *estándar constitucional mínimo que debe cumplir una Política Criminal respetuosa de los derechos humanos* con la idea de que el cambio de perspectiva que requiere la Política Criminal en Colombia para lograr mínimos de estabilidad y coherencia, es *gradual*, y por ello, las acciones también deben serlo, proponiendo para el efecto los lineamientos propuestos por la Comisión Asesora de Política Criminal en el año 2012;

23. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) ha señalado en su jurisprudencia específica que “el hecho de que la Política Criminal sea una respuesta del Estado al fenómeno del delito implica que en la definición e integración de dicha política están involucrados todos los organismos estatales pertinentes” sin desconocerse “la proporcionalidad que debe existir entre el hecho juzgado y la pena, la eficacia de la misma y el carácter plurifuncional a ella asignada” y que “los incrementos punitivos para proteger las conductas punibles contra la libertad, integridad y formación sexual de los menores de edad se dan por razones de Política Criminal”;



24. Finalmente es de resaltar que la Política Criminal en el marco de un Estado Social y Constitucional de Derecho como lo es el colombiano se ancla transversalmente en la Constitución Política y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, lo que genera en su formulación e implementación el deber de respeto de los principios constitucionales sustantivos y procesales del Derecho Penal, mismos que se plasman en el momento de definición legislativa de los delitos y las penas y en la actuación judicial que determina la responsabilidad penal, así como en la ejecución penitenciaria resocializadora;

25. Así las cosas, el marco teórico de referencia general para la fundamentación de la Política Criminal del Estado de Colombia en materia de delitos sexuales con menores de 14 años (Cumplimiento Objetivo Específico No. 02) lo constituye principalmente los principios del modelo Estado Social y Constitucional de Derecho implementado por la Carta superior a nivel interno en el año 1991, así como el conjunto de postulados, límites y valores jurídico-penales y/o criminales que lo integran, en consonancia con los diversos instrumentos que dan cuerpo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, bases teóricas que de manera integral se dirigen a la protección de los derechos, deberes y bienes jurídicos de la sociedad, de las víctimas e incluso de los victimarios de conductas punibles.



## **Capítulo 4**

# **Fundamentos de una “Política Criminal Constitucional” para los Delitos Sexuales con Menores de 14 Años en Colombia**

**RESUMEN:** Este capítulo tiene por objeto la comprobación de la hipótesis planteada, en el sentido de demostrar con base en los hallazgos teóricos encontrados en los anteriores capítulos, primero, que la fundamentación de la Política Criminal jurídica en Colombia para prevenir y sancionar los delitos sexuales con menores de 14 años esta soportada equívocamente, lo cual justifica en un segundo momento el planteamiento teórico de un constructo de fundamentación jurídicamente apropiada para diseñar dicha política pública, proposición académica que se soporta en el emergente paradigma epistemológico “Penal Constitucional” y que toma como marco jurídico los postulados del modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho nacional junto con los principios y límites penales que lo integran.

## Objetivo del Capítulo

En este capítulo final se desarrolla la comprobación de la hipótesis planteada, en el sentido, primero, de demostrar teóricamente que la fundamentación que soporta el diseño y formulación de la Política Criminal de orden jurídica en Colombia para prevenir y sancionar los delitos sexuales con menores de 14 años se distancia de los postulados propios del modelo de Estado Social de Derecho con Supremacía Constitucional vigente internamente desde el año 1991, así como de los principios y límites penales que lo componen, lo cual justifica que en un segundo momento se haga una nueva proposición igualmente teórica del paradigma de fundamentación que se considera el apropiado para diseñar tal política pública, constructo argumentativo que tiene como base el marco teórico identificado en el capítulo precedente y que epistemológicamente se soporta en el emergente paradigma “Penal Constitucional” el cual tiene como fuertes anclas tanto los principios fijados por la Carta Superior como los postulados y límites penales que lo integran y que han sido reconocidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional. En específico, este capítulo pretende cumplir con los siguientes sub-objetivos:

- Establecer un diagnóstico jurídico general de la Política Criminal nacional;
- Evaluar la fundamentación de la Política Criminal jurídica del Estado de Colombia en materia de delitos sexuales con menores de 14 años;
- Proponer los fundamentos teóricos mínimos que deben soportar la formulación de la Política Criminal en Colombia sobre delitos sexuales con menores de 14 años.

Estructuralmente, el presente capítulo hace en primer lugar una muy breve y abierta contextualización teórica de la Política Criminal en Colombia que permite identificar su panorama general y caracterización actual, para posteriormente proceder a diagnosticar y evaluar las vigentes medidas político criminales en materia de delitos sexuales con menores de 14 años en el país, examen que arroja un resultado jurídico que sirve de base para finalmente desarrollar la proposición teórica de fundamentación de una Política Criminal Constitucional específica sobre la materia, misma que se soporta tanto en la Carta Política como en la doctrina y la jurisprudencia especializada que se ha proferido para el diseño mínimo de políticas criminales en Colombia.

## **4.1 Diagnóstico Teórico del Paradigma Epistemológico Vigente “Populista y Punitivista” de Fundamentación de la Política Criminal en Colombia sobre Delitos Sexuales con Menores de 14 Años**

En el año 2013 la Corte Constitucional por medio de la Sentencia T-388 declara la existencia del “Estado de Cosas Inconstitucionales” en el Sistema Penitenciario y Carcelario del país (Corte Constitucional de Colombia, T-388, 2013), mismo que fue reiterado en el año 2015 por la Sentencia T-762, la cual a su vez declaró que la Política Criminal colombiana ha sido “reactiva, populista, poco reflexiva, volátil, incoherente y subordinada a la política de seguridad” entre otros aspectos (Corte Constitucional de Colombia, T-762, 2015), resultando conveniente para el presente ejercicio académico hacer una breve exposición de las razones y argumentos por los cuales el Tribunal constitucional llegó a tan estricta y negativa afirmación, labor que se hace con miras de explicar el contexto general en el que se formula la Política Criminal en Colombia, para posteriormente hacer el análisis particular contextualizado del paradigma vigente de fundamentación de los delitos sexuales con menores de 14 años, no sin antes mencionar y reconocer que la Corte arribó a su declaración tomando como referente teórico el Capítulo II del “Informe Final Diagnostico y Propuesta de lineamientos de Política Criminal para el Estado colombiano” publicado en junio de 2012 por la Comisión Asesora de Política Criminal, mismo que por su finalidad servirá de importante insumo teórico de referencia para la propuesta de fundamentación a realizar.

### **4.1.1 El Panorama General de “Criminalización”**

En el contexto general de la Política Criminal en Colombia, lo primero que ha que señalar es que la Corte Constitucional declaró que en Colombia los entes encargados de la formulación y el diseño de la Política Criminal (Congreso y Gobierno Nacional, entre otros) han adoptado decisiones de forma “*reactiva y sin fundamentos empíricos sólidos*”, basadas generalmente en la necesidad de responder con celeridad a fenómenos sociales mediados por la opinión pública y de mostrar resultados contra el crimen, para aumentar la popularidad de un determinado sector político, lo que genera entre otros efectos, una “*tendencia al endurecimiento punitivo (populismo punitivo)*” que, según la ampliamente citada Comisión Asesora de Política Criminal (2012), puede evidenciarse a partir del estudio de: “(i) la creación de nuevas conductas penales, (ii) el incremento en las penas

mínimas y máximas de los delitos existentes y, (iii) el aumento de las personas privadas de la libertad, circunstancias que se traducen en medidas legislativas coyunturales que se alejan de la finalidad de la pena y han convertido a la prisión en el eje de la política colombiana en lo criminal” (Corte Constitucional de Colombia, T-762, 2015).

En el mismo sentido la jurisprudencia (*ibídem*) ha dicho que la Política Criminal nacional es “*poco reflexiva frente a los retos del contexto nacional*”, en el entendido que “quienes formulan dicha política no tienen en cuenta las particularidades de nuestros contextos”, lo cual se explica en parte por la ausencia de fundamentación empírica y de bases de datos confiables que permitan retroalimentar la función y el impacto de política punitiva, lo que desemboca en “*subordinar a la Política Criminal a la política de seguridad*”, misma que se marca sólo por factores como hacer la guerra o resolverla a través de soluciones negociadas, haciéndola por esta y otras muchas causas, “*inestable e inconsistente*”, así como “*volátil e incoherente*”, interpretados estos últimos aspectos en el hecho de que “si bien la Constitución consagra un claro marco normativo y un reparto de competencias para el manejo de la Política Criminal, que en teoría contribuirían a fortalecer la capacidad institucional en este aspecto, la debilidad institucional está presente en la práctica por diversos factores tanto normativos como propiamente institucionales que generan grandes inconvenientes en la etapa de implementación y ejecución de la Política Criminal” (Corte Constitucional de Colombia, T-762, 2015).

Y es precisamente en el anterior marco que el Estado colombiano ha tenido que adoptar una serie de leyes penales para hacer frente al fenómeno social del abuso sexual de menores de 14 años, contexto general que ha generado que la política penal nacional se fundamente mayoritariamente en el paradigma epistemológico “Populista – Punitivista”, al previamente establecerse que el 60% (06 normas penales de 10) de la Política Criminal pasada o actual sobre la materia contempló o contempla incrementos de los tipos y/o de las penas o endurecimiento de los procedimientos, siendo posible afirmar que el “Populista – Punitivista” es el paradigma de fundamentación vigente y que por lo tanto y tomando el marco teórico examinado, resulta pertinente examinarlo con miras a determinar su real funcionamiento actual, estudio que conllevará a decidir la eventual justificación teórica de su permanencia o de la necesidad de un cambio paradigmático, ejercicio que se desarrolla principalmente con base en el modelo de análisis empleado para analizar la jurisprudencia constitucional en situaciones similares (López, 2002).

Adicional a lo anterior, se tomará el referente teórico de clasificación planteado por Bustos y Hormazabal (2004), quienes afirman que sí se opta por desarrollar una Política Criminal para solucionar una problemática social se deben distinguir dos momentos en ese proceso, cuales son el de la creación de la norma o *criminalización primaria*, o de definición del delito, y el de aplicación de la norma o de *criminalización secundaria*, o de definición del delincuente, categorización que ha sido empleada y ampliada por la jurisprudencia cuando señala que “la Política Criminal tiene vínculos estrechos con las llamadas tres formas de criminalización” (Corte Constitucional de Colombia, T-276, 2016), es decir y como se señaló *supra*, tiene que ver con la “criminalización primaria” o definición de un comportamiento como delito (fase legislativa), con la “criminalización secundaria” o la determinación de un individuo como responsable de un crimen (fase judicial) y finalmente también con la “criminalización terciaria”, esto es, con la ejecución y cumplimiento de la sanción penal por parte de una persona declarada responsable de un crimen (fase de ejecución penitenciaria) (Zaffaroni, Alagía y Slokar, 2006), debiéndose respetar a nivel interno los límites y garantías propias que cada una de estas fases le impone.

#### **4.1.2 Perspectiva en la “Criminalización Primaria”**

La Política Criminal en el marco del modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho, tal como se puede interpretar de Londoño y otros (2013) y de Ferrajoli (2003), se encuentra muy anclada tanto a los derechos fundamentales como a los principios constitucionales sustantivos de Derecho Penal o “garantías penales”, mismas que enmarcan la política pública en lo criminal en su fase de “Criminalización Primaria”, esto es según la Comisión Asesora de Política Criminal (2012), “en el momento de definición legislativa de los delitos y las penas”, implicando en estas últimas, la carga de soportar una privación o disminución de bienes jurídicos tutelados, por lo que deben ser previstas e impuestas con las garantías que señala la Carta, el Bloque de Constitucionalidad (dignidad de la persona humana y el respeto de los derechos humanos y fundamentales) (Uprimny, 2001) y los límites propios de la dogmática penal como lo representan los principios elementales de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, finalidad de la pena y de razonabilidad (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012), encontrándose bajo el anterior marco, que la Política Criminal en Colombia en materia de delitos sexuales con menores de 14 años presenta el siguiente diagnóstico jurídico.

- **Leyes Reactivas y Sin Soportes Sólidos**

En primer lugar y siguiendo la interpretación jurisprudencial (Corte Constitucional de Colombia, T-762, 2015), la Política Criminal nacional en materia de delitos sexuales con menores de 14 años también es reactiva, ya que compartiendo el criterio jurídico de la Corte, se basa en la necesidad de responder con celeridad al preocupante fenómeno social creciente del abuso sexual de niños, flagelo que en términos de De Mause (1974) “ha estado siempre presente en la historia” y que en Colombia ha sido permeado por la opinión “popular” (Lascurain, 2015) y por los medios de comunicación de masa (Mass – Media) para aumentar la popularidad de un determinado sector político más no para mostrar resultados concretos en la lucha contra el crimen, situación que se refleja en el simple hecho de que las medidas adoptadas no han logrado disminuir los índices de dicha criminalidad, ya que referenciando un ejemplo ya citado, en el año 2014 el INMLCF registró 21.115 exámenes medico legales por presunto delito sexual, con aumento de 376 casos en relación con el año 2013 (1,81%), reportándose un mayor comportamiento del evento en niños, niñas y adolescentes (0 a 17 años), con un 85,08% del total de los registros (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2015).

- **Fundamentación desde el “Populismo Punitivo”**

Y es precisamente resultado de una criminalización primaria con base en el sentir “Populista” lo que genera la tendencia al endurecimiento punitivo ampliamente visible en la Política Criminal colombiana en materia de delitos sexuales con menores de 14 años, toda vez que tal como se esbozó en el capítulo segundo de este documento tipo tesis, estadísticamente el 60% (06 normas penales de 10) de las leyes político criminales pasadas o actuales nacionales sobre la materia contemplan o contemplaron incrementos de los tipos y/o de las penas o endurecimiento de los procedimientos como estrategia para hacer frente a este tipo de criminalidad (Lascurain, 2015), situación que genera interpretando a Waqquant, 2004, que en Colombia no solo se utilice el Derecho Penal de forma autoritaria y expansionista (Benítez, 2014), sino que sectores políticos utilicen las medidas criminales con efectos electorales sin importar las consecuencias de efectividad, o de daño social de la norma, aunado al hecho que tal como refiere la Comisión Asesora de Política Criminal (2012), el incremento en la severidad penal, al no ser producto de una “reflexión seria sobre los fenómenos criminales”, representa una expresión de lo que autores como Bottoms (1995) denominan como “Populismo Punitivo”.



- **Desarticulación con el Modelo de Estado Social de Derecho**

La fundamentación desde el paradigma “Populista Punitivista” de la Política Criminal colombiana en materia de delitos sexuales con menores de 14 años sin lugar a dudas genera una completa desarticulación con el modelo de Estado Social de Derecho vigente, toda vez que interpretando a Ferrajoli (2007), la normativa político criminal nacional prioriza la persecución penal extendida al establecerse como único objetivo de lucha el que sobre el delincuente sexual recaiga todo el aparato persecutor, en el entendido que aquél no es una persona que al igual que todos hace parte de sociedad y que por ende es normal dueño de garantías fundamentales, sino que por el contrario es un “monstruo”, “depredador” o “pedófilo” (Ramos, 2016) repudiable que no es sujeto de derechos y al que hay que declararle la guerra para su erradicación a como dé lugar, al punto de considerar la posibilidad de penarlo perpetuamente, situación que ha empezado a generar un vuelco de nuestra Política Criminal hacia un “Derecho Penal del Enemigo” que, si bien se sabe es un término muy atribuido a Jakobs (2003), no es más que en referencia a Ferrajoli (2007) y tal como quedó señalado en capítulos preliminares, el viejo esquema del “enemigo del pueblo” o el modelo penal nazi del “tipo normativo de autor”.

- **Desarticulación con el Modelo de Estado Constitucional**

En Colombia los entes legislativos nacionales y locales encargados de formular la Política Criminal en materia de delitos sexuales con menores de 14 años desconocen abiertamente el principio de supremacía normativa impuesto por el artículo 4º de la Carta de 1991, en el entendido que la “criminalización primaria” en el marco del modelo de Estado Constitucional de Derecho exige el deber de respeto de los y fines y principios superiores sustantivos relacionados con el Derecho Penal, lo que implica que los delitos y las penas deben ser previstas e impuestas en las legislación con las garantías que señala la Constitución Política y el Bloque de Constitucionalidad (dignidad de la persona humana y el respeto de los derechos humanos y fundamentales) y los límites que propios de la dogmática jurídico penal, mandato que internamente no se cumple, toda vez que al emplearse el fundamento “Populista Punitivista” y en interpretación de Ortiz (2006), “se ha desplazado el dogma de la supremacía de la Constitución por el de la supremacía de la Ley”, lo que genera “un evidente desconocimiento de la protección de los derechos fundamentales de los implicados, pues se mide la eficacia de las medidas en los términos formales de la ley, más no en los fines materiales de la Constitución” (Liborio, 1998).

Un solo ejemplo de la anterior situación lo constituye la expedición de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia, toda vez que como se pudo identificar en capítulos precedentes, las medidas procesales incorporadas por la dicha codificación procesal colombiana en relación con la temática examinada, no se fundamentaron en los postulados teóricos y/o fines efectivos presentes o futuros de las garantías procesales constitucionales que deben rodear en todo momento un procedimiento penal, ya que fueron endurecidos e incluso eliminados los beneficios y mecanismos sustitutivos de la pena cuando se trate entre otros, “de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes” (Senado de la República, 2005), situación jurídica que desconoce los parámetros constitucionales equilibrados en que se fundamenta y soporta el Estado de Derecho colombiano, obviando de igual manera las demás normas que integran el denominado bloque de constitucionalidad, cuerpo de normas jurídicas integrales en virtud del cual se reconoce con claridad la existencia de garantías mínimas aplicables en general a todas las personas -incluyendo los infractores de la Ley penal- y que en términos jurisprudenciales “ de ningún aceptado modo pueden ser desconocidas” (Corte Constitucional de Colombia, T-718, 2015).

- **Política Penal Sin Objetivos Claros**

La Política Criminal colombiana en materia de delitos sexuales con menores de 14 años está formulada en términos de Binder (1997), “sin un punto epistemológico de partida”, careciendo totalmente de criterios básicos y pautas de organización concreta, lo que genera que dicha política pública sea la simple sumatoria de leyes penales tanto sustantivas como procedimentales que aisladamente incorporan medidas político criminales para su tratamiento, sin que se pueda avizorar de las mismas una sistemática coordinación legislativa que responda a unos fines y objetivos de tipificación previamente definidos para ser ejecutados a corto, mediano o largo plazo y que en interpretando a Zúñiga (2001), “estén plenamente anclados en el paradigma de respeto a los derechos fundamentales”, aunado al hecho que dicha formulación está totalmente desconectada con las estrategias de prevención, ya que al no haber objetivos claros, no existe en nuestro país un programa integral de mecanismos formales e informales, jurídicos y sociales, públicos y privados que lleven a cabo la prevención concreta del abuso sexual de menores, sumando a que la decisión política relacionada se mueve dentro de un muy limitado margen de recursos económicos y sociales, lo que hace que las estrategias existentes no logren los propósitos de su creación.

#### ▪ Política Criminal con Debilidad Normativa

Tal como se acabó de examinar, son múltiples y desordenadas las normas penales que consagran delitos, sanciones y procedimientos relacionados con el abuso sexual de menores de 14 años, “inflación penal” (Carrasco, 2014) legislativa que en términos de González (2016) “ocasiona dificultades para la normal y correcta aplicación de las mismas”, situación que se acrecienta según señala el mismo autor y en clara tendencia epistemológica de fundamentación “populista-punitivista” cuando “para llenar las expectativas puntuales que las fomentaron, se atienden a razones mediáticas y presiones de los medios de comunicación que vulneran toda arquitectura legal” aún a sabiendas del absoluto congestionamiento de los centros penitenciarios y de la ineficacia que tiene el mismo sistema en la resocialización del penado, situación que en postura compartida de la Comisión Asesora de Política Criminal (2012), se falla de forma clara en la construcción de las medidas político criminales internas, en tanto que se promueve la expedición de normas jurídicas a la simple luz de la “contingencia” del momento sin que se desarrolle un integral, articulado y coherente “sistema de de delitos y penas”.

#### 4.1.3 Perspectiva en la “Criminalización Secundaria”

En lo que respecta a la fase de “Criminalización Secundaria”, el modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho, como lo es el colombiano, exige en referencia de Zaffaroni, Alagía y Slokar (2006), que la Política Criminal en materia de delitos sexuales con menores de 14 años “sea respetuosa de los principios constitucionales procesales que enmarcan los requisitos que deben reunir la investigación y el proceso penal” para el presunto delincuente sexual y que finalmente determina su responsabilidad penal, para lo cual resulta pertinente recordar que tal como enuncia Valencia (2003), “el debido proceso es un derecho humano que proviene del artículo séptimo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, así como de las enmiendas cuarta a séptima de la Constitución estadounidense de 1776, adoptadas en 1791” y que consiste en su concepto en el conjunto de “garantías procesales” que protege al individuo cuando se convierte en sujeto pasivo de la justicia del Estado, siendo igualmente importante recordar que en este último aspecto Bustos y Hormazabal (2004) refieren siempre que “el desarrollo de los derechos humanos ha dando lugar a un intenso debate que ha dado como resultado la formulación de una serie de principios político-criminales limitadores del *ius puniendi* subjetivo estatal”.

Del estudio efectuado en capítulos precedentes se pudo identificar que en la política penal nacional sobre delitos sexuales con menores de 14 años son cuatro (04) en total las normas que hacen referencias concretas a los procedimientos que deben surtir los delincuentes sexuales, siendo estas la Ley 906 de 2004 “por medio de la cual se profiere un Código de Procedimiento Penal”, la Ley 1098 del 2006 “por medio de la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, la Ley 1453 de 2011 que reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código de la Infancia y la Adolescencia y la Ley 1760 de 2015 “por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004” en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, concluyéndose que dos de las mismas, esto es la 1098 y la 1453, se fundamentan en el paradigma “Populista Punitivista”, lo que genera serios reparos a la acción procesal entendida como “un verdadero derecho a la justicia” (Huertas *et al.*, 2007) en el sentido que conciben al proceso judicial seguido al presunto delincuente sexual como “un simple trámite regulado por códigos y leyes ordinarias que se limita al simple acceso a la prestación jurisdiccional sin que se logre traducir en un verdadero derecho humano y fundamental a la justicia” (*Ibídem*).

- **Fundamentos Político Criminales Desproporcionados**

Normativas político criminales internas como la Ley 1098 de 2006 que expidió en Colombia el Código de la Infancia y la Adolescencia y que en relación específica con los delitos sexuales con menores de 14 años reguló entre otros aspectos los denominados “espacios para mensajes de garantía y restablecimiento de derechos” que dieron pie a nivel local a figuras tales como los “Muros o Vallas de la Infamia” y endureció o eliminó drásticamente los beneficios y mecanismos sustitutivos de la pena cuando se trate entre otros, de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes, o la Ley 1453 de 2011 o de “Seguridad Ciudadana” que frente a la temática examinada incorporó nuevas circunstancias al requisito de peligro a la comunidad para la imposición de una medida de aseguramiento, incluyendo entre otras, cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años, siendo suficiente de esta forma, la calificación de “grave” de la conducta para su imposición, reflejan una clara criminalización secundaria “Populista – Punitivista” que se aleja en amplia medida de las garantías procesales constitucionales, amén de desproporcionadas frente a las garantías del debido proceso judicial e innecesarias en relación con los específicos objetivos de reducción del delito.

- **Detención Preventiva como Regla General**

Si bien internamente se han emprendido diversas reformas generales en esta etapa de criminalización que tienen que ver con el límite al uso excesivo de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, como lo es la Ley 1760 de 2015 o también conocida como la Ley que regula la detención preventiva, y que en términos de la Corte Constitucional se “ha reconocido el impacto negativo de tener una Política Criminal desarticulada y fragmentada que se ha caracterizado por carecer de una estrategia sólida para reducir la conflictividad social, lo que se refleja en el uso excesivo de las mencionadas medidas de aseguramiento” (artículos 310 y 131 de la Ley 904 de 2004) (Corte Constitucional de Colombia, T-718, 2015), es una realidad indiscutible que en la etapa de juzgamiento la Política Criminal colombiana relacionada con los delitos sexuales con menores de 14 años se hace uso excesivo de la prisión preventiva, circunstancia motivada entre otros factores e interpretando la jurisprudencia constitucional *ibídem*, a “presiones sociales y mediáticas que apuestan, únicamente, por la represión penal como forma de contrarrestar la delincuencia (populismo punitivo), y que olvidan que dicha figura, en el marco de un Estado Social de Derecho, debe tener un carácter restringido”.

- **Vulneraciones a los Derechos Fundamentales**

Otra de las consecuencias jurídicas que acarrea el uso excesivo de medidas de aseguramiento privativas de la libertad en la criminalización secundaria de los delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia, tiene que ver con la vulneración de los derechos fundamentales del procesado que se ve cobijado con la medida como regla general, toda vez al permanecer por largo tiempo en los centros de reclusión sin que se emita una sentencia definitiva en el proceso que se le sigue, genera una clara vulneración de sus derechos y garantías fundamentales, en el entendido que, en interpretación a Huertas *et al.*, (2007), la excesiva demora que se presenta internamente para determinar la absolución o condena de la persona presuntamente responsable de la comisión de delitos sexuales con menores de 14 años, también trae consigo la excesiva prolongación de la detención preventiva, lo cual afecta en interpretación dada a Buergenthal (1990), “no solo el núcleo central del derecho fundamental al debido proceso”, sino también al derecho a la libertad personal del procesado junto con su presunción de inocencia de la cual y como señala García (1995), “goza toda persona que se encuentre involucrada en un proceso de investigación penal”.

#### ▪ Desconocimiento de la Naturaleza del Delincuente Sexual

La falta de estudios científicos rigurosos e interdisciplinarios que permitan conocer a fondo el fenómeno criminal del abuso sexual de niños en Colombia para prevenirlo de una manera más eficaz, ha generado también un amplio desconocimiento del perfil o la naturaleza criminológica del abusador sexual de menores de 14 años en nuestro contexto social, toda vez que se parte siempre de la premisa de la plena imputabilidad de los victimarios, siendo estos retratados por los Mass-Media populistas punitivistas como “un grupo homogéneo de delincuentes altamente predatorios”, esto es, en términos de Lynch (2002), “como seres ávidos de conseguir nuevas presas y dominados por una suerte de sed insaciable”, senda que los lleva a considerar antropológicamente como un “otro” respecto de los ciudadanos normales (o incluso respecto del resto de delincuentes, sexuales o no), y no cualquier otro, sino un “otro monstruoso” (Douard, 2009), sin explorarse la posibilidad de ver a este como una persona “enferma” (Ramos, 2016) que amerita en casos reales específicos un tratamiento jurídico procesal diferenciado en calidad de inimputables, lo cual les llevaría en distinción de González *et al.*, (2004) a “no ser encarcelados como criminales” sino a recibir tratamiento por ser “enfermos”.

#### 4.1.4 Perspectiva en la “Criminalización Terciaria”

Finalmente, en lo que respecta a la llamada fase de “Criminalización Terciaria” la cual como quedó referenciado *supra* se relaciona con la clara finalidad de la pena y ejecución penitenciaria, misma que en el marco de un Estado Social y Constitucional de Derecho como el nacional “debe orientarse por un criterio de maximización de la resocialización del condenado [por abuso sexual de menores de 14 años], o al menos de evitar que este tenga un impacto desocializador” (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012) y que internamente está a cargo del Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario que, según el artículo 7º de la Ley 65 de 1993, modificado por el artículo 7º de la Ley 1709 de 2014, son el Ministerio de Justicia y del Derecho, el INPEC y la USPEC (adscritos a dicho Ministerio), los centros de reclusión del país, la Escuela Penitenciaria Nacional, el Ministerio de Salud y Protección Social, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y las demás entidades públicas que ejerzan funciones relacionadas (Corte Constitucional de Colombia, T-718, 2015), es de señalarse que igualmente frente a la temática estudiada, la misma es el fiel reflejo de la aplicación del paradigma “Populista Punitivista”, lo que genera diferentes consecuencias jurídicas.

- **Desconocimiento de la Finalidad Resocializadora de la Pena**

Interpretando a Falcón (2005), la imposición de penas cada vez más severas para los delitos sexuales con menores de 14 años, mismas que incluso van hasta la solicitud de perpetuidad (Senado de la República, 2015a), “han logrado desvirtuar el correcto uso político criminal resocializador de la pena”, convirtiéndola en un arma de terror penal propio de un Estado absoluto del Antiguo Régimen que desconoce los postulados y límites propios de los Estados Sociales de Derecho como el colombiano, al punto de olvidar que en este marco “no solo es de interés jurídico la sanción retributiva para que el sujeto activo se encuentre “cohibido” por haber sufrido las negativas consecuencias de la aplicación de la pena, sino que, como ciudadano que es, se desea su integración a la sociedad” (Falcón, 2005), o en términos de Borja (2001), “su resocialización”, misma que internamente y en relación con los delitos examinados, está alejada de los fines que le impone el modelo de Estado vigente, pues desconoce que la participación en la vida social de todas las personas, incluidos los que perpetran delitos sexuales, se considera una de las formas más humanas y legítimas de evitar nuevos hechos penales en el futuro por parte de aquellos que ya delinquieron (prevención especial).

- **Vulneración al Principio de Igualdad**

Como ya se ha señalado, la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia endureció o eliminó drásticamente en Colombia el tema de los beneficios y mecanismos sustitutivos de la pena (Art. 199) cuando se trate entre otros, de condenas claras por delitos sexuales con menores de 14 años (Senado de la República, 2005), restricciones “Populistas Punitivistas” de Política Criminal que en la práctica incluye la redención de la pena para el victimario sexual, circunstancia que en interpretación de la misma Corte Constitucional “constituye una vulneración del principio de igualdad, en virtud del cual las personas tienen derecho a recibir la misma protección y trato por parte de las autoridades, por cuanto la redención de la pena en el sistema jurídico de Colombia no resulta un “*beneficio*” o “*subrogado*”, sino que es una expresión de la dignidad humana y es un instrumento por medio del cual el Estado ofrece a los condenados la posibilidad de resocializarse” (Corte Constitucional de Colombia, T-718, 2015), precisándose que la posibilidad de redimir pena por estudio, enseñanza, trabajo y/o cualquier otro mecanismo de resocialización político criminal debe guardar consonancia y armonía con los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la sanción.

- **Inadecuado Sistema Penitenciario y Carcelario**

No obstante a que la Corte Constitucional, tal como se señaló, ha afirmado que “los mecanismos de redención de pena previstos en el ordenamiento jurídico nacional son aplicables a los condenados por delitos contra menores de 14 años” (Corte Constitucional de Colombia, T-718, 2015), una de las problemáticas más recurrentes de la tercera fase de la política pública en materia criminal en Colombia es la que tiene que ver con las condiciones de reclusión a las que sindicados y condenados por los delitos sexuales examinados son sometidos, ya que las reiteradas retaliaciones internas por la característica del delito, así como el hacinamiento y otras causas de violación masiva de derechos, la reclusión conjunta entre condenados y sindicados, las fallas en la prestación de los servicios de salud en el sector penitenciario y carcelario, la precariedad de la alimentación suministrada y las condiciones inhumanas de salubridad e higiene de los establecimientos de reclusión, entre otras (*Ibídem*), generan que la Política Criminal nacional general y en la materia específica examinada se aleje ampliamente de los estándares mínimos de resocialización pos pena efectiva a la que tienen derecho los internos en el marco del Estado Social y Constitucional de Derecho como el colombiano.

- **Ausencia de Políticas Terapéuticas Específicas**

Finalmente, en el proceso de “criminalización terciaria” el condenado por abuso sexual con menor de 14 años en Colombia tiene la esperanza de su reintegración al conglomerado social después que haya purgado su condena, toda vez que dicho proceso es una expresión de la dignidad humana establecida como pilar sobre el que se funda el Estado Social y Constitucional de Derecho colombiano, siendo los únicos instrumentos terapéuticos de resocialización previstos en nuestro ordenamiento jurídico integral el trabajo, el estudio, la enseñanza, el deporte y las actividades artísticas, lo cual si bien guarda clara armonía con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resultan insuficientes para el proceso de reforma y readaptación social del condenado por abuso sexual con menores, en el entendido que, tal como se puede desprender de Rodríguez (2014), este tipo de convictos requieren la implementación de instrumentos terapéuticos específicos para su evaluación y tratamiento penitenciario especializado, dirigidos por expertos en las ciencias de la conducta y con el objeto tanto de su resocialización cuyo éxito no será la curación, sino el aprendizaje de las situaciones de riesgo y el control de sus impulsos con miras a evitar la reincidencia.



Adicionalmente, la Política Criminal populista y punitivista nacional para los delitos sexuales con menores de 14 años tampoco cuenta con estrategias de seguimiento pos-pena, en el entendido que, y tal como se desprende de Martínez y otros (2005), si un condenado ha cumplido formalmente su sanción recobrará su derecho legítimo a la libertad, incluso así este tenga un pronóstico de rehabilitación fallido o negativo, sin que exista a nivel interno ninguna otra medida o política posterior de continuación a su tratamiento terapéutico que, sin vulnerar sus derechos de hombre libre, procure asegurar el éxito de su rehabilitación y consecuente reinserción a la sociedad, así como la prevención de nuevos procesos de reincidencia, dejándose siempre en claro que dicho seguimiento posterior no debe implicar la imposición de nuevas sanciones penales, ni mucho menos la aplicación de otras medidas (brazaletes electrónicos, castración química, tratamiento psicológico obligatorio, avisos al vecindario, vallas o muros públicos, vigilancia policial, etc) que pueden atentar contra el derecho al honor, a la intimidad y a la reinserción social característico de un Estado Social y Constitucional de Derecho.

## **4.2 Evaluación Teórica del Paradigma Vigente “Populista y Punitivista” de Fundamentación de la Política Criminal Jurídica en Materia de Delitos Sexuales con Menores de 14 Años en Colombia**

Interpretando a Larrue (2000), las políticas públicas son “una concatenación de actividades, decisiones y medidas coherentes -al menos en su intención- tomadas por los actores del sistema político y administrativo de un país con la finalidad de resolver una problemática social”, siendo posible que su vertiente criminal y parafraseando a Jones (1970), pueda ser objeto de “evaluación con” miras a examinar por los actores sociales y políticos los impactos causados por la tipificación, sanción y ejecución penal de una conducta (policy evaluation) ya sea para reajustar la respuesta punitiva (feedback) o suprimir la política jurídico criminal (program termination), o en concepto de Zúñiga (2001) y en el caso en que no se cumplan los objetivos de prevención de la delincuencia, analizar el elemento que está fallando, entre los que se pueden incluir en interpretación a Khun (1980), los paradigmas o realidades científicas reconocidas que durante cierto tiempo han fundamentado las respuestas político criminales para hacer frente a los diversos delitos, mismas que se enmarcan en un esquema teórico o vía de percepción y comprensión del mundo político criminal adoptado internamente.

Y es precisamente el aumento progresivo que durante los últimos años han tenido los delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2015), lo que lleva a interpretar en referencia a lo señalado por Zúñiga (2001), que existen evidentes fallas en las estrategias político criminales internas para lograr su prevención, siendo entonces necesario el examen de sus elementos entre los que se puede incluir, en interpretación a lo dicho por Khun (1980), su paradigma teórico de fundamentación, que es el “Populista Punitivista”, y que empleando el diagnóstico teórico realizado preliminarmente, permitirá establecer su nivel de compatibilidad con los postulados y límites propios del modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho adoptado internamente a partir del año 1991, valorando bajo dichos resultados, si resulta más que pertinente conservar el mismo paradigma, o si por el contrario, es necesario e incluso urgente teorizar en un eventual cambio paradigmático con miras a adecuar la Política Criminal nacional a los postulados del modelo de Estado Social de Derecho con supremacía constitucional que ha estado vigente internamente como se ha dicho reiteradamente, desde el año 1991.

#### **4.2.1 El Método de Evaluación**

Tal como se desprende de Merino (2010), desde el punto de vista de la obtención del conocimiento la evaluación no es sólo una cuestión metodológica o técnica sino que es también “un enfoque con el que el investigador se acerca al objeto de evaluación”, lo que lleva a suponer y aclarar que para efectos del presente documento, se pretende acercar la perspectiva teórica que soporta la fundamentación de la Política Criminal nacional en materia de delitos sexuales con menores de 14 años frente a sus paradigmas dominantes y emergentes en el contexto jurídico en que estos se desenvuelven, sin querer presumir que la tarea evaluativa desarrollada no se hace con la mayor neutralidad posible, dejando en claro así mismo que tal acercamiento junto con sus resultados y valoraciones finales no son realidades únicas sino solo un panorama teórico que eventualmente podría mejorar la realidad y eficacia de nuestro modelo de Estado vigente, así como las estrategias sobre decisiones político criminales presentes y futuras, cimentándose este proceso en mayor medida sobre el juicio de valor de la acción pública evaluada y basándose en criterios previamente establecidos por los principales y diversos actores implicados, con la finalidad última de servir siempre a la ciudadanía en aquellas cuestiones que se relacionen.

Bajo las anteriores premisas, la evaluación propuesta desarrolla un método de análisis eminentemente teórico que toma como base tal cual se señaló, la recopilación y sistematización de los datos arrojados por el diagnóstico preliminar igualmente teórico practicado sobre la Política Criminal en materia de delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia, pretendiéndose desarrollar una evaluación analítica (Cohen y Franco, 1992) que permita interpretar y contrastar la información relacionada con su paradigma de fundamentación “Populista Punitivo” vigente con los postulados y límites propios del ya referenciado modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho nacional, todo en función de valorar su grado de relación y compatibilidad jurídica, redactando por último el cuerpo de resultados que proponen las recomendaciones que sean más viables para un eventual cambio de paradigma teórico, labor evaluativa integral que se hace desde una perspectiva temporal (Merino, 2010) relacionada con el momento de criminalización primaria, secundaria o terciaria (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012) en que se aplica o pone en marcha la Política Criminal específica evaluada, siendo posible distinguir una evaluación *Ex Ante*, *Intermedia* y *Ex Post* que se corresponden consecuentemente con cada uno de las fases de criminalización mencionadas.

#### **4.2.2 Valoración *Ex Ante* o de la “Criminalización Primaria”**

En lo que tiene que ver con el “antes” (Merino, 2010) o proceso de criminalización primaria nacional sobre delitos sexuales con menores de 14 años, puede afirmarse que este no se soporta en fundamentos de construcción sólidos que permitan relacionar la expedición de la normativa con la reducción real del fenómeno criminal, siendo referenciado como ejemplo por el mismo Tribunal Constitucional (Corte Constitucional de Colombia, T-762, 2015) el proyecto de Ley 206 de 2010 del Senado, conocido como el referendo en pro de la cadena perpetua para quienes cometieran delitos en contra de niños y niñas, el cual en concepto de la Corte, reflejó que no tenía ningún sustento empírico que demostrara cómo el perpetuar las penas impactaría positivamente en la reducción de la criminalidad en contra de los menores, siendo posible citar en la misma tónica muchos otros casos relacionados, como lo es el Código de la Infancia que reguló los “espacios para mensajes de garantía y restablecimiento de derechos” (Art. 48) (Senado de la República, 2005) y que dieron pie a los “Muros o Vallas de la Infamia” que se aprobaron sin el empleo de estudios que soportaran su capacidad para alcanzar el propósito de protección a la niñez (Corte Constitucional de Colombia, C-061, 2008).

Al respecto es de señalar que los encargados de planear la Política Criminal primaria en Colombia sobre la materia no realizan siempre un estudio científico del fenómeno criminal de abuso sexual de menores para luego si proceder a diseñar los mecanismos de prevención (Zúñiga, 2001), labor que dilucidando a Hassemer y Muñoz (2012) y en el marco de un Estado Social de Derecho, se hace por medio de directrices y decisiones guiadas por los conocimientos existentes sobre criminalidad que determinan la creación de instrumentos jurídicos para prevenirla y reprimirla, tarea científica que ha sido más que obviada por el legislador nacional, desembocado en que el ente estatal haya convertido en normas jurídicas las diversas creencias “populares” de castigo que desconocen no solo los métodos de lucha jurídica contra el fenómeno del delito, sino también los diferentes derechos humanos y fundamentales que sin lugar a dudas son y constituyen el fundamento de nuestro reconocido modelo de “Estado de Derecho”, lo que lleva a afirmar que en Colombia la actual Política Criminal jurídica en materia de delitos sexuales con menores de 14 años es una política de un “Estado de No Derecho”, es decir, de un Estado que “criminaliza primariamente” con base en el denominado sentir social o “Populista” (Bottoms, 1995).

Este paradigma “Populista y Punitivista” de fundamentación político criminal que según Peres (2009) se relaciona con “el pensamiento general de la sociedad encaminado a señalar que el claro incremento y la imposición de fuertes penas conllevarían a una reducción de las tasas de delito”, ha sido alimentado por largo tiempo no solo por razones electorales, entre las que se destacan las lideradas por la extinta Senadora Gilma Jiménez (QEPD), sino también por funcionarios públicos de diversos niveles y medios de comunicación de masas (Mass-Media), los cuales en ocasiones han obrado prevalentemente como consecuencia de las ideas de una sociedad fragmentada frente al tema y carente de consenso, siendo sin duda la dinámica en dirección legisladores-pueblo (Torres, 2010) la que ha primado en la formulación e implementación de las medidas Política Criminal para hacer frente a los delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia, materia jurídica que ha sido invadida no solo por los imaginarios populares de castigo, sino también por la visibilidad mediática, siendo un claro ejemplo de ello las diferentes y muy repetidas iniciativas de imposición de hasta la condena de prisión perpetua como forma de sanción penal presentes en los últimos años, mismas que han conformado el claro núcleo central de muchas propuestas políticas y que previsiblemente han fracasado en gran medida por su incorrecta fundamentación jurídica.

Bajo la mencionada premisa de máxima pena posible para el delincuente sexual de menores, en Colombia se profundiza en una Política Criminal de mera acción punitiva que desconoce la real finalidad del Estado intervencionista el cual debe actuar primero preventivamente y, en postulado de Borja (2001), “como agente” en la misma raíz de la problemática social de abuso sexual de menores de 14 años, de ahí que el Estado internamente simplemente se haya limitado a “esperar” a que el delincuente sexual ataque a la niñez para imponer retributivamente la cada vez más gravosa pena, sin entrar a accionar todas sus políticas sociales desde el “antes” de que el delito se manifieste, máxime cuando es de su conocimiento ciertos “estados peligrosos” de los victimarios (bases biológicas, factores sociales, reincidencia, victimización previa, etc.) (Sánchez, 2000) que tienden fácilmente a proyectarse en conductas de agresión sexual, situación que lleva a entender que las medidas político criminales en Colombia no tienden a la prevención del abuso sexual de menores, a la lucha del delito desde el antes de su ocurrencia, al combate del abuso sexual como un fenómeno real que esta antes de ser jurídico es social, sino solo a su sanción posterior cuando los bienes jurídicos de una población tan sensible como la de la niñez ya han sido vulnerados.

Así mismo, la Política Criminal colombiana en fase primaria sobre delitos sexuales con menores de 14 años desconoce abiertamente su subordinación a la Constitución Política (Ferreya, 2016), toda vez que su diseño y formulación actual no se fundamenta en el catálogo de intereses predeterminado superiormente, sino en el conjunto de las ya mencionadas creencias de castigo sociales y populistas que se distancian del respeto a los derechos humanos y fundamentales otorgados por la Carta al delincuente sexual, alejándose a su vez de los límites a la coerción penal que tal concepción implica, lo que supone al final que en Colombia y en términos de Vera (2012), no operen los postulados supremos de un lado, como pilares sobre los cuales se apoya la construcción político criminal y de otro, como límites muy garantísticos de selección dogmática-penal de la estrategia de lucha contra la criminalidad, omitiéndose que estos son principios guías generalísimos e idóneos para establecer programas político criminales enmarcados en el modelo de un Estado Constitucional de Derecho, a lo que se suma en interpretación hecha a Zúñiga (2001), que nuestra Política Criminal sobre la materia analizada ignora a todas luces que la Constitución Política expedida en el año de 1991 como norma de normas, constituye el primer y más importante y supremo valor de referencia para su adecuada fundamentación jurídica.

La anterior situación se suma a que en Colombia se tiene una Política Criminal sobre la materia sin objetivos claros, situación que se ve reflejada en el hecho de que a partir de la entrada en vigor del nuevo modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho, han sido en total diez (10) las leyes penales que regulan aspectos sustantivos y/o procedimentales relacionados con los delitos sexuales con menores de 14 años, política normativa que presenta claras y marcadas diferencias sobre todo en lo que concierne a su fundamentación epistemológica que está desorientada pero sobre todo desarticulada jurídicamente, toda vez que como se pudo establecer estadísticamente en capítulos precedentes, el 60% (06 normas penales de 10) de la Política Criminal pasada o actual en materia de delitos sexuales con menores de 14 años se fundamenta o se ha fundamentado en el paradigma “Populista Punitivista” y solo el 40% (04 normas penales de 10) restante lo ha hecho o lo hace en el “Penal Constitucional”, situación que refleja no solo que la tendencia apunte a que el incremento de los tipos y/o de las penas o al endurecimiento de los procedimientos sea la constante, sino también a la notoria ausencia de una línea legislativa que responda eficazmente a un conjunto de objetivos sistémicos que guíen las estrategias penales para hacer frente a la criminalidad.

#### **4.2.3 Valoración *Intra* o de la “Criminalización Secundaria”**

Sobre el “medio camino” (Merino, 2010) entre la tipificación del delito y de la pena y el momento de la eventual declaratoria de responsabilidad penal e imposición de la sanción, o en términos de Bustos y Hormazabal (2004), en el proceso de “criminalización secundaria” nacional sobre delitos sexuales con menores de 14 años, es de señalarse que la política penal procedimental se fundamenta claramente en el paradigma “Populista Punitivo”, toda vez que se apela, por un lado, al cada vez más recurrente endurecimiento o eliminación de los beneficios y mecanismos sustitutivos de la pena, y por el otro, a la imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad por parte de los Jueces con Función de Control de Garantías del Sistema Penal con tendencia Acusatoria nacional como “casi” una regla general y no excepcional cuando se tenga en frente a un procesado que está siendo juzgado por delitos sexuales con menores, circunstancias objetivas que se alejan ampliamente de las garantías constitucionales que engloban el llamado derecho a la libertad y el debido proceso, y que a su vez producen un amplio represamiento procesal y carcelario que desdibujan la naturaleza y finalidades de los rituales procesales en el marco de un Estado Constitucional de Derecho.

Sin tener en cuenta la importancia que tiene la libertad en un proceso penal adelantado en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, la Política Criminal en Colombia sobre delitos sexuales con menores de 14 años desconoce tan importante principio fundamental al privilegiar la detención preventiva, toda vez que no obstante ser esta medida cautelar, según Huertas *et al.*, (2007), de carácter “provisional, motivada y excepcional”, los Jueces penales con función de control de garantías en el país la han venido aplicando en la mayoría de las veces cuando tienen en frente a un presunto abusador sexual de menores, limitando su actuación jurídica en términos de Hernández (2013), al simple análisis de los requisitos legales formales establecidos en el Código de Procedimiento Penal, cuya interpretación resulta muy flexibilizada en aras de obtener un objetivo, en exceso represivo, que genera tranquilidad mediática a la comunidad la cual vislumbra cierta “impunidad” cuando el procesado no es efectivamente privado de la libertad (provisionalmente), a pesar de que la decisión de responsabilidad penal solo se cristaliza en la sentencia de fondo que emite el Juez Penal de Conocimiento y que es susceptible siempre de la interposición del recurso ordinario de apelación y extraordinario de casación.

En el mismo sentido y tal como se puede desprender de Solaz (2014), en la estructura de nuestro actual sistema procesal penal se generan frecuentes tensiones a la hora de respetar las garantías fundamentales de los imputados y acusados, toda vez que los juzgadores ya sea en su etapa preliminar o de fondo, siempre se ven ampliamente influenciados por las presiones populares, periodísticas, políticas e incluso disciplinarias que genera tener en frente a un presunto abusador sexual de menores de 14 años, en el entendido que muchas veces la naturaleza de los delitos juzgados, la forma de ejecución, las características de sus autores y peculiaridades propias del sujeto pasivo o víctimas de estos delitos generan especial sensibilidad social que desemboca en la aplicación de las medidas procedimentales mediáticas lo más restrictivas posibles, siendo suficiente en ocasiones la sola declaración inculpativa de la víctima, enervándose el derecho a la presunción de inocencia del acusado y el correcto valor probatorio que debe dársele al material reunido en la fase de investigación, imputación o juicio, lo cual e interpretando a García-Pablos de Molina (1996), representa la idea de una “criminalización secundaria” con muy altos “costes” sobre la garantía de los derechos fundamentales y procesales de los acusados.

#### **4.2.4 Valoración *Ex Post* o de la “Criminalización Terciaria”**

En relación con el “final del camino” (Merino, 2010), inicialmente es de indicarse que el aumentar progresivamente las sanciones penales incluso hasta la perpetuidad para los delincuentes sexuales con menores de 14 años en Colombia sin lugar a dudas refleja una fundamentación “Populista Punitivista” que se aleja de los postulados propios de la “criminalización terciaria” en el marco de un Estado Social de Derecho, toda vez que interpretando a Borja (2001), la pena frente a la temática examinada no es concebida internamente como uno más de los instrumentos de la política social encaminada a la prevención de los delitos para lograr así un mayor bienestar de la ciudadanía, sino como una “mera retribución” del hecho por el mal causado o una simple prevención general a través de la intimidación que supone para la ciudadanía la existencia y aplicación de cada vez más gravosas y largas penas, olvidándose totalmente que el Estado está en el deber de reintegrar al individuo a la sociedad, de ahí que desde la propia Constitución del 1991 se ponga gran énfasis en la prevención especial a través de la resocialización del sujeto como mecanismo que justifica la propia existencia de la pena, limitando a su vez la sanción privativa de la libertad en relación con su función.

Aunado a lo anterior, es de recordarse que en vigencia de la Ley 1709 de 2014 que adicionó al Código Penitenciario y Carcelario el artículo 103 A sobre el “Derecho a la Redención”, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Corte Suprema de Justicia, Proceso 80488, 2015) adoptó una nueva postura en cuanto a la redención de pena, ya que declaró que esta dejó de ser un “beneficio administrativo” limitado por el legislador para ser un “derecho” reconocido por la Ley, reconocimiento que guarda plena armonía con la Carta Política de 1991, en virtud de la cual, Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto por la dignidad humana, que tiene como fin proteger a todos sus habitantes y mantener el orden social justo, circunstancia que lleva a suponer que las medidas de Política Criminal en los delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia debe encaminarse no solo a repeler las conductas que atenten gravemente contra los diferentes bienes jurídicos protegidos a través del establecimiento del delito (criminalización primaria) y las consecuentes sanciones penales (criminalización secundaria), sino que también tiene la obligación de “garantizar la resocialización del abusador sexual, la cual se concreta al momento de la ejecución de la sanción penal” (criminalización terciaria) (Corte Constitucional de Colombia, T-718, 2015).



Y es precisamente en relación con este último aspecto, donde resulta pertinente advertir que las evidentes fallas del Sistema Penitenciario y Carcelario colombiano impiden la efectiva materialización de la garantía constitucional terciaria de reforma y readaptación social del condenado, así como de su “Derecho a la Redención” reconocido jurisprudencialmente por la CSJ en los términos ya señalados a todos los condenados penalmente, entre los que se incluyen claro está, los sancionados por delitos sexuales con menores de 14 años, circunstancia jurídica que se torna a todas luces contraria a los postulados del modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho nacional, toda vez que se lleva a entender e interpretar que se utilizan las cada vez más elevadas, severas y populistas penas fijadas para los delincuentes sexuales como un simple instrumento de intimidación sin función social efectiva (Jaén, 1998), lo cual, en términos de la Corte Constitucional, supone la trasgresión del principio y derecho a su vez de la dignidad humana y, por contera, el deber del Estado de “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” consagrado de forma categórica y clara en el artículo 2º superior (Corte Constitucional de Colombia, T-718, 2015).

Por último es importante señalar que tal como se puede desprender teóricamente de González *et al.*, (2004), los diferentes convictos por delitos sexuales son “típicamente encarcelados pero no efectivamente rehabilitados”, situación que se refleja en la etapa de “criminalización terciaria” del sistema judicial nacional, ya que tal como se deriva de Duque y otros (2013), el régimen penitenciario y carcelario de Colombia no incorpora provisiones específicas en cuanto a los criterios de clasificación de los penados a partir de la naturaleza de resocialización necesaria para determinados tipos penales como los sexuales, por lo que en consecuencia e interpretando una vez más a Rodríguez (2014), los condenados por delitos sexuales específicos con menores de 14 años en Colombia “son destinados *a priori* a cualquier establecimiento penitenciario y/o incluso carcelario” y, dentro de ellos, a cualquier patio, lugar o sector que lo compongan, no obstante, a que especialmente para los reclusos ingresados por delitos contra la libertad sexual sobre menores existen razones de “venganza” *intra* mural por parte de otros internos que justifican la adopción de traslados a secciones concretas incluso aisladas para asegurar la completa salvaguarda y respeto de entereza física y de sus derechos fundamentales limitados pero no desconocidos por el Estado (Duque *et al.*, 2013).

#### **4.2.5 Resultado: Paradigma de Fundamentación Inadecuado y Necesidad de un Cambio Paradigmático**

La sumatoria integral de los diferentes aspectos jurídicos que componen el anterior diagnóstico lleva a comprobar la hipótesis principal planteada, en el sentido de poder afirmar que la fundamentación jurídica y teórica que soporta la formulación e implementación de la actual Política Criminal en Colombia para hacer frente a los delitos sexuales con menores de 14 años, misma que se materializa en Política Penal sustantiva y procedimental que se cimienta mayoritariamente bajo el paradigma epistemológico “Populista Punitivista”, se distancia ampliamente no solo del artículo 1º de la Constitución Política de 1991 en el entendido de haberse logrado establecer teóricamente que la lucha jurídica vigente contra el fenómeno social de abuso sexual de menores no se hace bajo el respeto íntegro de los valores, principios constitucionales y derechos fundamentales que conllevan el modelo de “Estado Social de Derecho” allí consagrado, sino también y consecuentemente, del artículo 4º *ibidem*, toda vez que la legislación penal positiva al no articularse con la unidad y coherencia que le imprimen los valores, principios y reglas establecidas en la Constitución, desconoce a su vez el estricto orden jurídico de nuestra sociedad política la cual se fundamenta a partir de la supremacía constitucional.

Así las cosas y como propuesta académica para lograr su plena articulación con el modelo de Estado vigente y por ende con el principio de supremacía constitucional, se hace más que necesario un cambio en el paradigma de la fundamentación jurídica de la Política Criminal específica examinada, canje paradigmático que interpretando a Daza (2014), conlleva la construcción de una lucha jurídico penal contra el abuso sexual de menores a partir de los fines del Estado Social y Constitucional de Derecho, así como del conjunto de principios y valores que la integran, en consonancia con los principios que dan cuerpo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las dogmáticas jurídico penales, las cuales al decidir tipificar y sancionar el delito, deben proteger y respetar siempre y de manera especial no solo los derechos fundamentales de una parte ampliamente vulnerable de nuestra sociedad como lo es la niñez, sino también la dignidad y los derechos humanos así como las garantías procesales propias de todos los investigados, juzgados y condenados, adecuación que llevará no solo a la consolidación del modelo de Estado, sino también a la necesaria actualización de la política pública criminal, emergiendo el paradigma “Penal Constitucional” como el marco teórico de referencia jurídica para la adecuada fundamentación de la Política Criminal evaluada.

### **4.3 Proposición Teórica de un Paradigma Emergente “Penal y Constitucional” de Fundamentación para la Política Criminal Jurídica sobre Delitos Sexuales con Menores de 14 Años en Colombia**

Tal como se pudo concluir en capítulos preliminares, contemporáneamente y pese a la multiplicidad de definiciones, no existe hasta ahora claridad conceptual respecto de lo que puede entenderse por Política Criminal, pero sí e interpretando a Silva (1997), que la política pública nacional en materia de delitos sexuales con menores de 14 años se refleja en la política penal y ésta, a su vez, se aleja de la forma y fines del modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho vigente desde el año 1991, de lo que se desprende como esencial, y no tan sólo como potencial, que la Política Criminal interna sobre la materia no debe basarse sólo en criterios de “eficacia” (Ferrajoli, 1996) sino que debe considerar primordialmente los valores, principios constitucionales y derechos fundamentales superiormente consagrados, lo que teóricamente lleva a emerger que, tal como se señaló, epistemológicamente hay que ubicar el tema de su fundamentación jurídica dentro de las teorías que se relacionan con los límites al poder punitivo del Estado, destacándose una vez más que no existe una lista taxativa universal de los mismos, sino que estos emanan del catálogo de derechos y garantías constitucionales que cada Estado democráticamente constituido como el nacional ha consagrado para hacer frente al fenómeno criminal.

Y es que precisamente con la llegada de la Constitución Política de 1991 y el amplio desarrollo jurisprudencial efectuado por la Corte Constitucional, es que a nivel interno se hace necesario cambiar el paradigma populista y punitivista que fundamenta en prevalencia el diseño de la Política Criminal interna en materia de delitos sexuales con menores de 14 años, para que reine el de la supremacía íntegra de la Constitución, de los derechos fundamentales, de los principios y valores, del poder de la jurisdicción constitucional y por ende el del Estado Social de Derecho, mismo que debe gobernar toda construcción normativa al respecto y que a su vez debe estar articulado desde el conocimiento dogmático del Derecho Penal para que su efectividad sea coherente y congruente con la realidad jurídica, constituyéndose de esta forma, en un ejercicio racional y sistémico, basado en el respeto irrestricto de la dignidad humana y los derechos fundamentales, así como en la minimización de la intervención punitiva, misma

que en caso de aplicación debe tener en cuenta los principios político-criminales limitadores del *ius puniendi* subjetivo estatal, toda vez que tal como se señaló, esas decisiones políticas deben encuadrarse en unas directrices que vienen impuestas por el ordenamiento jurídico superior y que son vinculantes para todos los poderes públicos, cualquiera que sea el criterio que se considere más conveniente para el control de la porción de criminalidad estudiada.

#### **4.3.1 Necesidad y Estándares Mínimos de una “Política Criminal Constitucional”**

Como se pudo identificar teóricamente, en el marco del modelo de Estado colombiano, al Derecho Penal le corresponde en *ultima ratio* tanto la protección de los bienes jurídicos de la niñez nacional -vida, integridad, libertad sexual- sancionando su lesión en determinadas circunstancias, como la necesidad de asegurar el cumplimiento de las prestaciones públicas de las que depende dicha población en el horizonte de la asistencia social por parte del Estado, siendo precisamente la Política Criminal, como disciplina propia del derecho de penas, la que le corresponde ofrecer el conjunto de respuestas jurídicas para hacerle frente de manera eficaz y oportuna a la reprochable conducta de abuso sexual de menores de 14 años existente en nuestra población, recordándose que esta política no constituye la única respuesta estatal al fenómeno criminal, toda vez que siempre se deben privilegiar las medidas de carácter económico, pedagógico, social o incluso cultural, pero que si se decide optar por la respuesta represiva, esta debe anclarse transversalmente en la Constitución Política y en el deber respeto de los principios constitucionales sustantivos y procesales del Derecho Penal, no solo en el momento de definición legislativa de los delitos y las penas, sino también en la actuación judicial que determina la responsabilidad penal y en la consecuente ejecución penal penitenciaria resocializadora.

Lo anterior en un lenguaje Político-Criminal representa o significa siempre que la expedición de la normatividad penal tanto sustantiva como procedimental para hacer frente al fenómeno social de abuso sexual de menores de 14 años y dado su carácter de normas jurídicas, debe respetar la Constitución Política de 1991 junto con el modelo de Estado y el ordenamiento jurídico allí consignado, resultando en materia de penas este imperativo todavía más claro y categórico sobre otros ámbitos de las políticas públicas nacionales, toda vez que se trata de una clara esfera del orden normativo en el que los

derechos humanos y garantías fundamentales se encuentran particularmente implicadas, ya sea desde el punto de vista de la sociedad en general, o desde el victimario o la víctima en particular, haciendo igualmente emergente, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia constante de la Corte Constitucional examinada (Corte Constitucional de Colombia, C-038, 1995), la estrecha relación entre “la Constitución Política y la Política Criminal”, que parte de la idea de la “*constitucionalización*” de aspectos medulares del Derecho Penal, entre los que se incluye, claro está, las estrategias de Estado para hacer frente a los distintos fenómenos criminales, como el que en esta oportunidad se examina ampliamente.

De esta manera, la Política Criminal en materia de delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia debe concebirse dentro de los límites materiales que señala la Constitución, toda vez que a nivel nacional opera una verdadera “constitucionalización” de la Política Criminal, o en otros términos, existe una “Política Criminal Constitucional” como nueva categoría jurídica a aplicar y desarrollar internamente, pudiéndose tomar los lineamientos generales para una Política Criminal desarrollados en el año 2012 por la Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado colombiano como base y marco teórico y epistemológico concreto que configura un concepto inicial pero ya permanente de lo que puede entenderse por este nuevo paradigma de políticas públicas en lo criminal a nivel interno, ya que los mismos delimitan las características sustantivas que, en términos de la misma Comisión (2012), “deberá tener la Política Criminal general del Estado colombiano” y que en interpretación propia, responde siempre a un concepto jurídicamente apropiado y ampliado de “Política Criminal Constitucional” para ir más allá del conocimiento existente y lograr poder aplicarlos a la Política Criminal que hoy se estudia, logrando armonizar de forma más que elemental “los conceptos dogmáticos penales de Política Criminal con las características propias del Estado Social y Constitucional de Derecho interno” (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012).

Es de advertir que este emergente marco teórico y epistemológico de Política Criminal se originó en el año 1991 con la promulgación de la vigente Carta superior, mismo que se teorizó en el año 2012 con los mencionados lineamientos generales de Política Criminal (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012) y se reconoció por la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-762 de 2015, mediante la cual se declara el “estado de cosas inconstitucional en el Sistema Penitenciario y Carcelario colombiano” la

cual igualmente fija para el Derecho colombiano el “*estándar constitucional mínimo que debe cumplir una Política Criminal respetuosa de los derechos humanos*”, con la idea de que el cambio de perspectiva que requiere la Política Criminal de Colombia para lograr mínimos de estabilidad y coherencia se extienda a todas y cada una de las diferentes áreas político criminales específicas, pretendiendo en términos de Silva (2009) configurar un “marco de lo elemental para la intervención punitiva del Estado el cual este basado en la parte dogmática de la Constitución”, estableciéndose los siguientes principios:

- a)- La Política Criminal debe tener un carácter preventivo. Uso del derecho penal como *última ratio*;
- b)- La Política Criminal debe respetar el principio de la libertad personal, de forma estricta y reforzada;
- c)- La Política Criminal debe buscar como fin primordial la efectiva resocialización de los condenados;
- d)- Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad deben ser excepcionales;
- e)- La Política Criminal debe ser coherente;
- f)- La Política Criminal debe estar sustentada en elementos empíricos;
- g)- La Política Criminal debe ser sostenible. Medición de costos en derechos económicos; y
- h)- La Política Criminal debe proteger los derechos humanos” (Corte Constitucional de Colombia, T-762, 2015).

Así las cosas, no pueden ser otros los únicos fundamentos jurídicos de la Política Criminal en materia de delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia, sino los mencionados estándares constitucionales mínimos, mismos que para todos los efectos del presente documento, no se trabajan como una lista *in extenso*, sino que se adecuan,

amplían y ubican sistemáticamente en cada una de las tres formas de criminalización que se han venido trabajando, dejando en claro que no obstante la importancia y supremacía dada hasta el momento al Estado Constitucional de Derecho, la configuración de una “Política Criminal Constitucional” no implica siempre prioridad de la argumentación constitucional sobre la penal, pues el legislador ordinario puede preferentemente echar mano de esta última si concluye que las circunstancias específicas requieren dar mayor peso y aplicación a la dogmática de penas, tratándose entonces de una relación de preferencia constitucional “armónica” y no abstracta o absoluta, pues sí la Política Criminal como disciplina se genera en los parámetros del Estado Constitucional, resulta obvio que la justificación de su instrumentación debe ser en los términos dogmáticos establecidos por el Derecho Penal, ya que su contrario sería pensar que la Carta contiene todas las respuestas exigidas para la implementación de la Política Criminal estudiada, cuando resulta a todas luces jurídicas que no es así.

### 4.3.2 Fundamentación en la “Criminalización Primaria”

- **Fundamento de Prevención Social y *Ultima Ratio* Penal**

La formulación de la Política Criminal en materia de delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia debe tener como primer y principal fundamento el de la “prevención social” por encima de la “represión penal”, toda vez que tal como afirmaba Beccaria (1983) “es mejor prevenir los delitos que punirlos”, prevención que el marco del Estado Social de Derecho colombiano consagrado en el artículo 1º superior implica inicialmente, reconocer que el abuso sexual de menores por encima de ser un problema penal, es una problemática social, que inicialmente debe ser combatido en su escenario natural, es decir en lo social propiamente dicho y no en lo judicial a través de los estrados penales, tarea de prevención que interpretando a García-Pablos de Molina (1996) significa *intervenir* en la etiología del problema del abuso sexual, neutralizando sus *raíces* y adecuando sistémicamente todo el catálogo de políticas públicas sociales del Estado (educativas, económicas, sanitarias, culturales, etc) que conduzcan en interpretación a Borja (2001), a que el Estado “actúe socialmente” y no se limite simplemente a “esperar” a que el abuso sexual de un menor ocurra para ahí si proceder penalmente, es decir, debe abandonar la idea del “Estado Penal” (Peres, 2009) y ejercer el de “Estado Social de Derecho”, protegiendo a la infancia “antes” de que el abuso se manifieste.

Una vez agotado razonadamente todo el abanico de políticas públicas sociales, el Estado colombiano queda facultado para optar en el *ultima ratio* por la Política Criminal como estrategia para hacer frente al fenómeno del abuso sexual de menores de 14 años, decisiones jurídico penales que deben adoptarse en concordancia y pleno respeto del Estado Constitucional de Derecho consagrado en el artículo 4º superior y reconocido ampliamente por la jurisprudencia constitucional (Corte Constitucional de Colombia, SU-747, 1998), lo que implica, primero, que el Estado ejerza de forma efectiva la tutela, protección y garantía de los derechos fundamentales consagrados tanto a los menores víctimas como a los presuntos y declarados victimarios, y segundo, que los principios valorativos que rigen los fundamentos político-criminales deben ingresar al sistema penal anclados siempre en los postulados que irradian de la Constitución Política de 1991, los cuales operan, de un lado, como bases y pilares sobre los cuales descansa y se apoya la construcción jurídico-criminal, y de otro en concordancia con Bustos y Hormazabal (2004), como “límites normativos formales y materiales” de selección de la política penal de lucha efectiva contra la criminalidad, tratándose en todo caso de principios guías generalísimos e idóneos de fundamentación jurídica.

▪ **Fundamento de Estudios Previos y Elementos Empíricos**

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que uno de los puntos álgidos y problemáticos de la Política Criminal en Colombia es la ausencia de fundamentación empírica (Corte Constitucional de Colombia, T-762, 2015), situación que igualmente afecta lo tocante con los delitos sexuales con menores de 14 años, toda vez que la falta de información confiable hace casi imposible diagnosticar certeramente cuál es el estado y caracterización real del fenómeno social de abuso sexual de menores a nivel interno, situación que indudablemente repercute en la formulación de políticas públicas jurídico penales sobre la materia, toda vez que interpretando lo dicho por Zúñiga (2001), siendo la Política Criminal una “disciplina valorativa, fundamentada en el fin de la prevención de la criminalidad”, sus funciones son todas aquellas que van a coadyuvar a lograr esa finalidad general: comprender el fenómeno criminal y prevenirlo, por lo que utilizando los métodos inductivo y deductivo y teniendo en cuenta conocimientos de las ciencias del ser y del deber ser, la fracción de Política Criminal colombiana estudiada de manera preliminar y ayudada por los conocimientos de la criminología, debe realizar un estudio científico del fenómeno social de abuso sexual de menores que intenta prevenir, toda vez que como es lógico, para luchar contra un fenómeno, primero es necesario conocerlo.



En claro criterio de Borja (2003), la presencia de conocimientos sólidos sobre el fenómeno social de abuso sexual de menores de 14 años permite “construir de mejor forma la política penal para combatirlo”, toda vez que según Zúñiga (2001), la eficacia de los instrumentos de prevención a formular “están condicionados por la forma de entender el delito en el marco de un contexto social específico” como lo es el colombiano, por lo que siempre los responsables de su formulación deben informarse y por ende educarse ampliamente sobre la temática para luego tener la plena capacidad de valorarla adecuadamente, sin descartar, en términos de Luzón (2012), que para llevar a cabo las propuestas de reforma político criminales vigentes, se puede igualmente acudir a criterios “técnicos que proporcione la dogmática, a principios jurídicos o políticos, a conocimientos empíricos de las ciencias sociales, etc.”, pero cuando se refiere al empleo de razones ideológicas-valorativas (ya que la Política Criminal es precisamente política, no neutra), se debe apelar siempre primero a la configuración constitucional, sin descartar que el empleo de conocimientos y métodos empíricos (provenientes, por ejemplo, de las ciencias sociales, la psicología, criminología, etc.) son imprescindibles.

- **Fundamento de Formulación Coherente y Consistente**

En planteamientos generales de la Comisión Asesora de Política Criminal (2012), para que la política pública en materia de delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia sea coherente, estable y consistente, las entidades estatales encargadas de su formulación y en especial al Poder Legislativo (*ius puniendi*) (Corte Constitucional de Colombia, C-873, 2003), deben “crear mecanismos de coordinación y colaboración armónica dirigiendo todas sus acciones y medidas hacia la consecución del objetivo común”, que no debe ser otro que la protección de los derechos de los menores a través de la prevención de su abuso sexual, propósito que en palabras de Zúñiga (2001) deberá ser alcanzado por medio de la “ejecución de una adecuada ruta de diseño metodológico”, misma que en concepto de Jones (1970) debe iniciar necesariamente con “los resultados de la profunda identificación, diagnóstico y caracterización hecha preliminarmente” en nuestro contexto al fenómeno social de abuso de menores (Gudiño, 1998), para luego poder así inscribir con criterios sólidos dicha problemática en la agenda del sistema político criminal (agenda setting) nacional, lo cual permitirá de una forma coherente y en interpretación a Jones (1970) “formular una o varias alternativas normativas de respuesta político criminal (policy formulation) ajustadas y respetuosas del modelo de Estado”.

Este fundamento igualmente comprende en términos de Binder (1997), que las medidas de Política Criminal a formular “sean establecidas con criterios básicos y pautas de organización concreta”, debiéndose alejar en todo momento de valoraciones u opiniones de cualquier otra índole (populares, electorales, periodísticas, etc) que lleven a desviar los lineamientos y objetivos guía, para lo cual se debe pensar siempre desde el modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho, ya que este no es una condición “accidental”, sino un punto de partida epistemológico, toda vez que más allá de que se desarrolle o no de manera efectiva en la realidad, dicho paradigma debe direccionar el modo como internamente se hace frente a los delitos sexuales con menores de 14 años y que en interpretación a Zaffaroni (1980), permite “consolidar” no solo una política pública coherente y racional en lo criminal que considere siempre al “ser humano” como el destinatario final de sus medidas, sino también “el fortalecer” nuestro sistema jurídico democráticamente constituido como “el instrumento humano más importante y racional que ha escogido nuestra sociedad política para ordenar la vida de todos los ciudadanos” (*Ibídem*) colombianos y que permite garantizar el pleno disfrute de nuestros derechos humanos y fundamentales.

▪ **Fundamento de Decisión Democrática y Sostenibilidad Económica**

Una vez identificado y caracterizado plenamente el problema social de abuso sexual de menores de 14 años en Colombia y formuladas siempre de manera coherente y consistente las medidas político criminales a seguir, en interpretación a Roth (2002), continúa que el poder legislativo nacional, como parte de la expresión operativa del principio democrático nacional, “examine la o las soluciones existentes y decida cuál es la mejor para su futura implementación”, elección que según Borja (2001) implica que el Estado no puede tipificar y sancionar como delito el abuso sexual de menores bajo “criterios morales, políticos, culturales o simplemente populares”, pues si la pena es el instrumento represivo, la política penal sobre la materia debe estar legitimada pero sobre todo fundamentada en todo momento sobre los principios político criminales que se proclamaron en la Carta Política de 1991, los cuales son el resultado de un pensamiento democrático e ilustrado el cual exige que los representantes políticamente elegidos sean los primeros llamados a proteger y respetar el modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho decidido por todo el pueblo en el año 1991, toda vez que el mandato liberal conferido exige pleno respeto y garantía de las características y límites del modelo político de convivencia constitucionalmente decidido por las mayorías legítimas.

Así mismo, la implementación de las medidas político criminales decididas por el legislador como estrategias para hacer frente a los delitos sexuales con menores de 14 años deben incorporarse a la política penal nacional de tal manera que su práctica real sea llevadera económicamente en el tiempo, en el entendido que las estrategias de prevención decididas deben estar proyectadas para su sostenibilidad en el marco de un posible margen de “recursos económicos” (Zúñiga, 2001), de ahí, que la fase primaria de dicha política debe ser especialmente sensible a la limitada capacidad económica del Estado colombiano, por lo que las estrategias político criminales deben estar plenamente coordinadas de manera previa y general con el principio de supremacía de sostenibilidad fiscal como criterio orientador para el reconocimiento de los derechos sociales y el sistema económico nacional y de forma específica con lo que el ente esté dispuesto a invertir, sin descartar los diferentes impactos colaterales o subsidiarios negativos que su implementación pueda generar en cualquier otro sistema público relacionado con la temática criminal de delitos sexuales con menores, como lo podría ser el judicial, el carcelario, el penitenciario, el sanitario, etc..

### 4.3.3 Fundamentación en la “Criminalización Secundaria”

- **Fundamento de Respeto al Debido Proceso y las Garantías Elementales**

Todos los procesos de criminalización secundaria o en términos de Bustos y Hormazabal (2004), de “definición del delincuente” (*ius persequendi*) por abuso sexual de un menor de 14 años que se adelanten en Colombia y que en esta etapa corresponden al Poder Judicial, deben tener en cuenta los límites normativos materiales que dicha facultad conlleva y que se relaciona con el pleno respeto del Debido Proceso, garantías individuales que se pueden sintetizar según los mismos autores, bajo los siguientes principios: “a)- No hay culpa sin juicio (principio de publicidad, oralidad, contradicción y sin dilaciones indebidas); b)- No hay juicio sin acusación (principio de acusación formal); c)- No hay acusación sin prueba (principio de presunción de inocencia); y d)- No hay prueba sin defensa (derecho a la defensa)”, mismos que en interpretación jurisprudencial (Corte Constitucional de Colombia, C-344, 1995), tienden a “asegurar una administración de justicia eficiente y respetuosa de las pautas de la ley y la Constitución, permitiendo de esta manera sancionar al culpable y absolver al inocente sin sacrificar injustamente las garantías jurídicas elementales de las partes e intervinientes”.

Así mismo, en el marco del sistema jurídico constitucional nacional todos los procesos penales que se adelanta por delitos sexuales con menores de 14 años deben iniciarse reconociendo y protegiendo tanto la presunción de inocencia como el derecho fundamental a la libertad del procesado, toda vez que interpretando a Ortiz (2006), el paradigma emergente favorece “el dogma de la supremacía de la Constitución que consagra dichos derechos como reglas generales y para nada excepcionales”, buscando principalmente en idea de Bilbao *et al.* (2014), que el Estado adelante “sus rituales procesales bajo el respeto de los parámetros más que elementales de una Constitución Política contentiva de los principios más básicos de la Democracia Liberal” como la colombiana, en la que la inocencia y la libertad deben salvaguardarse hasta el último momento, fundamentalmente, limitando la acción del poder de los Jueces sobre los derechos del procesado al no permitirles actuar arbitrariamente, sino de conformidad con los parámetros que el Estado Constitucional de Derecho le impone, mismo paradigma que solo por excepción lo faculta para limitar los derechos fundamentales del procesado e imponer medidas cautelares y penas restrictivas solo con fines de orden preventivos o resocializadores motivados y proporcionados.

- **Fundamento de Excepcionalidad de Medidas Cautelares**

En concordancia con lo ya expuesto sobre el respeto reforzado al principio de la libertad personal en el marco del Estado Social y Constitucional de Derecho nacional cuando se adelanten causas penales por delitos sexuales con menores de 14 años, es necesario señalar empleando términos jurisprudenciales (Corte Constitucional de Colombia, T-762, 2015), que en dichos juzgamientos criminales la medida cautelar de detención preventiva debe ser siempre de carácter “excepcional”, toda vez que, y no obstante los evidentes avances normativos garantísticos sobre la materia (Senado de la República, 2014), este claro instrumento de protección a la víctima, a la comunidad y al proceso judicial no puede seguir siendo una herramienta de investigación o de sanción anticipada para las personas sindicadas por abuso sexual de menores en Colombia, ya que su imposición por los jueces debe ajustarse siempre a los fines constitucionales y legales previamente determinados, debiendo tener igualmente presente los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que se relacionan con las causales de detención preventiva, los cuales avalan su imposición pero dentro de los “criterios de razonabilidad y proporcionalidad que garantizan la libertad personal como derecho fundamental en nuestro sistema constitucional” (Corte Constitucional de Colombia, C-327, 1997).

Complementando lo dicho y tomando una vez más criterios jurisprudenciales, (Corte Constitucional de Colombia, T-762, 2015), los Jueces penales con función de control de garantías o el competente para el mismo efecto, al momento de resolver una solicitud de imposición de medida de aseguramiento de privación de la libertad para un procesado por delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia deben siempre fundamentar su decisión cualquiera que sea privilegiando el “dogma de supremacía constitucional” que establece nuestro vigente modelo de Estado sobre el normativo legal que en la mayoría de los casos endurece el procedimiento instaurando más y mayores restricciones al principio *pro-libertate* y menores facultades discrecionales al funcionario judicial, necesario cambio de paradigma que también debe cobijar a los Fiscales, los cuales deben argumentar sus solicitudes de medidas cautelares restrictivas de la libertad siempre primero sobre la base constitucional, la cual postula y privilegia el principio de excepcionalidad de la restricción de la libertad para el imputado y no sobre pretensiones sociales o mediáticas que como se ha dicho, desdibujan la naturaleza y fin de la medida cautelar, del sistema procesal penal y por ende del modelo de Estado.

#### **4.3.4 Fundamentación en la “Criminalización Terciaria”**

- **Fundamento de la Finalidad Jurídica de la Pena de Prisión**

Si una vez agotados todos los procedimientos legales se llega a determinar la responsabilidad jurídica del acusado por comisión delito sexual con menor de 14 años y por ende se hace necesaria la imposición de una consecuente pena, está última en interpretación a Falcón (2005) y en el marco del modelo de Estado Social de Derecho vigente, debe llevar, más allá de una simple función de retribución del hecho por el mal causado y de prevención general a través de la hipotética intimidación que supone para la ciudadanía la existencia y aplicación de penas cada vez más gravosas, una verdadera función de prevención especial, de lucha contra el abuso sexual de menores, de combate de este delito como fenómeno real existente para de este manera cumplir los objetivos de formulación trazados y lograr reducir eficazmente, en el terreno de los hechos y no solo del Derecho, el fenómeno criminal, sanción que según Borja (2001), necesita igualmente “ser vista como una más de los instrumentos de la política social del Estado encaminada no solo a la efectiva prevención, sino también como una contribución al bienestar general evitando la futura comisión de nuevos abusos al rehabilitar al condenado”.

Lo anterior para referir que la imposición de penas en el marco del Estado Social de Derecho nacional debe poner gran énfasis en la mencionada prevención especial a través de la futura resocialización del abusador como mecanismo que justifica “la propia existencia de la pena” (Borja, 2001) y que se debe circunscribir en términos de Mir Puig (1994) “a crear condiciones que favorezcan la vida de la persona penada”, lo que permite parafraseando a López (2001), “legitimar la acción punitiva del Estado” sobre una base democrática y participativa que reconoce una finalidad garantista al Derecho Penal al fundamentar el castigo por delitos sexuales no sobre la simple esfera normativa criminal legalista en que se encuentra, sino en valores supremos legítimos que se objetivizan a través de los principios constitucionales que limitan la facultad sancionatoria, mismos que se cimientan en el postulado dogmático de la dignidad humana, condición de la que no puede despojarse el condenado sexual bajo ninguna circunstancia, pues aún bajo el fuerte estigma social que produce el haber abusado sexualmente de un menor, dentro de una “Política Criminal Constitucional” este será siempre sujeto de derechos y no objeto de sanción, lo cual permite además garantizar su efectivo derecho a la resocialización y el principio de humanidad en su dimensión real.

▪ **Fundamento de Resocialización Efectiva de los Condenados**

En consonancia con lo anterior y de acuerdo a los mandatos jurisprudenciales planteados (Corte Constitucional de Colombia, T-762, 2015), es importante recalcar que la criminalización terciaria de la Política Criminal nacional en materia de delitos sexuales con menores de 14 años debe siempre fundamentarse en el fin resocializador de la pena privativa de la libertad, toda vez que en términos claros de Borja (2003), al cumplirse efectivamente los institutos propios del sistema penitenciario nacional bajo el marco del Estado Social y Constitucional de Derecho, “se consigue gran confianza en la eficacia del sistema penal”, lo que internaliza en la ciudadanía la convicción de la necesidad del seguimiento de la norma político criminal, produciéndose finalmente una menor propensión a la realización del abuso sexual de menores (prevención general positiva), aunado a que desde el punto de vista del condenado, al aparato constitucional le interesa como fin “no que este se encuentre privado de su libertad por un muy largo tiempo por haber sufrido las negativas consecuencias de la aplicación de la pena, sino que, como parte del contrato social que es, logre su efectiva resocialización y su consecuente reintegración a la vida en comunidad” (*Ibídem*), logrando evitar futuros abusos sexuales de niños por parte de aquellos que ya delinquieron (prevención especial).

En concordancia con lo anterior, la criminalización terciaria de la Política Criminal nacional en materia clara de delitos sexuales con menores de 14 años igualmente debe considerar los puntos de acción identificados por la Comisión Asesora para la Política Criminal (2012) y que se relacionan con “brindar una expectativa seria de vida en libertad al condenado por dichos delitos, así como reestructurar los modelos de trabajo, estudio y enseñanza en los centros de reclusión” para que estos sean tomados como auténticas y efectivas formas de resocialización y no como simples factores de redención de la pena, junto con la “necesaria ideación, creación y puesta en marcha de políticas o instrumentos terapéuticos específicos” para el tratamiento especializado de control a los impulsos y deseos sexuales de aquellos reos que lo consientan, dinámicas integrales que requieren una redistribución de las cargas humanas, administrativas y presupuestales del sistema penitenciario y de salud nacional con miras a que los programas de resocialización tengan posibilidades reales de ejecución y éxito, lo que en interpretación a Borja (2001) representa una “prevención general social integradora” que contemple entre otras, el fortalecimiento real del Estado Social de Derecho en todos sus órdenes.

#### **4.3.5 Fundamento Final General Transversal: Deber de Respeto, Protección y Garantía de los Derechos Fundamentales**

En el marco del Estado Social y Constitucional de Derecho nacional, la plena concordancia de las medidas político criminales para hacer frente a los delitos sexuales con menores de 14 años con los derechos fundamentales debe constituir una “exigencia indiscutible” (Torres, 2015), dado que dicha Política Criminal no debe formularse aislada del ordenamiento jurídico, sino que en todo momento debe vincularse a las normas superiores como lo es la Constitución Política junto con los derechos y garantías allí consagrados, lo que parafraseando a Paredes (2013), produce una “real interferencia necesaria y no meramente contingente” entre cada una de las medidas jurídicas adoptadas con aquellas relativas a los derechos fundamentales o los derechos humanos que proclaman el derecho a restringir, lo que sucede, desde luego, genéricamente tanto de modo directo por las prohibiciones penales, como por las sanciones que éstas prevén, sean estas penas o medidas de seguridad, pero también, aunque no con carácter necesario en este caso, cuando se trata del “nivel mínimo de protección que debe proporcionar el Derecho Penal” (*Ibidem*) al tutelar un interés asimismo consagrado como un derecho fundamental como lo representan los de los niños en Colombia.

Interpretando a Demetrio (2015), “el contenido de los derechos fundamentales delimitan tanto al legislador como al juez penal para tipificar o imponer una condena penal” por conductas relacionadas por delitos sexuales con menores de 14 años, lo que implica que la “libertad de configuración penal” (Corte Constitucional de Colombia, C-198, 1997) o de juzgamiento respectivamente, encuentran límite en el contenido esencial de la Constitución Política o de los tratados internacionales, aclarando en criterio general de Carbonell (1999), que ninguno de dichos documentos contienen en su seno “una Política Criminal concreta sobre delitos sexuales con menores”, ni, por tanto, establecen unos “criterios fijos”, porque sí así lo hicieran, dejarían de ser instrumentos básicos que consagran derechos y obligaciones para convertirse en programas “políticos partidistas”, pero sí efectivamente marcan unas líneas programáticas generales que contienen un sistema de valores jurídicos los cuales no puede ser contradichos pero sí interpretados “por el legislativo para fundamentar y limitar las diversas normas político criminales expedidas sobre la materia (principio de prohibición de excesos), e incluso por el ejecutivo y el judicial, para direccionar correctamente su sometimiento a la ley (principio de legalidad) y por los que derivan, en los casos concretos de su aplicación, de la dignidad de las personas involucradas (principio de dignidad)” (*Ibidem*).

En la misma línea, pueden traerse a colación las ideas de Sierra (2011), cuando afirma que “desde el surgimiento del Estado Liberal de Derecho se dio paso al imperativo categórico de los derechos fundamentales y principios constitucionales como supuestos para la clara existencia del nacimiento del Estado democrático”, lo cual aplicando los planteamientos de Alexy (1993), “constituye uno de los principales fundamentos del constitucionalismo contemporáneo”, esto es, la consolidación de modelos de Estado como el colombiano donde existe una Constitución democrática que está por encima de las demás normas y que establece auténticos límites jurídicos al poder público para la formulación de sus Política Criminales incluidas claro esta las relacionadas con delitos sexuales sobre menores, caracterización que en términos de Díaz (1992) incluye la “garantía y la seguridad de los derechos fundamentales como una de sus calidades básicas”, recordando y reafirmando Londoño y otros (2013) que “desde Luigi Ferrajoli (2003), el discurso de los derechos fundamentales aparece como característico de lo que él llama Estado Constitucional de Derecho, en donde tanto el respeto de los derechos fundamentales como los principios constitucionales son paradigmas que definen la validez de cualquier parte del ordenamiento jurídico”.



Bajo los anteriores parámetros, resulta más que pertinente señalar que entre los contenidos de validez de una Política Criminal jurídica en materia de delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia, los derechos fundamentales son, en este nuevo paradigma, “pieza cardinal” (Añon, 2002), ya que este modelo atribuye a los derechos el papel de ser la justificación más importante del Derecho y del Estado y por tanto, desde esta perspectiva y tomando a Vera (2012), la importancia de establecer los lineamientos principales de un programa criminal sobre la materia con fundamento en la Constitución Política radica “en el hecho de que todo modelo político criminal debe estar siempre incorporado al marco de referencia de una determinada situación estatal”, esto es en Colombia y en referencia clara a Zipf (1979), “el marco jurídico de ordenación de la Constitución”, por lo que en este contexto la Política Criminal descansará en un catálogo de intereses predeterminado superiormente, pero también en una serie de derechos y en un código de valores que gozan de idéntica protección constitucional, a lo que en términos abreviados de Zúñiga (2001) corresponde realizar una “Política Criminal legítima y democrática”, es decir, respetuosa de los derechos humanos, y de su positivación en los derechos fundamentales concretos.

Al respecto y en interpretación a Borja (2003), en el modelo de Estado nacional la Política Criminal contra el abuso sexual de menores de 14 años “no puede emprenderse a costa del sacrificio extralimitado o equívocamente fundamentado de las libertades y garantías de los investigados, procesados y condenados”, pues según el mismo autor el respeto pleno a sus derechos fundamentales debe constituir “uno de sus principios de carácter irrenunciable”, razón por la que las medidas político criminales tienen que guiarse por un cuidadoso equilibrio entre el necesario mantenimiento de unos mínimos en materia de seguridad ciudadana, la garantía y protección reforzada de los derechos de los menores (principio *pro infans*) y el pulcro respeto de los derechos fundamentales de todos los implicados en el proceso judicial, labor que interpretando a Hassemer y Muñoz (2012), debe hacerse por medio de “directrices y decisiones que a la vista de nuestro contexto jurídico y político sobre criminalidad y su control, determinan la creación de instrumentos y pautas normativas para controlarla, prevenirla y reprimirla”, tarea que corresponde tanto al Poder Ejecutivo como al Legislativo, atañéndole precisamente a este último la labor de convertir en normas jurídicas los conocimientos criminológicos del delito preliminarmente encontrados, teniendo siempre como barrera o límite el pleno deber de respeto y la garantía de los derechos constitucionales.

El muy comentado deber de respeto a los derechos fundamentales en la Política Criminal nacional sobre delitos sexuales con menores de 14 años y en interpretación a Zúñiga (2001), “debe iniciarse desde el mismo momento de establecer los objetivos y diseñar hipotéticamente las estrategias para su prevención”, pues los desarrollos teóricos nacionales recientes que emergen plenamente desde el año 2012 con los lineamientos generales desarrollados por la Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado colombiano, mismos que han sido la base de consolidación de los estándares constitucionales mínimos que debe cumplir una Política Criminal respetuosa de los derechos humanos fijados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Corte Constitucional de Colombia, T-762, 2015), han empezado a demostrar la efectiva relación de esta política pública con el modelo de Estado vigente, situación que es reafirmada doctrinalmente entre otros autores, por Gómez Pavajeau (2013), quien interpreta tomando bases jurisprudenciales que “en Colombia existe una estrecha relación entre la Constitución y la Política Criminal, como quiera que ha habido una constitucionalización de aspectos medulares del Derecho Penal”, por cuanto “la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados jurídicos, particularmente en el campo de los derechos fundamentales, que inciden de manera significativa en el Derecho Penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance” (Corte Constitucional de Colombia, C-646, 2001).

Y es que el reiterado deber de respeto a los derechos fundamentales en el marco del Estado Social de Derecho colombiano ha sido siempre tema de un amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional, la cual ha sido insistente en afirmar que existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los mismos, cual es la coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la “eficacia de los derechos” (Corte Constitucional de Colombia, T-406, 1992), circunstancia que aterrizada a la formulación de las medidas político criminales para hacer frente al abuso sexual de menores, implica reconocer la real relación entre la Constitución y la Política Criminal del Estado, lo que conlleva interpretando al mismo Tribunal, que “la Carta ha incorporado postulados en el campo cierto de los derechos fundamentales que inciden de manera significativa en el Derecho Penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance” (*Ibidem*), por lo que “el legislador nacional no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos y los procedimientos penales relativos al abuso sexual estudiado, ya que tiene el deber de respetar los derechos constitucionales, lo cual emerge como fundamento y límite del poder punitivo del Estado” (Corte Constitucional de Colombia, C-038, 1995).

Paralelamente al desarrollo teórico descrito y en términos de Pérez Luño (2013), dicha panorámica quedaría incompleta sino se aludiera a uno de los rasgos que más poderosamente ha contribuido a caracterizar la actual etapa de positivización de los derechos humanos, cual es el de su “internacionalización”, toda vez que tal como lo señalara la Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2015), la comunidad internacional ha reconocido que “un sistema de justicia penal eficaz, justo y humano se basa en el compromiso de proteger los derechos humanos en la administración de justicia y en la prevención del delito y la lucha contra la delincuencia”, premisa que ha sido desarrollada en las Américas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2009), órgano regional la cual ha señalado que “la seguridad ciudadana debe ser concebida como una política pública, entendiendo por ésta los lineamientos o cursos de acción que definen las autoridades de los Estados partes” entre los que se incluye el colombiano, para alcanzar un objetivo determinado, y que “contribuyen a crear o a transformar las condiciones en que se desarrollan las actividades de los integrantes de la sociedad”, lo que implica en la práctica que la política pública nacional en lo criminal para hacer frente a los delitos sexuales con menores de 14 años no puede comprenderse cabalmente sin una referencia concreta a los derechos humanos.

Aunque el origen de la evolución histórica seguida por el reconocimiento de los Derechos Humanos puede encontrarse en épocas muy alejadas en el tiempo, en términos de Blanc Altemir (1990) el proceso de internacionalización de dichos derechos que tiene su origen en la Carta de las Naciones Unidas y su continuación en la adopción de diversos instrumentos internacionales de distinto rango y contenido, ha desembocado en “la constitución de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) cuya finalidad primordial reside en proteger los derechos y libertades fundamentales del ser humano en el ámbito internacional”, normas jurídicas *supra nivel* que en referencia teórica a León (2013) y por virtud expresa del artículo 93 superior, integran el denominado “Bloque de Constitucionalidad” -tal como se utiliza hoy en día- donde se reconoce la jerarquía constitucional a ciertos tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados por el Congreso Nacional, los cuales interpretando a Vargas Guarín (2006), dan “un amplio y taxativo reconocimiento a los derechos fundamentales, teniendo como soporte la dignidad humana”, por lo que consecuencia la Política Criminal nacional sobre delitos sexuales sobre menores de 14 años debe igualmente respetar siempre dicha normativa.

Así las cosas y parafraseando a Ferrajoli (2006), tanto la totalidad de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución Política de Colombia de 1991 como los diferentes derechos humanos que integran el Bloque de Constitucionalidad a nivel nacional, “equivalen a vínculos de sustancia y no de forma que condicionan la validez de las normas jurídico criminales producidas” para hacer frente a los delitos sexuales con menores de 14 años, los cuales expresan al mismo tiempo, los fines a los que está orientado el paradigma del Estado Constitucional de Derecho estipulado en la Carta superior, el cual interpretando a Zúñiga (2001), sirve de guía al legislador para establecer “cuándo utilizar la herramienta penal y cuándo deben privilegiar otros instrumentos de control menos ofensivos”, lo que supone en todo momento el respeto a los principios, límites y valores jurídicos que lo soportan, junto con los derechos fundamentales que positiviza y los derechos humanos que incorpora, considerándose en planteamientos generales de Azzolini (2012), a la Constitución Política de 1991 como “máxima expresión de los principios generales del Estado Social y Constitucional de Derecho y de los principios de limitación de la intervención penal”, como el “principal y más elemental fundamento jurídico que debe soportar las decisiones que adopte el Estado” para en este caso hacer frente al fenómeno criminal de abuso sexual de menores de 14 años en Colombia.

## **Conclusiones de Capítulo**

1. La Corte Constitucional colombiana ha declarado expresamente que la Política Criminal general nacional es “reactiva, populista, poco reflexiva, volátil, incoherente y subordinada a la política de seguridad”, siendo este el panorama ordinario donde se han adoptado una serie de leyes penales tanto sustantivas como procedimentales (política penal) para prevenir y sancionar el fenómeno social del abuso sexual de menores de 14 años;

2. El contexto general en que se ha formulado la política penal nacional en materia de delitos sexuales con menores de 14 años ha incidido y generado que la misma mayoritariamente se fundamente en el denominado paradigma epistemológico “Populista y Punitivista”, el cual se basa en el incremento de los tipos y/o de las penas o el endurecimiento de los procedimientos como estrategia para hacer frente a este tipo de criminalidad en aumento;

3. La Política Criminal nacional vigente en materia de delitos sexuales con menores de 14 años se basa en la necesidad de responder con amplia celeridad al preocupante fenómeno social creciente del abuso sexual de niños, reacción que ha sido permeada por la opinión “popular” o “populista” y por los medios de comunicación de masa (Mass – Media) para aumentar en muchos casos la popularidad de un determinado sector político;

4. La criminalización primaria de la Política Criminal nacional en materia de delitos sexuales con menores de 14 años fundamentada en el sentir “Populista” ha generado un visible endurecimiento punitivo de la política penal a aplicar, lo que ha desembocado no solo en un uso autoritario y expansionista del Derecho Penal interno, sino también en un claro debilitamiento y desarticulación del modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho vigente;

5. Bajo el paradigma de fundamentación vigente, la normativa político criminal nacional establece como único objetivo de lucha el que sobre el delincuente sexual de menor de 14 años recaiga todo el aparato persecutor, en el entendido mayoritario que aquél no es una persona “normal” dueña de derechos y garantías fundamentales, sino es un “monstruo” repudiable no sujeto de derechos al que hay que declararle una guerra penal para lograr su separación de la sociedad el mayor tiempo posible;

6. La lucha penal primaria propuesta por el paradigma de fundamentación vigente para hacer frente a los delitos sexuales con menores de 14 años está formulada sin un punto epistemológico de partida, careciendo totalmente de criterios básicos y pautas de organización concreta, lo que genera que dicha política pública sea la simple sumatoria de leyes penales tanto sustantivas como procedimentales que aisladamente incorporan medidas político criminales sin una sistemática coordinación legislativa que responda a unos fines y objetivos de tipificación previamente definidos;

7. La fase de criminalización secundaria de la Política Criminal nacional en materia de delitos sexuales con menores de 14 años endurece o elimina drásticamente los beneficios y mecanismos sustitutivos de la pena para los procesados por dichos delitos sexuales, lo cual se aleja ampliamente de los postulados procesales constitucionales, resultando desproporcionado frente a las garantías del debido proceso e innecesarias en relación con los objetivos de reducción eficaz del delito;

8. La fase de juzgamiento de la Política Criminal procesal colombiana relacionada con los delitos sexuales con menores de 14 años hace uso excesivo de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario para los imputados, circunstancia generada entre otros factores, por presiones sociales y mediáticas sobre los Jueces o Tribunales Penales encargados de decidirlos, así como por la fundamentación populista por parte de muchos de los solicitantes;

9. En la criminalización secundaria de los delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia, los largos periodos de tiempo que deben permanecer los imputados en los centros de reclusión sin que se emita una sentencia definitiva en el proceso que se le sigue, genera una clara vulneración de sus derechos y garantías fundamentales, lo cual afecta no solo el núcleo central del derecho fundamental al debido proceso, sino también su derecho a la libertad personal y su presunción de inocencia;

10. La Política Criminal nacional estudiada en su fase secundaria refleja un amplio desconocimiento del perfil o la naturaleza criminológica del abusador sexual de menores de 14 años, toda vez que se parte siempre de la premisa de la plena imputabilidad de los victimarios, siendo estos siempre retratados como un grupo homogéneo de delincuentes altamente predatorios y considerados antropológicamente como un "otro" respecto de los ciudadanos "normales".

11. La fase de criminalización terciaria de la Política Criminal nacional sobre delitos sexuales con menores de 14 años reflejan la imposición de penas cada vez más severas para los condenados por abuso sexuales con menores de 14 años, lo que desvirtúa el correcto uso político criminal resocializador de la pena (prevención especial), convirtiéndola internamente en un arma de terror penal alejada de los fines que le impone el modelo de Estado vigente;

12. En la criminalización terciaria la Política Criminal nacional por delitos sexuales con menores de 14 años refleja amplias restricciones a los mecanismos de redención de pena para los condenados, así como hacinamiento, precariedad de la alimentación suministrada, falta de políticas concretas de resocialización específica y condiciones inhumanas de salubridad e higiene en los establecimientos de reclusión ofrecidos a los condenados por el sector penitenciario y carcelario nacional;

13. Las condiciones jurídicas y materiales reflejadas por la actual Política Criminal “Populista – Punitivista” nacional en materia de delitos sexuales con menores de 14 años comprueba la hipótesis principal planteada, en el sentido de poder afirmar que la misma se distancia ampliamente no solo del artículo 1º de la Constitución Política de 1991 que consagra el modelo de “Estado Social de Derecho” sino también del artículo 4º *íbidem*, toda vez que dicha legislación penal no se articula con la unidad y coherencia que le imprimen los valores, principios y reglas establecidas en la Carta;

14. Para procurar solucionar el distanciamiento jurídico hallado, se propone hacer un cambio en el paradigma vigente de fundamentación de la Política Criminal específica examinada con miras a lograr su plena articulación con el modelo de Estado y por ende con el principio de supremacía constitucional, canje paradigmático que conlleva la construcción de una lucha jurídico penal contra el abuso sexual de menores de 14 años a partir de los fines del Estado Social y Constitucional de Derecho, así como del conjunto de principios y valores que la integran, en consonancia con los principios que dan cuerpo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las dogmáticas jurídico penales;

15. El paradigma emergente “Penal – Constitucional” propuesto para fundamentar la Política Criminal nacional sobre delitos sexuales con menores de 14 años concibe la idea que dicha política pública debe formularse siempre dentro de los límites materiales que señala la Constitución Política, toda vez que a nivel nacional opera una verdadera “constitucionalización” de la Política Criminal jurídica, o en otros términos, existe una “Política Criminal Constitucional” como emergente categoría jurídica a aplicar;

16. Es emergente el paradigma propuesto toda vez que aunque se origina en el año 1991 con la promulgación de la vigente Carta superior, solo es teorizado de manera general en el año 2012 por la Comisión Asesora de Política Criminal al proferir “los lineamientos generales de Política Criminal nacional”, mismos que en el año 2015 fueron tomados como base por la Corte Constitucional para fijar los “estándares constitucionales mínimos que debe cumplir una Política Criminal respetuosa de los derechos humanos en Colombia”, configurándose de esta manera un nuevo marco teórico de “Política Criminal Constitucional” para la intervención punitiva del Estado perfectamente aplicable en materia de delitos sexuales con menores de 14 años;

17. Una “Política Criminal Constitucional” o fundamentada en el paradigma “Penal – Constitucional” no implica siempre dar prioridad a la argumentación constitucional sobre la penal, pues la Constitución no contiene todas las respuestas para diseñar la Política Criminal para hacer frente a los delitos sexuales con menores de 14 años, por lo que el legislador ordinario puede preferentemente acudir al Derecho Penal si concluye que las circunstancias específicas requieren dar mayor peso a la dogmática de penas, tratándose entonces de una relación jurídica armónica, y no abstracta o absoluta;

18. La formulación de una “Política Criminal Constitucional” en materia de delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia debe tener siempre como primer y principal fundamento el de la prevención social por encima de la represión penal, prevención que en el marco del Estado Social de Derecho colombiano implica reconocer que el abuso sexual de menores de 14 años por encima de ser un problema penal, es un problema social que debe ser combatido inicialmente desde las políticas sociales;

19. Una vez agotado razonadamente todo el catálogo de políticas públicas sociales disponibles a nivel interno, la “Política Criminal Constitucional” en materia de delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia queda facultada para optar solo en *ultima ratio* por la vía jurídico penal para hacer frente al fenómeno social de abuso sexual de menores de 14 años;

20. En el paradigma emergente, todas las decisiones jurídico-penales para hacer frente a los delitos sexuales con menores de 14 años deben adoptarse en concordancia y pleno respeto del Estado Constitucional de Derecho consagrado en el artículo 4º superior, el cual opera como base y pilar de construcción jurídico-criminal y como límites normativos formales y materiales de selección de la política penal de lucha contra el abuso sexual de menores;

21. En el paradigma de fundamentación emergente, la Política Criminal para hacer frente a los delitos sexuales con menores de 14 años debe crear mecanismos de coordinación y colaboración armónica y metodológica entre todas las entidades públicas encargadas de su formulación, mismas que deben dirigir sus acciones hacia la consecución del objetivo común, que no debe ser otro que la protección de los menores a través de la prevención de su abuso sexual;



22. Las medidas de Política Criminal adoptadas por las entidades competentes en el nuevo paradigma para hacer frente a los delitos contra la niñez estudiados, deben incorporarse a la política penal nacional de tal manera que su práctica real sea llevadera y viable económicamente en el tiempo, en el entendido que la fase primaria de dicha política pública debe ser sensible a la muy limitada capacidad económica del Estado colombiano, sin descartar los diferentes impactos colaterales o subsidiarios negativos que su implementación pueda generar en cualquier otro sistema público relacionado;

23. En la “Política Criminal Constitucional” propuesta, todos los procesos jurídicos de criminalización secundaria por abuso sexual de un menor de 14 años que se adelanten en Colombia deben tener en cuenta los límites normativos o garantías materiales que dicha facultad conlleva y que se relaciona con el pleno respeto de los principios del derecho fundamental al Debido Proceso;

24. En los procesos penales por delitos sexuales con menores de 14 años, el nuevo paradigma exige que la medida cautelar de detención preventiva sea siempre de carácter excepcional, por lo que los Jueces penales al momento de resolver una solicitud de este tipo, deben fundamentar su decisión cualquiera que sea privilegiando siempre el dogma de supremacía constitucional que establece nuestro vigente modelo de Estado sobre el normativo legal;

25. En la criminalización terciaria de la Política Criminal Constitucional interna sobre delitos sexuales con menores de 14 años, la condena penal debe llevar una verdadera función de prevención especial, de lucha contra el abuso sexual de menores, de combate del delito como fenómeno real existente en nuestra sociedad, para de esta manera cumplir los objetivos de formulación trazados y lograr reducir eficazmente, en el terreno de los hechos y no solo de las estadísticas o del Derecho, el abuso sexual de menores;

26. La condena penal en el nuevo paradigma de fundamentación necesita ser concebida como una más de los instrumentos de la política social del Estado encaminada no solo a la efectiva prevención del fenómeno de abuso sexual de menores de 14 años, sino también como una contribución al bienestar general evitando la futura comisión de nuevos abusos al rehabilitar al condenado y reintegrarlo óptimamente a la sociedad;

27. Los derechos humanos y fundamentales en el emergente “Política Criminal Constitucional” representan sendos contenidos de validez y puntos de partida, ya que ninguna medida jurídico penal a adoptar puede emprenderse a costa del sacrificio extralimitado o equívocamente fundamentado de las libertades y garantías de los investigados, procesados y/o condenados por delitos sexuales sobre menores de 14 años, pues el pleno respeto de los mismos constituye siempre un principio cardinal de carácter irrenunciable e innegociable;

28. Está justificada teóricamente la necesidad de fundamentar la Política Criminal jurídica colombiana sobre delitos sexuales con menores de 14 años desde el modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho vigente desde el año 1991 en armonía con el conjunto de principios y límites penales que lo integran y los postulados que dan cuerpo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Cumplimiento Objetivo Específico No. 03), paradigma emergente que representa el marco jurídico elemental que debe soportar las decisiones jurídico criminales que adopte el Estado para prevenir y sancionar el fenómeno social de abuso sexual de niños menores de 14 años.

# Conclusiones y Recomendaciones

## Conclusiones

En estas páginas se recogen las principales conclusiones de la investigación doctoral intitulada *Fundamentación Teórica de una Política Criminal Constitucional para los Delitos Sexuales con Menores de 14 Años en Colombia*, la cual logró cumplir con el objetivo general propuesto de proponer desde la teoría las bases que deben soportar el diseño y formulación de la Política Criminal jurídica en materia de Delitos Sexuales con Menores de 14 Años a nivel interno, logrando para el efecto sistematizar el ingente volumen de datos y posiciones jurídicas acumuladas en el momento actual en torno a la materia, por lo que las conclusiones específicas que a continuación siguen tratan de sintetizar metódicamente dicha información, partiendo siempre de la clara necesidad demostrada teóricamente de construir Políticas Criminales con base y respeto del modelo de Estado vigente, dinámica que la sociedad jurídica interna ha empezado a abordar y que en esta oportunidad arroja algunos resultados originales organizados temáticamente que han sido obtenidos a partir de la recolección, estudio, análisis y decantación de las más convincentes fuentes encontradas al interior de diversas áreas jurídicas, entre las que se distinguen predominantemente las penales como las constitucionales.

- **Primera Conclusión: El Abuso Sexual de Niños en Colombia es un Fenómeno Social Existente y el Estado está en la Obligación Jurídica de Prevenirlo y Sancionarlo**

El abuso sexual de niños fue definido en el año 1978 por el National Center of Child Abuse and Neglect (NCCAN) como "los contactos e interacciones entre un niño y un adulto, cuando el adulto (agresor) usa al niño para estimularse sexualmente él mismo, al niño o a otra persona", problemática que igualmente fue conceptualizada en el año 2001 por la Organización Mundial de la Salud (OMS) (2001) estableciendo que dicha conducta consistía en "involucrar a un niño/a en actividades sexuales que no llega a

comprender totalmente, a las cuales no está en condiciones de dar consentimiento informado, o para las cuales está evolutivamente inmaduro/a y tampoco puede dar consentimiento”, definición universal que considerara en todos los casos el concepto de niño desde una perspectiva legal general, es decir, toma las pautas elaboradas por la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, la cual refiriere que niño es “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, por lo que debe entenderse el abuso sexual de niños como el que se comete siempre con menores de 18 años, así la víctima tenga 2, 6, 14 o 17 años indistintamente.

En Colombia al igual que en el mundo entero el abuso sexual de niños ha existido durante largo tiempo, pero nunca había sido tan notorio y a la vez tan preocupante como en los últimos años, toda vez las estadísticas públicas oficiales del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (2015) reflejan un aumento progresivo y constante de dicha problemática social, fríos números que no permiten ver esa “cifra oscura” de la que habla Muñoz Conde (2004) y que oculta un gran número de casos que no llegan a las cifras criminales por múltiples razones (fuerza, miedo de la víctima, contexto familiar, intimidación, etc), problemática social existente en nuestro conglomerado y que se constituye una de las formas más graves de violencia contra nuestros niños, a la vez que genera una continua vulneración de sus derechos consagrados como fundamentales y prevalentes a las voces de los artículos 44, 45 y 93 de la Constitución Política de 1991, los cuales además reconocen su titularidad e imponen su protección absoluta contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, por ser este un segmento poblacional alta y especialmente victimizable, entre otros muchos otros factores, por su falta de madurez física y psicológica.

Y es precisamente el ente estatal nacional a través de sus diferentes órganos competentes el que tiene la responsabilidad de intervenir en la problemática social de abuso sexual de niños para lograr prevenirla y mitigarla, tarea que en lo jurídico debe desarrollar primero en cumplimiento de los diferentes compromisos internacionales adquiridos en relación con la protección especial de los derechos de los niños y que obligan a las autoridades ejecutivas, legislativas e incluso judiciales a adoptar medidas

apropiadas y actuar con eficacia para prohibir y erradicar cualquier tipo de violencia contra la niñez, pero sobre todo en consonancia con los postulados constitucionales que le exigen el mismo actuar, en el entendido que cualquier forma de violencia sexual contra los niños es un verdadero problema social que tiene consecuencias en su vida, en su entorno y en todos y cada uno de los contextos en los que el menor se desarrolla, de ahí la necesidad de diseñar una intervención de los poderes y administraciones públicas basada primigeniamente en la prevención social, fortaleciendo las políticas públicas que incluyan a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, así como los diferentes contextos educativos, sanitarios, económicos y culturales que la rodean.

Es así como a nivel *supra* normativo, el Estado de Colombia ha firmado múltiples instrumentos internacionales que lo obligan a adoptar un marco especial de protección para los derechos de los niños y niñas, pudiéndose destacar a nivel universal el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966, mismo que fue ratificado por el Estado de Colombia el 29 de octubre de 1969 y que establece en su artículo 24 entre otros aspectos, que “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”, así como la ya citada Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Colombia el día 28 de enero de 1991 y que lo obliga a adoptar “medidas apropiadas y eficaces, legislativas y políticas, para prohibir y erradicar la violencia contra la infancia”, incluyendo el abuso sexual infantil. A nivel interamericano, el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por el Estado de Colombia el día 28 de mayo de 1973, establece que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

En el orden interno, la protección de los derechos de los niños y especial contra su abuso sexual, responde al marco de Estado Social de Derecho consagrado en el artículo 1º de la Constitución Política de 1991, el cual conlleva primero de la realización de acciones positivas sociales generales por parte del ente público que permitan intervenir eficazmente en la etiología de la problemática social estudiada, buscando neutralizar sus raíces para lograr evitar desde el “antes” que el abuso se presente, en vez de “esperar” pasivamente a que la conducta reprochable ocurra para ahí si proceder a

accionar el sistema represivo nacional, que se encuentra como es de conocimiento colectivo, con cárceles atestadas y cerca del colapso total, así como de la puesta en marcha de acciones positivas especiales que propendan por la resocialización efectiva de los condenados por este tipo de conductas, lo cual permitirá no solo su adecuada reintegración a la sociedad sino la protección de la misma y de los menores al evitar futuros abusos sexuales de niños por parte de aquellos que ya delinquieron y pagaron su pena, dinámicas integrales de prevención que requieren una compleja pero necesaria redistribución de las cargas humanas, políticas, administrativas y presupuestales del aparato estatal nacional.

Agotadas en todo caso las medidas de política pública social, el Estado nacional puede igualmente cumplir su obligación jurídica de prevenir el abuso sexual de niños por medio de la vía represiva o de coerción penal, tipificando como delito la conducta y castigando de manera efectiva al sujeto activo por su comisión, decisión que se enmarca en los postulados jurídicos de la disciplina conocida como “Política Criminal”, la cual debe ser entendida en términos jurisprudenciales generales para el Derecho colombiano como el “conjunto de respuestas que el Estado adopta 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” (Corte Constitucional de Colombia, C-646, 2001), misma que históricamente ha sido diseñada y formulada bajo los postulados teóricos del modelo de Estado vigente en la sociedad que la implementa y que intenta aportar un conjunto de conocimientos que, de forma racional, pretenden mejorar la legislación penal y utilizar otros mecanismos para hacer frente a los delitos, entendiendo que el Derecho Penal ocupa un lugar preeminente toda vez que constituye la base de la definición de aquello que se considera delito frente a la conducta lícita.

El Estado de Colombia mayoritariamente ha empleado la Política Criminal en su vertiente jurídica para prevenir e intervenir la problemática social de abuso sexual de niños, misma que bajo un criterio de amplia discrecionalidad ha sido determinada y articula por el legislador nacional a través de la expedición de leyes penales tanto sustantivas como procedimentales que definen como punible la conducta, establecen las sanciones criminales y regulan los procedimientos jurídicos que conllevan el tratamiento penal para el victimario, política penal específica que se origina por medio del Decreto

Ley 100 de 1980 al ser esta la primera norma jurídico penal que de manera autónoma e independiente tipificó en Colombia el delito de “Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 Años” sancionándolo en su momento histórico con una pena de prisión entre los 1 y 6 años, estando agravada la conducta si se cometía con menor de 10 años, proceso de criminalización que ha sido ampliamente modificado a lo largo de los años por los diferentes periodos legislativos, siendo la pena y los procedimientos los aspectos objetivos más reformados y la fundamentación jurídica de cada normativa el aspecto subjetivo que en mayor proporción presenta diferencias.

Es importante señalar que a nivel interno la ley penal tipifica especialmente el abuso sexual sobre niños pero solo sobre aquellos menores de 14 años, sin que se descarte de plano la sanción por violencia sexual sobre mayores de esta edad toda vez que esta es objeto de un tratamiento jurídico criminal diferenciado, sino con miras de reafirmar el mandato superior de protección del desarrollo de la personalidad de los menores frente a las conductas relacionadas con su sexualidad, estableciéndose así por el legislador que el delito se comete por el hecho de acceder a una menor de 14 años sin importar el conocimiento previo o concomitante del sujeto pasivo frente a la materia, lo cual en términos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) (2011), “conlleva presumir la incapacidad del menor de 14 años para determinarse y actuar libremente en el ejercicio de su propia sexualidad”, pues ha sido valorado que las personas menores de esa edad no se encuentran en condiciones de asumir sin consecuencias para el desarrollo de su personalidad el acto sexual, debido al estadio de madurez que presentan sus esferas intelectual, volitiva y afectiva, reafirmandose que esta presunción, es de carácter absoluto o *iuris et de iure*.

- **Segunda Conclusión: La Política Criminal Jurídica y Vigente del Estado de Colombia en Materia de Delitos Sexuales con Menores de 14 Años se Fundamenta en el Paradigma “Populista Punitivista”**

La Política Criminal legislativa que adoptada el Estado de Colombia para prevenir el abuso sexual de menores de 14 años ha estado compuesta por un total de 10 normas jurídicas que regulan a lo largo del tiempo aspectos generales o específicos del proceso de criminalización de la conducta, política penal que se inicia bajo los postulados criminales establecidos por la Constitución Política del año 1886, toda vez que el Decreto

Ley 100 de 1980 que como se señaló contempló la primera tipificación penal específica de la conducta, fue expedido bajo dicho marco superior, migrando posteriormente a los valores, principios y derechos que la nueva Carta Política expedida en el año 1991 consagra, normas de las cuales 6 estipulan ampliaciones a los elementos del tipo penal, aumentos en la pena a imponer o endurecimiento de los procedimientos penales, mientras que las 4 normas jurídicas restantes crean, conservan o disminuyen los tipos, las sanciones o los procedimientos penales, lo cual refleja una clara y mayoritaria tendencia a establecer incrementos cada vez más severos en las penas o a endurecer los tipos y los procedimientos como estrategia de fundamentación para hacer frente al fenómeno social en aumento progresivo examinado.

Teóricamente la implementación gradual de leyes penales que imponen mayor severidad en la sanción o en los procedimientos como fórmula para la prevención o disminución de los delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia se ubica epistemológicamente en lo que Bottoms (1995) ha definido como “Populismo Punitivo”, en el que los delitos, las penas y los procedimientos entre otros aspectos de orden criminal se fundamentan para su definición jurídica en el sentir social o “Populista” que se materializa en el aumento de las penas o “Punitivismo” y que por lo tanto se resume en la ecuación “Más Delitos = Más Penas”, fundamentación político criminal que abandona el acompañamiento de los expertos en el control de la criminalidad y se adopta, en cambio, con base en un manejo completamente politizado de la cuestión penal (Garland, 2005), por lo que la Política Criminal en su vertiente jurídica de ser un asunto de expertos en la materia (penalistas, criminólogos, constitucionalistas, etc.), pasa a ser una cuestión de sentido común y eminentemente popular en la que todos los ciudadanos están llamados libremente a participar en la definición de las estrategias legislativas que harán frente a la delincuencia en aumento progresivo.

A nivel interno el fundamento populista punitivista para hacer frente a los delitos sexuales con menores de 14 años ha sido constantemente alimentado primero, por diversos sectores políticos que utilizan la sensibilidad social que genera la problemática para lograr efectos electorales positivos sin importar los índices de efectividad o de consecuencia jurídica adversa de las normas relacionadas, así como por funcionarios públicos de alto nivel que desde sus cargos fomentan en gran medida el clamor social en búsqueda de la implementación de penas y procedimientos expansionistas para el delito,



en el entendido que en la mayoría de los casos son entes políticos que deben presentar políticas públicas a los ciudadanos para respaldar la gestión de quiénes los nombraron, los cuales generalmente sí son elegidos popularmente (Senadores, Representantes a la Cámara, Concejales, etc) muchas veces está por encima sus intereses particulares o permanencia en los partidos políticos a los que pertenecen que las causas sociales que dicen apoyar, sin dejar a un lado a los *Mass Media*, que frente a fenómenos delictuales de gran impacto social como las agresiones sexuales sobre menores de 14 años muchas veces abren sin límites sus micrófonos y grabadoras para generar noticia y por ende mayores niveles de audiencia y por ende de ingresos económicos.

Y es que la Política Criminal nacional en materia de delitos sexuales con menores de 14 años más allá de su fundamentación epistemológicamente populista, es fruto de una política pública nacional general reactiva y sin fundamentos empíricos sólidos, basada habitualmente en la necesidad de responder con celeridad a fenómenos sociales mediados por la opinión pública y de mostrar resultados mediáticos contra el crimen, lo que ha desembocado en el aumento de las privaciones de la libertad bajo la creación de medidas legislativas coyunturales cada vez más frecuentes que se alejan de la finalidad eminentemente resocializadora de la pena y del Derecho Penal como *ultima ratio* para solucionar los problemas de una sociedad, convirtiendo a la prisión como el eje central de la política pública interna en lo criminal, lo que confluje en subordinar a la Política Criminal a la política de seguridad y por ende hacerla inestable e inconsistente, así como volátil e incoherente frente a los restos que exige hacer frente a nuestra delincuencia particular, debilidades que se generan en la práctica por muy diversos factores tanto normativos como propiamente institucionales (Corte Constitucional de Colombia, T-762, 2015) lo cual confluje indudablemente a que la formulación de cualquier política pública en lo criminal incluida la estudiada, sea permeada ampliamente por el paradigma de fundamentación punitivista.

Particularmente, a nivel nacional la permeabilidad populista punitivista de la Política Criminal en materia de delitos sexuales con menores de 14 años ha generado primero, que la misma contenga leyes sin resultados sólidos y visibles (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2015), así como la consolidación de un Derecho Penal interno autoritario y expansionista (Benítez, 2014) que establece como único objetivo de lucha el que sobre el delincuente sexual recaiga todo el aparato represivo, lo

cual en interpretación a Ortiz (2006), revive el caduco dogma de la supremacía de la Ley que para el caso mide la eficacia de las medidas político criminales en los términos formales marcados en éstas mas no en los valores y fines materiales superiores, lo cual es consecuencia en términos de Binder (1997), de una formulación sin objetivos básicos y pautas de organización concreta, lo que ha llevado a que la política pública específica estudiada sea hoy la simple sumatoria formal de leyes penales tanto sustantivas como procedimentales que aisladamente incorporan medidas político criminales para su tratamiento, sin que se pueda avizorar de las mismas una sistemática y real coordinación legislativa que responda con efectividad al beneficio de prevención del abuso sexual de menores en el país.

Así mismo, la acción procesal penal para los vinculados por delitos sexuales con menores de 14 años se limita al simple acceso a la prestación jurisdiccional sin que se logre traducir en un verdadero derecho humano y fundamental a la justicia, aunado al uso excesivo de las medidas de aseguramiento de detención preventiva que en muchos de los casos son motivadas por presiones populistas, lo cual afecta en interpretación dada a Buergethal (1990), “no solo el núcleo central del derecho fundamental al debido proceso”, sino también al derecho a la libertad personal del procesado junto con su presunción de inocencia e incluso la dignidad humana del sindicado, todo vez que en muchos casos no se juzgan personas sino “monstruos” horribles que deben separarse de la sociedad el mayor tiempo posible, sin ver a este como un sujeto de derechos o tal vez como una posible persona “enferma” que amerita en casos reales específicos un tratamiento terciario diferenciado, desconocimiento de garantías elementales que se extienden al momento de la ejecución de la pena, ya que el paradigma vigente ignora la función resocializadora de la sanción penal al punto de convertirla para el caso del delito sexual con menores en una clara arma de “terror” penal que se ejecuta finalmente en un oscuro, desigual e inhumano sistema penitenciario y carcelario nacional.

Y es por lo anterior que la fundamentación “populista y punitivista” de las medidas político criminales para prevenir y hacer frente al abuso sexual de menores de 14 años en Colombia desconoce no solo el equilibrio que debe tener la Política Criminal del Estado con su accionar administrativo, sino también el orden en las políticas públicas que se deben adoptar para prevenir dicho delito, toda vez que la reacción actual está liderada por la represión penal, cuando esta debe ser excepcional ante la conflictividad social,

manejo que ha llevado en términos de Reed Hurtado (2012), a erigir a la cárcel como la clara “solución para intentar solucionar el conflicto social”, situación que agrava otros problemas del Estado como lo es el de hacinamiento y violencia carcelaria que se agudiza por la lamentable situación de las prisiones que están a punto de derrumbarse por falta de proyección y recursos, lo cual consecuentemente hace que los largos encierros resulten inoperantes frente a los fines de la pena, contexto integral que demuestra que el continuo endurecimiento de las sanciones penales para los abusadores sexuales de menores en Colombia se reduce a un simple discurso populista y en muchos casos meramente político y mediático contra esta delincuencia, sin que logre tener la fuerza, soportes, argumentos o resultados suficientes para afirmar y demostrar que en la práctica es un camino “lo suficientemente fuerte para lograr una mejor protección de los derechos de los niños” (Huertas, 2013).

- **Tercera Conclusión: La Política Criminal Jurídica “Populista Punitivista” para Prevenir y Sancionar los Delitos Sexuales con Menores de 14 Años en Colombia No se Articula con el Modelo de Estado Actual**

La Constitución Política del año 1991 en su artículo 1º consagró que Colombia es un “Estado Social de Derecho”, lo cual implica en primer lugar, que la acepción “Estado de Derecho” se refiere a que la actividad del ente público está regida por las normas jurídicas, es decir que se ciñe al Derecho, y segundo, que con el término *social* se refiere que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a todos los asociados sin excepción condiciones de vida dignas y oportunidades para desarrollar sus aptitudes y superar los apremios materiales (Corte Constitucional de Colombia, SU-747, 1998), proclamado y reconociendo la Carta 3 conceptos elementales y transversales guías, cuales son los valores, principios constitucionales y derechos fundamentales (Corte Constitucional de Colombia, T-406, 1992), marco político que bajo los postulados del artículo 4º de la misma Carta, se rige por una norma jurídica fundamental y suprema que para el caso interno es la Constitución, lo cual implica que toda la actividad del Estado, incluida la formulación jurídica de la política pública en lo criminal para los delitos sexuales con menores de 14 años, debe realizarse dentro del estricto marco que establece la norma superior (Corte Constitucional de Colombia, SU-747, 1998) junto con los principios y límites que este conlleva, de lo cual se traduce que Colombia además de ser un Estado Social, también es un Estado Constitucional de Derecho.

Y es que cotejando la actual Política Criminal populista y punitivista para prevenir y hacer frente a los delitos sexuales con menores de 14 años, resulta evidente que la misma teóricamente se distancia en gran dimensión del mencionado modelo de "Estado Social de Derecho" con supremacía Constitucional de Colombia establecido por el constituyente del año 1991, toda vez que las medidas político criminales adoptadas bajo dicho paradigma no se cimientan en los valores, principios constitucionales y derechos fundamentales que la Carta consagra, sino en el sentir popular que se tiene del control de la criminalidad, falla de fundamentación que desconoce primero, la finalidad del mencionado modelo de Estado (Artículo 1º), el cual debe en todo momento utilizar sus políticas públicas para prevenir el abuso sexual desde su misma raíz y no limitarse a emplear posteriormente el aparato represor para condenar al delincuente cuando el daño social al menor ya está causado y es irreversible, concepción que implica no solo una clara omisión frente al deber de respeto y protección de los derechos fundamentales de los niños al privilegiarse el sistema penal sobre el social, así como desconociéndose en segundo lugar el principio de supremacía constitucional (Artículo 4º), al ignorarse los postulados superiores como soportes integrales de dicha construcción político criminal.

En el mismo sentido, la caracterización teórica del modelo de Estado vigente en Colombia refleja que la fundamentación populista de la Política Criminal identificada para hacer frente a los delitos sexuales con menores de 14 años resulta igualmente contraria a sus postulados básicos en muchos aspectos particulares, toda vez que aceptar casi como regla general la imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad para los imputados, así como el endurecimiento o incluso eliminación de los beneficios y mecanismos sustitutivos de la pena para los condenados o la imposibilidad casi absoluta de su rehabilitación penitenciaria, llevan a desconocer las garantías que engloban los derechos superiores a la libertad y el debido proceso, los cuales exigen que las medidas político criminales en la materia deben adecuarse a dichos postulados base establecidos por el modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho, el cual impone el deber no solo de repeler las conductas que atenten gravemente contra los bienes jurídicos y derechos fundamentales de los niños a través de la tipificación del delito (criminalización primaria) y la fijación de las sanciones penales (criminalización secundaria), sino también la obligación jurídica pero sobre todo social de garantizar la efectiva resocialización del abusador sexual que ha sido condenado (criminalización terciaria) (Corte Constitucional de Colombia, T-718, 2015).

Iniciativas político criminales populistas y punitivistas para hacer frente a los delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia han sido recurrentes a nivel interno en los últimos tiempos, pudiéndose destacar la adelantada insistentemente por la Ex – Senadora Gilma Jiménez Gómez (QEPD), quien para el año 2008 inscribió mediante Resolución número 4892 de la Registraduría Nacional del Estado Civil un “Comité Promotor del Referendo para Modificar el Artículo 34 de la Constitución Política” con miras a incorporar la pena de hasta prisión perpetua para castigar entre otros, los delitos sexuales con menores de 14 años (Senado de la República, 2009), o la adelantada en el mes de agosto de 2015 por un nutrido número de Representantes a la Cámara liderados por el representante por Bogotá Efraín Antonio Torres Monsalvo, quienes colectivamente radicaron ante el Congreso de la República el Proyecto de Acto Legislativo número 029 de 2015 Cámara “Por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua” como, en concepto de ellos, “una opción normativa para la prevención y sanción de las conductas más gravosas de nuestra sociedad” (Senado de la República, 2015a), entre las que se incluía genéricamente el abuso sexual de menores de 14 años.

Las anteriores y muchas otras iniciativas “Populistas Punitivistas” de Política Criminal legislativa fallidas como la de los “Muros o Vallas de la Infamia” impuesta por el Acuerdo 280 del 8 de mayo 2007 proferido por el Concejo de Bogotá, que han sido pensadas y formuladas teóricamente para prevenir y hacer frente al abuso sexual de menores de 14 años, sin lugar a dudas e interpretando a la Comisión de Política Criminal (2011), “son a todas luces incompatibles con los principios básicos del Estado Social y Constitucional de Derecho interno, amén de que introducen distorsiones graves a las bases y fundamentos básicos de lo que debe ser una verdadera Política Criminal racional”, en el entendió específico que transgreden los elementos medulares del Estado de Derecho (como lo pueden ser los de dignidad de la persona humana, igualdad, proporcionalidad, gradualidad de las penas, del acto, culpabilidad, lesividad, autonomía y libertad de las personas) lo cual equivale prácticamente a “una sustitución de los ideales de la Constitución, desconociéndose además y de forma tajante la existencia de diversas posibilidades de rehabilitación de todos los seres humanos privados de la libertad por la comisión culpable de dicha conducta, con lo cual se pisotea flagrantemente la función re-socializadora de la pena (art. 12 de la Constitución Política)” (Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado Colombiano, 2011).

A propósito de Políticas Criminales fundamentadas en el “Populismo Punitivo”, tal como lo reporta la Comisión Asesora de Política Criminal (2011) para soportar sus aseveraciones teóricas, diversos estudios muestran que para enfrentar la criminalidad, en la mayor parte de los casos, es preferible y más humano “esforzarse por incrementar la eficacia del sistema penal o recurrir a medidas preventivas, en vez de incrementar las penas”, destacando la misma institución el trabajo elaborado por Nagin y Durlauf (2011), reconocidos académicos líderes mundiales en la reflexión sobre los eventuales efectos disuasivos del encarcelamiento, quienes concluyen que “hay muy poca evidencia de que un incremento de la severidad del castigo tenga efectos reales disuasivos significativos, mientras que sí existe evidencia sustantiva de que incrementos en la certeza del castigo tienen esas consecuencias”, por lo que pensar en el incremento desordenado de las sanciones y de los procedimientos penales puede ser popular pero no representa una mejor protección para los menores, conclusión que es reforzada por Uprimny (2011) cuando señala que “las iniciativas populistas configuran una clásica fuga al punitivismo que reflejan poca eficacia pero si graves problemas sobre la coherencia del sistema jurídico nacional”.

Adicionalmente, una fundamentación populista y punitivista de la Política Criminal nacional para hacer frente a los delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia sustituye infundadamente el modelo de “Estado Social y Constitucional de Derecho” vigente por un erróneo modelo de “Estado Penal de Derecho”, donde se privilegia la represión penal sobre la prevención social y se fomenta un uso utilitarista y eficientista del Derecho Penal que da lugar al abuso de la sanción penal, legitimando su actuación como *prima ratio* y propiciando que se privilegie su función preventiva en aras de una verdadera protección de los bienes jurídicos de los menores (Zúñiga, 2001), sumatoria de factores que desembocan en un uso meramente simbólico del derecho de penas con todos sus efectos negativos, entre los que se destaca una huida del poder administrativo nacional para resolver verdaderamente el problema social de abuso sexual de niños como efectivamente le corresponde, pues se obvia bajo este paradigma caduco que “una efectiva protección de los mismos implica políticas criminales de diferente índole más allá de la simplemente jurídicas” (Corte Constitucional de Colombia, C-646, 2001) las cuales deben estar incardinadas en una auténtica Política Social que no des-responsabilice a quienes de forma primaria tienen la función de solucionar el conflicto social, que para el caso son fundamentalmente la clase política y los actores sociales.

Así las cosas, recurrir principal y mayoritariamente al incremento y endurecimiento de las sanciones y de los procedimientos penales con el fundamento populista de ser este el mejor frente para prevenir los delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia, contraría y desconoce no solo el principio fundamental estipulado en el artículo 1º de la Constitución Política de 1991 el cual consagra que Colombia es un Estado Social de Derecho, sino también los valores superiores a la justicia, la igualdad y la libertad plasmados en el Preámbulo de la Carta, el fin esencial del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes superiores consagrado en el artículo 2º del mismo documento, así como gran parte del catálogo de derechos fundamentales fijado positivamente para toda la población sin excepción y finalmente el artículo 4º *ibídem* ya que al desconocerse los postulados normativos máximos de contera se está ignorando la reconocida supremacía que la Constitución Política tiene sobre el resto de prescripciones del sistema de derecho nacional, el cual es principio estructurante del orden jurídico interno que obliga a las medidas legislativas político criminales para hacer frente a la problemática social estudiada, a articularse con el sistema normativo y por ende con la unidad y coherencia que le imprimen los “valores, principios y reglas establecidas en la Constitución” (Corte Constitucional de Colombia, C-415, 2012).

- **Cuarta Conclusión: La Política Criminal Jurídica del Estado de Colombia para hacer frente a los Delitos Sexuales con Menores de 14 Años debe Fundamentarse en el Paradigma Emergente “Penal Constitucional”**

Ante la clara desarticulación de la Política Criminal nacional para prevenir y hacer frente a los delitos sexuales con menores de 14 años con el modelo de Estado Social de Derecho con supremacía constitucional establecido por la Constitución Política de 1991, resulta necesario corregir tal distanciamiento, considerándose como apropiado para el efecto, un cambio en el paradigma de fundamentación jurídica de dicha política pública, canje epistemológico que conlleva abandonar el populismo y el punitivismo como soportes de formulación político criminal, para adoptar los postulados del modelo de Estado vigente junto con todos los valores, principios y derechos fundamentales que lo integran, en consonancia con los principios que dan cuerpo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las dogmáticas teóricas propias de la disciplina penal conocida como Política Criminal, adecuación jurídica que no emerge automáticamente, sino que requiere de un proceso de construcción teórica integral que necesariamente debe iniciar

con la definición y formulación de las bases o fundamentos estructurales que permitan soportar la edificación de una Política Criminal sobre la materia que sea compatible y admisible dentro del modelo de Estado elegido por el constituyente primario.

Y es que la efectividad de un buen programa de Política Criminal depende en gran medida del tipo de fundamentos que lo soporte, considerándose teóricamente que la fusión armónica y coherente de los valores, principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución con las dogmáticas generales del Derecho Penal y específicas de su disciplina político criminal, representan el grupo de elementos más idóneos para fundamentar la superestructura que debe sostener la prevención y lucha jurídico penal del abuso sexual de niños menores de 14 años en Colombia, en el claro entendido que a nivel nacional opera una verdadera “constitucionalización” del Derecho Penal y por extensión también de las formas y estrategias jurídicas para hacer frente a la delincuencia, emergiendo de esta forma una “Política Criminal Constitucional”, categoría dogmática que privilegia para la temática en estudio la prevención social del abuso sexual de menores y utiliza la represión penal solo en *ultima ratio* y siempre bajo el paradigma epistemológico “Penal Constitucional” el cual se ancla en los principios, límites y valores jurídico-criminales del Estado Constitucional de Derecho nacional.

El emergente paradigma “Penal Constitucional” propuesto para fundamentar la Política Criminal jurídica nacional en materia de delitos sexuales con menores de 14 años se origina en el año 1991 con la promulgación y entrada en vigencia de la actual Constitución, siendo teorizado de manera inicial y general en el año 2012 por la Comisión Asesora de Política Criminal la cual profiere bajo estudios propios los “Lineamientos Generales de Política Criminal”, mismos que en el año 2015 fueron tomados por la Corte Constitucional como marco para fijar los “Estándares Constitucionales Mínimos que debe cumplir una Política Criminal Respetuosa de los Derechos Humanos” a nivel nacional, configurándose bajo la sumatoria de los anteriores documentos la base teórica y epistemológica elemental que debe guiar la intervención punitiva y resocializadora del Estado colombiano en materia de delitos sexuales con menores de 14 años, cuerpo documental que no contiene todas las respuestas exigidas para la implementación de dicha política pública, por lo que ineludiblemente debe recurrir y apoyarse en las dogmáticas jurídico penales, las cuales aportan las bases teóricas necesarias para entender el fenómeno criminal y seleccionar adecuadamente los medios de respuesta.



Específicamente son múltiples los fundamentos que deben conformar una “Política Criminal Constitucional” para hacer frente a los delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia, empezando por la necesidad de contar con estudios previos y elementos empíricos rigurosos que permitan comprender y diagnosticar correctamente el fenómeno social, siendo estos conocimientos utilizados por parte de las entidades estatales competentes y en especial por el Poder Legislativo para diseñar y formular medidas de Política Criminal idóneas, coherentes y sistemáticas con el modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho, blindándolas ante cualquier valoración populista o punitivista que las puedan desviar del objetivo guía, el cual no puede ser otro que la protección de los derechos de la niñez con pleno respeto del sistema jurídico nacional, estrategias de lucha criminal que igualmente deben ser compatibles con el principio de supremacía de sostenibilidad fiscal del Estado, en el entendido que las mismas deben estar proyectadas para su viabilidad en el marco de un posibilismo margen de recursos económicos que el Gobierno Nacional pueda o quiera disponer, de ahí que la fase primaria de dicha política pública debe ser especialmente sensible a la limitada capacidad económica del Estado, sin dejar de proyectar los diferentes impactos colaterales que su implementación pueda generar en cualquier otro sistema o política pública nacional relacionada.

En la misma línea teórica, una “Política Criminal Constitucional” para hacer frente a los delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia debe ser plena e íntegramente respetuosa de los derechos humanos y fundamentales que están en cabeza no solo del menor víctima sino también de la persona victimaria, empezando por el de la Dignidad Humana, principio supremo que obliga a todos los responsables de diseñar y formular las medidas político criminales correspondientes e incluso también a los funcionarios y empleados del sistema represivo nacional y también a los miembros de la sociedad en general, a abandonar el uso recurrente de expresiones peyorativas e inapropiadas como “monstruo”, “depredador”, “pedófilo” etc, para emplear solo aquellas que dependiendo su condición jurídica o legal resulten apropiadas para el momento procesal, en el entendido que más allá de las graves o reprochables acciones sexuales cometidas por el victimario, este igualmente es un ser de la condición humana el cual es sujeto de derechos y obligaciones y merecedor de un respeto jurídico absoluto, siendo el término “persona” el único que puede entenderse como válido para hacer cualquier referencia político criminal en la materia, ya que este se halla indisolublemente aparejado a la idea de dignidad introducida y profesada de sobre manera por la Constitución Política de 1991.

Al mismo tiempo, en el paradigma emergente la persona procesada penalmente por abuso sexual de un menor de 14 años debe contar con todas las garantías jurídicas que derivan de su derecho al Debido Proceso constitucionalmente consagrado, lo cual conlleva iniciar su tránsito penal reconociendo y protegiendo tanto su presunción de inocencia como su derecho fundamental a la libertad, garantías que conllevan emplear las medidas cautelares restrictivas del derecho solo de forma excepcional y con pleno ajuste a los fines legales y superiores determinados para el efecto en caso de imposición, procesamiento que debe concluir con una sentencia judicial debidamente motivada que determine con plena claridad la responsabilidad penal o no del acusado, y que en caso de ser de carácter condenatoria, imponga una consecuente pena que lleve implícita más allá de una simple retribución y prevención general, una verdadera función de prevención especial, de lucha contra el abuso sexual de menores, de combate de este delito como fenómeno real existente, para de esta manera lograr prevenir efectivamente el fenómeno social a través del ejercicio penal, facultad sancionatoria especial que igualmente lleva aparejada la misión de resocializar de forma idónea al condenado logrando evitar de esta forma futuros abusos sexuales de niños por parte de aquellos que ya delinquieron.

Los derechos fundamentales también juegan un importante papel en el desempeño óptimo del paradigma de fundamentación “Penal Constitucional” propuesto, toda vez que estos al ser piedras angulares del modelo de Estado Constitucional de Derecho nacional, delimitan al legislador al momento de diseñar la política penal para hacer frente a los delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia, lo que implica en la práctica que el programa político criminal no puede emprenderse a costa del sacrificio extralimitado o equívocamente fundamentado de las libertades y garantías básicas, respeto que debe iniciar incluso desde el mismo momento de establecer los objetivos político criminales y diseñar hipotéticamente las estrategias de prevención y que se debe potenciar en el momento de la formulación legislativa de las medidas decididas, en el entendido que los derechos fundamentales inciden de manera significativa en el sistema jurídico nacional, pero más especialmente en el campo del Derecho Penal ya que orientan y determinan su alcance, por lo que el legislador nacional en el paradigma emergente propuesto no tiene una discrecionalidad absoluta para definir la Política Criminal relativa al abuso sexual de menores estudiado, toda vez que tiene el deber de respetar los derechos constitucionales de todas las partes involucradas, lo cual emerge en el mismo sentido como “fundamento y límite del *ius puniendi* del Estado” (Corte Constitucional de Colombia, C-038, 1995).

Transversal a todo lo dicho, una “Política Criminal Constitucional” en Colombia para prevenir y hacer frente a los delitos sexuales con menores de 14 años debe igualmente observar y aplicar los postulados propios del Derechos Internacional de los Derechos Humanos, normativa *supra* nivel que en palabras de la misma ONU (2015), “exige crear sistemas de prevención del delito y de lucha contra la delincuencia basados en el compromiso irrestricto de proteger los derechos humanos”, mandato replicado en infinidad de instrumentos internacionales tanto regionales como universales y que en virtud del artículo 93 superior integra el Bloque de Constitucionalidad nacional, lo cual conlleva a señalar que los postulados y límites jurídicos de los Derechos Humanos también han sido, son y representan a futuro vínculos convencionales reales que deben ser tenidos en cuenta por el legislador colombiano a la hora de diseñar el programa político criminal sobre la materia, toda vez que no solo condicionan la validez de las normas jurídico criminales proferidas, sino que también dan un amplísimo y taxativo reconocimiento a la dignidad y marcan las obligaciones jurídicas que tiene el Estado a fin de promover y proteger las libertades fundamentales de toda la población.

- **Quinta Conclusión: Una “Política Criminal Constitucional” para prevenir y Sancionar el Abuso Sexual de Menores de 14 Años en Colombia permite consolidar el Modelo de Estado**

El Estado Social de Derecho con supremacía constitucional adoptado por la Constitución del año 1991 para Colombia es un modelo político que no obstante sus más de 25 años, está aún en proceso de consolidación, toda vez que la plena eficacia de los derechos fundamentales, económicos, sociales, culturales y colectivos allí consagrados, así como el efectivo ejercicio de los mecanismos de garantía y defensa de tales derechos requieren aún la concreción de un sinnúmero de factores que permitan cumplir con plenitud sus objetivos de positivización, aunado al hecho de que su promulgación marcó una nueva pauta de unión con las disposiciones internacionales sobre Derechos Humanos integrando así el denominado “Bloque de Constitucionalidad”, nuevo paradigma político que modifica igualmente la forma como se hace frente al fenómeno criminal, dejando de ser este un aspecto eminentemente jurídico penal para comenzar a ser también de orden constitucional, por cuanto la Carta incorpora postulados superiores, particularmente en el campo de los derechos fundamentales, “que inciden de manera amplia y significativa en el Derecho Penal” (Corte Constitucional de Colombia, C-646, 2001).

En el proceso de consolidación del modelo de Estado Social de Derecho nacional y tal como se puede desprender de Hassemer y Muñoz (2012), la política pública en lo criminal no puede ni debe recurrir siempre al Derecho Penal para combatir eficazmente el fenómeno social de abuso sexual de menores de 14 años, toda vez que sobre todo en su aspecto preventivo, tiene que ser consciente de que muchas veces hay otras formas de prevenir dicha delincuencia, como mejorar las medidas de carácter social de la población más vulnerable, posibilitar la reinserción social efectiva de los que ya han sido condenados, mejorar el sistema judicial y penitenciario, etc, ya que como siempre se citó *supra*, "la mejor Política Criminal es una buena Política Social" (económica, educativa, sanitaria, etc.), lucha político criminal que en su aspecto represivo debe igualmente desarrollar y afianzar el Estado Constitucional, lo que implica primero, que su anclaje debe darse siempre en los valores, principios y derechos superiores, y segundo, que no basta con un simple sustento formal, sino que es también evidente y necesario ejecutar materialmente los contenidos esenciales de tales preceptos normativos, lo implica entre otros aspectos, que en todo el proceso de criminalización del delito se deben ponderar siempre los criterios de necesidad, utilidad y eficacia de las sanciones penales.

Si bien es cierto que el Estado de Colombia ha adquirido múltiples compromisos internacionales en virtud de los cuales se compromete a proteger los derechos de los niños por razón entre otros factores de su especial vulnerabilidad, lo cual en términos jurisprudenciales se traduce en la adopción de medidas legislativas, administrativas y judiciales encaminadas a hacer efectivos sus garantías fundamentales, "tal escenario de salvaguardia jurídica encuentra rígidos límites en el conjunto de postulados en que se funda el Estado Social y Constitucional de Derecho" (Corte Constitucional de Colombia, T-718, 2015), lo cual hace entender que ningún derecho es absoluto y que el ejercicio de libertad configurativa del legislador nacional está limitado por el marco constitucional y los principios en que se soporta el modelo de Estado, lógica política que lleva igualmente a interpretar que en aplicación del principio *pro infans* hay lugar a que la Política Criminal interna esté facultada para perseguir y sancionar penalmente las personas cuando cometan delitos sexuales sobre menores de 14 años, quedando igualmente habilitado el ente estatal para establecer restricciones de tipo procesal judicial y administrativo para los condenados por estas conductas penales, siempre y cuando y en aplicación irrestricta del mencionado modelo de Estado vigente, se respeten las garantías mínimas superiores de todos los involucrados en el sistema penal.

Solo en la anterior medida es constitucionalmente válido que la Política Criminal del Estado de Colombia criminalice la conducta de abuso sexual de menores de 14 años, reiterándose la clara y expresa prohibición en la libertad configurativa legislativa de cercenar los derechos y garantías mínimas superiores de cualquier persona pretendiendo prevalecer una aparente protección al menor, esto porque la Política Criminal que subyace de la Constitución no puede salvaguardar válidamente a un grupo diferenciado como lo es la niñez por medio de la violación de los derechos de aquellos que se encuentran en otra categoría igualmente amparada por el ordenamiento jurídico superior como lo es la de persona procesada o condenada penalmente, misma que de igual forma irradian reconocimiento y protección desde la Carta Política, debiéndose ponderar siempre los derechos y garantías de la persona sometida al *ius puniendi* del Estado con la eficacia de este en la protección de la sociedad y las víctimas, lo cual no necesariamente inicia o pasa por el establecimiento de sanciones penales lo más gravosas posibles rayando casi que en la perpetuidad, puesto que esta lógica jurídica contraviene y debilita los “valores, principios y derechos fundamentales en que se funda el Estado colombiano” (Corte Constitucional de Colombia, T-718, 2015).

Y es que el discurso de los derechos humanos y fundamentales junto con el abanico de garantías jurídicas propias del modelo de Estado vigente, tal como puede desprenderse de Landrove (2009), “no es una suerte de lujo al que debe renunciarse en tiempos de amplio aumento criminal”, sino un paradigma crítico y sobre todo progresista que aborda la defensa y evolución de un modelo de Derecho Penal indisolublemente vinculado a las garantías del Estado Constitucional de Derecho, por lo que atropellar internamente algunos de sus derechos y libertades, o suprimir ciertas garantías para hacer frente a ciertos delitos como los sexuales con menores con la simple coartada de salvaguardar los derechos de estos o la seguridad ciudadana supone, en definitiva, la exclusión del marco institucional de concretos grupos específicos de personas como lo representa los victimarios sexuales, y con ello, el real resquebrajamiento del sistema democrático en su conjunto, por lo que es de entenderse que el diseño y construcción de los programas político criminales no pueden desconectarse o renunciar a los principios, derechos o garantías superiores, premisa jurídica suprema que al ser siempre cumplida íntegramente permite no solo la consolidación del modelo de Estado vigente, sino también la garantía insoluble de los derechos humanos y fundamentales de todos los usuarios del sistema penal nacional.

A lo anterior hay que adicionarle que un programa político criminal sobre la materia estudiada que respete, desarrolle y consolide el modelo de Estado vigente debe estar articulado también desde el conocimiento de la realidad criminológica y social circundante, para que de esta manera su efectividad sea real, coherente y congruente con el contexto del país, debiéndose constituir en medio de un amplio ejercicio racional basado en el pulcro respeto del principio de la dignidad humana y de los derechos humanos y fundamentales tanto de los menores víctimas como de todas las personas victimarias, propósito angular que exige de las autoridades públicas encargadas de formular las soluciones a la problemática, ir más allá del simple análisis dogmático del instituto político criminal, para entender objetivamente y desde una mirada interdisciplinar el fenómeno social del abuso sexual de menores de 14 años junto con todas sus características, causas y consecuencias directas e indirectas que lo componen, lo cual permitirá diseñar, formular y aplicar las más adecuadas e idóneas estrategias político criminales para lograr su prevención y eventual sanción penal, siempre que dicha criminalización en aplicación del principio *pro infans*, permitirá proteger de manera real y efectiva a los menores por medio del catálogo de garantías superiores y se dé a través de los mecanismos constitucionalmente permitidos.

En consonancia con lo dicho y no obstante toda la importancia y supremacía que engloba el modelo de Estado vigente, el diseño y formulación de una Política Criminal Constitucional en Colombia para prevenir y sancionar el abuso sexual de menores de 14 años implica no siempre dar una prioridad abstracta o absoluta de la fundamentación constitucional sobre la penal, pues la Carta superior no es en sí un tratado político criminal, por lo que el legislador ordinario puede y debe preferentemente hacer uso de los postulados generales del Derecho Penal o específicos de su disciplina político criminal si concluye que las circunstancias específicas de configuración legislativa así lo exige, tratándose entonces de una relación de preferencia constitucional armónica y no única o indeterminada, o lo que en otros términos significa que si la Política Criminal se genera en los parámetros de un Estado Constitucional de Derecho, resulta obvio pensar que la justificación de su instrumentación debe darse siempre en los términos dogmáticos establecidos por el Derecho Penal, ya que su contrario sería pensar que la Carta Política o el Derecho Constitucional contiene todas y cada una de las respuestas exigidas para la implementación de una Política Criminal en materia de delitos sexuales con menores de 14 años, cuando resulta a todas luces jurídicas que no es así.

En suma, diseñar y formular Políticas Criminales jurídicas para hacer frente al abuso sexual de menores de 14 años en Colombia con pleno respeto de los preceptos normativos superiores conducirá no solo a la consolidación eficaz del modelo de Estado adoptado legítimamente en el año de 1991, sino también a la necesaria actualización jurídica de la política pública nacional en su aspecto criminal, emergiendo el paradigma jurídico “Penal y Constitucional” como el mejor marco teórico de referencia para su adecuada y válida fundamentación, política que debe pensarse siempre desde el modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho, ya que este no es una simple condición “accidental” sino un punto de partida epistemológico que independiente de su grado de desarrollo factico o conceptual, representa la carta de navegación que debe direccionar en todo momento el modo como internamente se hace frente a los delitos sexuales con menores y que en interpretación a Zaffaroni (1980), permite consolidar no solo “una política pública coherente y racional en lo criminal” que considere siempre al ser humano como el destinatario inicial y final de todas sus medidas, sino también fortalecer nuestro sistema jurídico democráticamente constituido como el instrumento humano más importante que ha escogido nuestra sociedad política para ordenar la vida y garantizar el disfrute de los derechos de toda la población.

## **Recomendaciones**

Este apartado final presenta una serie de recomendaciones que podrían realizarse a futuro para fortalecer la investigación efectuada o emprender investigaciones similares e incluso mejorar el diseño y formulación real de la Política Criminal en materia de delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia o en cualquier otro aspecto delincencial, mismas que han surgido de los resultados parciales y generales obtenidos y que se dirigen a las diferentes instancias tanto del aspecto académico, como social y estatal del ámbito propio, las cuales deben en conjunto proteger a la niñez nacional haciendo riguroso frente a su abuso sexual, pero siempre en debida forma jurídica, lo cual implica una prevención y sanción bajo los postulados que impone el sistema jurídico nacional, mismo que se basa y configura a partir de los fines del modelo de Estado Social de Derecho con supremacía constitucional incorporado por la Constitución Política de 1991, carta de navegación que como se dijo es fruto del ejercicio político más racional que haya adelantado el pueblo colombiano para organizar nuestra sana convivencia y salvaguardar los derechos humanos y fundamentales de los cuales todos somos titulares.

### - **A la Sociedad Civil**

Se recomienda a todas las personas que componen el conglomerado social para que inicien y unan sus más enérgicos esfuerzos con el fin de proteger a la niñez nacional previniendo eficazmente su abuso sexual, especialmente sobre todos aquellos menores de 14 años dada su inmadurez física y mental para consentir cualquier acto sexual, ya que esta no es una tarea que le compete solo al ente estatal, sino que también está en cabeza de la familia debiendo iniciar desde los mismos padres, los cuales deben tomar conciencia de su responsabilidad en el cuidado integral que deben tener sobre sus hijos menores, así como también en la sociedad en general, la cual debe generar un cambio cultural en la mentalidad sobre cómo se percibe a la niñez nacional, ya que por simple lógica de convivencia estos no deben ser objeto de vejámenes sexuales sino sujetos de respeto y aceptación, absteniéndose igualmente de participar punitivamente en el diseño y formulación de las políticas en lo criminal para prevenir y sancionar el abuso sexual de menores, toda vez que este no es un aspecto popular sino principalmente jurídico que debe ser confiado a expertos y fundamentado no en el sentir colectivo, sino en los valores, principios y derechos estipulados por la Constitución Política de 1991.

### - **A los Poderes Públicos**

En primer lugar, se recomienda al poder ejecutivo nacional desarrollar el modelo de Estado Social de Derecho colombiano consagrado en el artículo 1º superior con el fin de prevenir primero desde lo social el abuso sexual de menores de 14 años en Colombia, labor que le implica robustecer o rediseñar el amplio catálogo de políticas públicas del orden, fortaleciendo principalmente las educativas, culturales, laborales y sanitarias, con miras a intervenir en la misma raíz de la problemática social desde antes que esta se manifieste en la práctica, para lo cual igualmente requiere de un necesario reajuste del principio de sostenibilidad fiscal como criterio orientador para el reconocimiento de los derechos sociales fundamentales y del sistema económico nacional en su conjunto para permitir el mayor grado de inversión económica posible en la prevención social del abuso sexual de menores, así como ampliar y capacitar de mejor forma el componente humano relacionado de la administración pública en el que se incluye el policial y el penitenciario, tarea integral que no solo le permitirá cumplir sus fines constitucionales y compromisos internacionales, sino también su función de garante de la infancia nacional al mejorar la calidad de vida y seguridad de toda la niñez y en general de toda la población.



En segundo lugar, se recomienda al poder legislativo nacional como parte de la expresión operativa del principio democrático nacional, examinar siempre en *ultima ratio* y cuidadosamente las soluciones político criminales penales formuladas y decidir cuál es la mejor para su implementación, elección que en términos de Borja (2001), implica la prohibición de tipificar y sancionar como delito el abuso sexual de menores bajo criterios morales, políticos o simplemente populistas o punitivistas, pues si la pena es el instrumento represivo, la política penal para prevenir y sancionar el abuso sexual de menores de 14 años debe estar legitimada pero sobre todo fundamentada sobre los principios político criminales que se proclaman expresamente en la Constitución Política de 1991, los cuales son el resultado de un profundo proceso democrático e ilustrado que exige a los representantes políticamente elegidos que estos sean los primeros llamados a proteger y respetar el modelo de Estado Social de Derecho con supremacía normativa designado legítimamente por todos sus representados primarios, deber jurídico que exige igualmente un meticuloso equilibrio entre la necesaria protección de los derechos fundamentales de los niños y el pleno respeto de los derechos humanos e igualmente fundamentales de todas las demás personas, incluidos los victimarios sexuales.

En tercer lugar, se recomienda al poder judicial nacional adoptar una permanente actitud crítica y de denuncia, con clara vocación de respeto constitucional, ante medidas de Política Criminal populistas y punitivistas que hagan frente al problema del abuso sexual de menores de 14 años en Colombia, toda vez que esto lleva entre otros a que en sus providencias se criminalice muchas veces de forma desproporcionada, generalizando además la legislación o política penal de la emergencia como recurso eminentemente electoralista, en el entendido que una actitud de pasividad e incluso en algunos casos de verdadera tolerancia o complacencia y tal como lo afirma Landrove (2009), lo único que genera es la pérdida de prestigio y eficacia de la judicatura, que en últimas es la rama del poder público nacional que más sacrificada se ve por los intereses populistas y políticos de algunos pocos, por lo que en fuerte defensa del modelo de Estado de Derecho con supremacía normativa vigente desde el año 1991, esta puede y ante todo debe adoptar una contundente actitud reflexiva cuando los productos legislativos penales sustantivos y procesales que han de regir los fundamentos de sus providencias no respeten u obvien los principios sobre los que el sistema jurídico nacional se asienta, integrando también en dicha dinámica a todos aquellos miembros de la judicatura que con frecuencia caen ante el poder político e incluso punitivista de dicho paradigma.

## - **A los Partidos Políticos**

En primer lugar, se recomienda abandonar inmediatamente las ideas populistas relacionadas con el endurecimiento jurídico penal o punitivismo casi que con ideales de perpetuidad como primera o incluso única fórmula para hacer frente al abuso sexual de menores de 14 años en Colombia, toda vez que la prevención y sanción de un fenómeno social que genera tanta sensibilidad nacional no puede ser utilizado como un discurso político con miras a traducirse en un semillero fructífero de votos, dejando de aprovechar igualmente el más mínimo defecto o signo de benevolencia de las medidas político criminales vigentes para generar réditos en las urnas, toda vez que la protección y garantía de los derechos humanos y fundamentales de los niños no puede pasar a ser un aspecto eminentemente electoral, sino debe conservar y ante todo fortalecer su esencia predominantemente social, lo cual debe llevar a enriquecer el debate y control político en torno a las exigencias que se le deben hacer mayoritariamente al poder ejecutivo y no tanto al judicial nacional, ya que el abuso sexual de niños antes de ser un problema penal, judicial o carcelario, es un fenómeno social y administrativo que debe ser siempre prevenido preferentemente por medio de las políticas públicas sociales y solo en última instancia por las criminales.

En segundo lugar y en el marco de sus competencias de iniciativa legislativa, se recomienda iniciar o tramitar todos sus proyectos de ley o de actos legislativos que incidan en la formulación y diseño de la Política Criminal o penal nacional en materia de delitos sexuales con menores de 14 años, conociendo y respetando tanto los valores, principios y derechos fundamentales establecidos por la Constitución Política de 1991 para toda la población sin excepción, así como los “Lineamientos Generales de Política Criminal” establecidos en el año 2012 por la Comisión Asesora de Política Criminal y los denominados “Estándares Constitucionales Mínimos que debe cumplir una Política Criminal Respetuosa de los Derechos Humanos” fijados por la Corte Constitucional (Corte Constitucional de Colombia, T-762, 2015), toda vez que como se ha mencionado, dichos documentos configuran la base teórica de un nuevo paradigma de intervención punitiva y resocializadora del Estado colombiano en la materia, mismo que se debe complementar armónicamente con las dogmáticas propias del Derecho Penal en sus aspectos político criminales, las cuales aportan los saberes necesarios para entender el fenómeno criminal y seleccionar adecuadamente los medios para hacer frente jurídico.

### - **A los Mass Media**

Se recomienda que dejen de comercializar con la criminalidad y su prevención (Landrove, 2009), absteniéndose por ende de transmitir o publicar “noticias” de forma descontextualizada o polarizada cuando un abuso sexual sobre un menor de 14 años se cometa en Colombia, ya que dicho tratamiento informativo impacta negativamente en la forma de formular la Política Criminal interna sobre la materia al disparar muchas veces sin real fundamento la alarma y el miedo social frente a tal delito lo que lleva a potenciar demandas populistas como remedio prioritario a la problemática, cambio de paradigma que implica primordialmente desprenderse de cualquier intereses político o económico y centrarse entre otros, en preparar a sus profesionales de mejor forma para que entiendan adecuadamente el conflicto social y jurídico que narran y por consiguiente puedan informar y orientar adecuadamente a la opinión pública, ya que dramatizando casi que morbosamente la información, manipulando las estadísticas oficiales o deslegitimando el sistema político criminal, se cunde entre la ciudadanía el miedo colectivo y el victimismo, lo que genera según Maqueda (2004), “una amplia sensación de inseguridad que prefiere el punitivismo de medios sobre las políticas criminales liberales constitucionales”.

### - **A la Comunidad Académica**

Se recomienda dar permanente uso y difusión a los resultados presentados pero sobre todo continuidad al estudio de las temáticas jurídicas que han sido abordadas en la presente investigación, toda vez que el conocimiento sobre una emergente “Política Criminal Constitucional” en materia de delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia no se limita a lo ya dicho, sino que requiere mayores y más profundos análisis que permitan ampliar su grado académico de comprensión, siendo muy interesante a futuro cercano poder desarrollar abordajes no solo teóricos sino empíricos que permitan incluir activamente y en el marco de lo posible, las perspectivas reales tanto de víctimas indirectas, victimarios, formuladores, políticos, legisladores, jueces, fiscales, funcionarios carcelarios, etc, que fueron descartadas en esta ocasión, pero que resultan de suma importancia para el perfeccionamiento práctico y empírico de la temática estudiada, siendo igualmente importante poder ejecutar disertaciones desde el derecho comparado, ya que las características de unas y otras pueden ofrecer importantes datos al proceso integral de criminalización nacional para el delito sexual sobre menores e incluso para el tratamiento jurídico de cualquier otro fenómeno criminal en aumento.



## **A. Anexo: Lineamientos de Política Criminal para el Estado Colombiano**

En el mes de Junio de 2012 se publicó el “Informe Final Diagnostico y Propuesta de Lineamientos de Política Criminal para el Estado colombiano” elaborado por un selecto grupo de expertos independientes que conformaron en su momento la denominada “Comisión Asesora de Política Criminal” la cual entre otras funciones tenían la finalidad específica de apoyar la formulación de la Política Criminal del país y dar recomendaciones al Gobierno Nacional al respecto (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012), documento que estructuralmente se compone de dos partes siendo la primera de ellas llamada “El Diagnóstico” que a su vez se subdivide en dos capítulos intitolados resumidamente “Capítulo I: Fundamentos Normativos de la Política Criminal” y “Capítulo II: Bases Empíricas de la Política Criminal en Colombia”, y la segunda parte denominada “Los Lineamientos y Recomendaciones” que igualmente esta subdividida por dos capítulos designados “Capítulo III: Lineamientos Generales para una Política Criminal Democrática, Estable y de Largo Plazo del Estado colombiano” y “Capítulo IV: Lineamientos Específicos de Política Criminal para Fenómenos Criminales Particulares”.

Considerando de suma importancia para complementar el cuerpo del trabajo tesis doctoral elaborada, a continuación se presenta *in integrum* y a título siempre de “Anexo”, el referenciado Capítulo III del Informe Final, toda vez que el mismo y tal como se pudo apreciar a lo largo del estudio, se relaciona directamente con el paradigma de “Política Criminal Constitucional” propuesto para diseñar y formular las estrategias jurídicas de prevención y sanción del abuso sexual de niños en Colombia, al contener las bases o lineamientos generales para una Política Criminal de Estado, de largo plazo, que sea democrática, garantista y al mismo tiempo eficaz, los cuales necesariamente deben ser tenidos en cuenta al momento de la construcción legislativa sobre la materia.

### “Capítulo III

#### **LAS BASES GENERALES PARA UNA POLÍTICA CRIMINAL DE ESTADO: LINEAMIENTOS SUSTANTIVOS Y DISEÑOS INSTITUCIONALES**

122. En este capítulo, la Comisión desarrolla cuáles son las características sustantivas que debería tener la Política Criminal del Estado colombiano, con el fin de corregir los defectos sustantivos que fueron constatados en el capítulo precedente. Igualmente la Comisión propone varias reformas normativas e institucionales que parecen necesarias para corregir los defectos de la institucionalidad encargada de la formulación de dicha política y que fueron también reseñados en el diagnóstico empírico de este informe, desarrollado en el capítulo anterior.

123. Algunas de las características sustantivas que, según la Comisión, debería tener la Política Criminal del Estado colombiano pueden parecer simples reiteraciones de muchos de los principios normativos que enmarcan dicha Política Criminal y que fueron reseñados en el primer capítulo de este informe. Pero no es así. El trabajo de la Comisión consistió no sólo en recordar esos principios normativos sino además en contrastar su relevancia frente a la realidad colombiana. Y es a partir de ese diálogo entre los principios normativos y el estudio de la realidad empírica que la Comisión reitera ciertos rasgos sustantivos que debería tener la Política Criminal. Para presentar dichos rasgos, la Comisión recordará la importancia de algunos principios normativos de derechos humanos, que son de especial relevancia para dotar de coherencia, garantismo y eficacia a la Política Criminal, para luego examinar ciertos rasgos de coherencia, estabilidad, racionalidad y sustento empírico que debe tener toda Política Criminal si quiere ser una buena política pública.

#### **a. La Política Criminal y el respeto de los principios penales constitucionales y de derechos humanos**

124. Es claro que la Política Criminal debe respetar los principios constitucionales y de derechos humanos que la enmarcan y que en especial gobiernan el ejercicio de la función punitiva en un Estado democrático respetuoso de la dignidad humana. La Comisión no encontró en la realidad empírica colombiana ninguna razón para pensar en que dichos principios no deben ser aplicados y por ello reitera que dicha política debe

respetarlos, sin que sea necesario que en este capítulo deban ser nuevamente explicados. Basta mencionar que la Política Criminal debe respetar las garantías penales (como los principios de legalidad, lesividad y culpabilidad, entre otros), las garantías procesales (como el debido proceso o el principio de juez natural) o los principios que gobiernan la ejecución penitenciaria, como el fin resocializador que la pena privativa de la libertad debe tener en esa fase. Remitimos entonces al lector a todos estos principios que fueron sistematizados en el capítulo I de este documento.

125. Con todo, existen algunos principios que la Comisión desea enfatizar debido a su importancia estratégica en la formulación y ejecución de una Política Criminal coherente y propia de un Estado democrático: i) la idea del derecho penal como *ultima ratio* para la protección de bienes jurídicos y ii) el principio de no discriminación.

**b. La importancia de la idea del derecho penal como *ratio última* de protección de bienes jurídicos en la Política Criminal.**

126. Como se señaló en el capítulo I, al estudiar el principio del derecho penal como *ultima ratio*, un Estado democrático debe minimizar la intervención punitiva, pues si la garantía y protección de los derechos humanos y de los bienes jurídicos fundamentales pueden ser alcanzadas por vías distintas a la penal, como la política social, las políticas preventivas o el uso de mecanismos administrativos de control, entonces es ilegítimo recurrir al instrumento penal. Sin embargo, como se constató en el diagnóstico empírico del capítulo II, en las últimas dos décadas hay signos claros de que Colombia entró en una suerte de “*populismo punitivo*”, pues ha habido claros aumentos de las penas y de la población privada de la libertad, sin que sea claro que dichos incrementos punitivos hayan sido factores para un incremento de la seguridad y una mejor protección de los derechos fundamentales de los habitantes. Dadas esas circunstancias, es clave que Colombia tome en serio el principio del derecho penal como *ultima ratio*, de lo cual se siguen varias consecuencias, que la Comisión entra a desarrollar: i) la importancia de enfatizar la prevención, ii) el uso de penas alternativas a la privación de la libertad en armonía con estrategias para enfrentar la crisis humanitaria en el SCP, y iii) la forma como deben ser considerados los derechos de las víctimas en la Política Criminal y iv) las potencialidades que tienen los mecanismos de justicia restaurativa.

## 1. La prevención en serio

127. La Política Criminal debe ser una política pública estructurada de prevención y lucha contra la criminalidad<sup>1</sup>, basada en principios y reglas que impidan la fuga al derecho penal en búsqueda de soluciones que podrían lograrse por otros medios.

Para que la Política Criminal pueda desarrollarse adecuadamente y logre los efectos buscados, es importante que en su diseño e implementación se establezca una efectiva coordinación entre las diferentes entidades e instituciones que deben intervenir en la prevención, reacción, investigación, procesamiento y sanción de la criminalidad, así como en la fase de ejecución de las penas y en la aplicación de medidas no penales que tiendan a la prevención de conductas lesivas de los derechos ciudadanos.

128. La prevención y la lucha contra la criminalidad no pueden basarse exclusivamente en el sistema penal. Los factores que inciden en la delincuencia tienen mucha relación con las condiciones de desigualdad, discriminación y exclusión que rigen en las sociedades modernas. Por ello, es indispensable que al lado de las medidas de estricta política penal, se establezcan otras estrategias y acciones dirigidas a eliminar los factores mencionados y a mejorar las condiciones de vida de quienes están más expuestos a las situaciones favorables al crimen.

Las estrategias y acciones de la Política Criminal deben orientarse a lograr los efectos buscados, con los medios menos lesivos de los derechos fundamentales. En una perspectiva de protección de los derechos humanos, la Política Criminal debe privilegiar la prevención frente a la represión y el respeto de los derechos sobre el eficientísimo, considerando, además, que cuando sea necesario acudir a los mecanismos de represión, se deben establecer salvaguardas para que se afecten lo menos posible los derechos fundamentales tanto de los responsables de los hechos punibles, como de las víctimas de los mismos.

---

<sup>1</sup> La Comisión adoptó un concepto amplio de criminalidad con sustento en la definición de Política Criminal acogida y bajo el concepto de que en ella se incluyen las "conductas que atenten contra los derechos de los ciudadanos y aquellos bienes jurídicos que articulen la defensa de los mismos".



129. Entre las varias opciones que tiene el Estado para elaborar su Política Criminal, la configuración de un derecho penal mínimo, con sus notas de subsidiariedad y fragmentariedad, es quizás el sistema que tiene mayor vocación de éxito en la prevención del delito, en la lucha contra la criminalidad y en la protección de los derechos humanos, en tanto que respeta en mayor medida la libertad de las personas, conservando dentro de los límites constitucionales el poder punitivo del Estado.

Es importante abandonar la idea de que el delito se combate esencialmente con el incremento de las penas. La Política Criminal debe prever instancias adecuadas para que el Estado diseñe e implemente tratamientos del delito desde perspectivas diversas al derecho penal, para lo cual se deben estructurar instituciones de alto nivel técnico con expertos de otras disciplinas, según sea el tema objeto de estudio, quienes se encargarán de diseñar tales respuestas diferentes.

130. La regulación del sistema penal en general, y de las penas en particular, necesita un cambio de perspectiva, de la represión a la prevención. Fundamentar el sistema penal en criterios represivos lleva, por regla general, a que la sociedad eleve cada vez más sus demandas punitivas y a que el poder legislativo incremente exorbitantemente los niveles de las penas, en particular de las privativas de la libertad, en una espiral expansionista. Este modelo ha sido tradicionalmente impulsado en Colombia, de forma que en la actualidad se ha expandido el derecho penal para elevar a la categoría de delitos conductas de escaso daño social y para aumentar las penas más allá de cualquier fundamentación teórica. Para contrarrestar esta situación, se vuelve imperativo cambiar de perspectiva tanto jurídica como social, abandonando la idea de que la justicia solamente se logra mediante la represión, y poniendo como fundamento del sistema la prevención del delito, por medio de políticas públicas eficaces e incluyentes que conserven para el derecho penal su carácter subsidiario y de *última ratio*.

## **2. Las medidas alternativas a las penas privativas de la libertad y el enfrentamiento de la crisis del sistema carcelario y penitenciario (SCP)**

131. Como el Estado no puede renunciar a su compromiso de respetar los derechos fundamentales de los condenados, ni a garantizar la seguridad para la sociedad y el respeto de los derechos de las víctimas, la Comisión considera urgente y necesario

implementar un proyecto amplio de penas y medidas alternativas a la prisión que permita avanzar en el cumplimiento de las obligaciones del Estado en esta materia y, paralelamente, crear instituciones y estrategias que permitan a la cárcel el cumplimiento de la función resocializadora legalmente asignado a ella en la fase de ejecución penal.

132. La prisión y las penas privativas de la libertad son instrumentos utilizados por todos los Estados en la lucha contra el delito y constituyen la respuesta generalizada, pero no la única, a las conductas punibles, con lo que se evidencia la posibilidad de reaccionar frente al delito con penas alternativas.

No obstante el uso generalizado de la prisión, las legislaciones de la mayoría de los Estados prevén sanciones distintas a la prisión para algunas conductas punibles o para remplazarla en casos debidamente reglados, y establecen regímenes especiales que permiten a los condenados reducir el tiempo de ejecución de las penas privativas de la libertad que se les haya impuesto, constituyéndose estas formas en alternativas a la ejecución de la pena privativa de la libertad.

Las medidas alternativas así implementadas, de acuerdo con los informes que sobre ellas se han elaborado, han incidido positivamente en la reducción de la reincidencia, en la prevención del delito y en el mejoramiento de las condiciones de funcionamiento de los sistemas carcelarios, con efectos positivos palpables sobre los derechos fundamentales de los reclusos. Ante esta evidencia, y dadas las condiciones de la prisión en Colombia, la Política Criminal para el Estado colombiano debe prever respuestas a las conductas criminales que sean verdaderas alternativas al encarcelamiento, de forma que se avance en la protección de los derechos fundamentales de los reclusos, pero, adicionalmente, en el logro de los objetivos de seguridad ciudadana, al establecer mecanismos de reacción que tiendan más efectivamente a la resocialización de los delincuentes.

133. Las penas privativas de la libertad, como forma de reacción estatal contra el delito, están legitimadas en razón del fin resocializador que se le asigna como principal, tanto en las legislaciones internas como en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

La comunidad internacional, a través de distintos instrumentos, ha definido el fin de resocialización como el que debe prevalecer en la fase de ejecución de la pena privativa de la libertad.

La jurisprudencia nacional, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, ha resaltado igualmente que las penas pueden tener diversos fines pero que la fase de ejecución de la pena privativa de la libertad debe estar orientada esencialmente por un esfuerzo de resocialización del delincuente, a fin de que éste pueda reincorporarse, una vez cumplido el castigo, a la vida social, como una persona que respeta los derechos de los demás y puede contribuir a la comunidad con base en sus preferencias y capacidades .

Supuesta esta finalidad, la Política Criminal debe considerar el tratamiento resocializador como un fin de la pena, pero también debe tomar en consideración que la privación de la libertad de la persona declarada responsable busca que el Estado con sus obligaciones de proteger a la sociedad contra el delito y de garantizar a las víctimas los derechos vulnerados con la conducta punible y, en lo que atañe con la pena de prisión, de los derechos de los condenados.

134. Se deben racionalizar las penas, tanto en su fase legislativa, como judicial y penitenciaria. Para ello es necesario: i) revisar concienzudamente las penas legalmente establecidas, que carecen de sistematicidad y en ocasiones se han incrementado inusitadamente sin tener en cuenta el principio de proporcionalidad; ii) establecer criterios adecuados que permitan a la ley regular las penas de acuerdo con los bienes jurídicamente tutelados y las distintas modalidades de afectación a los mismos, de forma que no resulten sanciones exageradas frente a bienes jurídicos de menor importancia, o se entrecrucen los criterios de gravedad en función de la modalidad de ataque al bien jurídico; iii) tener como principio de la asignación de penas el hecho de que las penas máximas no solo deben ser acordes con la expectativa de vida en Colombia, sino que deben guardar coherencia con las finalidades de la pena que establezca el Consejo de Política Criminal. Cualquiera que fuese el fin de la pena, que el legislador defina, se debe destacar que este fin tiene que permear todos los proyectos legislativos en materia punitiva, ya que se debe ser consecuente en su tratamiento; iv) considerar condiciones especiales para la ejecución de la pena respecto de los grupos sociales que las exigen,

en especial de las mujeres, con la finalidad de evitar resultados de mayor drasticidad en la ejecución de las penas por los integrantes de tales grupos y mejorar las condiciones de respeto y garantía de sus derechos fundamentales; v) reducir el uso de la prisión en el Sistema de Responsabilidad Adolescente en Colombia, que hace un uso excesivo de la privación de libertad, pese al hecho de contar con mecanismos alternativos al uso de la prisión para los y las jóvenes en conflicto con la ley; vi) establecer políticas públicas enfocadas al post-penado, de forma tal que se asuma el compromiso de reinserción social no solamente con el tratamiento penitenciario, sino también con la orientación y ayuda a la reubicación social.

135. Una respuesta racional de Política Criminal al problema de las prisiones en Colombia debe contemplar medidas alternativas para evitar la desocialización que produce la cárcel; reducción de las penas legalmente asignadas; medidas complementarias diseñadas sobre principios de racionalidad, *ultima ratio* y proporcionalidad, y cambios profundos en el tratamiento resocializador.

La cárcel como institución y debido a las peculiaridades que rodean su uso, genera condiciones altamente desocializadoras porque: i) aísla al penado de su contacto con la sociedad en la que vive, de forma que le impide adecuar su comportamiento para resistir los factores que inciden en la producción del delito; ii) aparta al condenado de su familia –que habitualmente es destruida por la pena de prisión–, con lo que reduce las expectativas de una vida en libertad respetuosa de los derechos de los demás; iii) rompe las redes sociales a las que pertenece el condenado, extrañándolo y obligándolo a buscar refugio en la subcultura penitenciaria, caracterizada por la violencia y la corrupción; iv) estigmatiza al condenado, impidiéndole, después de la condena, su reubicación dentro de la sociedad, etc.

Las penas alternativas, al edificarse sobre principios diferentes al aislamiento y la violencia, tienen la virtualidad de minimizar los efectos desocializadores de las sanciones penales y pueden brindar mejores condiciones para alcanzar el fin de la pena establecido en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales, así como para proteger en mejor forma los derechos de los condenados y de las víctimas de la criminalidad, y la seguridad de la sociedad.

136. Las directrices de Política Criminal en materia del uso de la prisión deben propender por reducir el hacinamiento carcelario; la mejora en las condiciones de ejecución de las penas privativas de la libertad y las medidas cautelares; la racionalización del uso de las instalaciones penitenciarias y carcelarias, y la creación de conciencia pública sobre las medidas alternativas como respuesta sancionatoria válida del Estado a la criminalidad. En relación con la medida legal de las sanciones penales, se evidencia que éstas han alcanzado topes que, por sí mismos, atentan gravemente contra la finalidad resocializadora de la pena, especialmente de la privativa de la libertad. Por principio, un tratamiento resocializador podría requerir un tiempo mínimo para ser ejecutado, pero también un plazo máximo que brinde al detenido expectativas serias de vida en libertad y estos plazos deben ser determinados a través de una investigación empírica.

Cuando el sistema jurídico colombiano establezca penas alternativas como respuesta a la conducta punible, es necesario además exigir al juez que justifique detalladamente el uso de la prisión en el caso concreto en el que la imponga, pero, a su turno, que cuente con una certificación del sistema penitenciario en la que se le informe al juez sobre la capacidad de las cárceles y las posibilidades de dar al penado un tratamiento resocializador. Con el fin de evitar traumatismos, podría pensarse en una forma de implantación progresiva de esas certificaciones.

137. El sistema penitenciario y carcelario no ofrece suficientes ni adecuados esquemas de ejecución de los medios a través de los cuales se persigue la resocialización del condenado, por lo que es necesario reestructurar los modelos de trabajo, estudio y enseñanza.

En este sentido, es necesario que dentro de la Política Criminal del Estado colombiano i) se reestructuren el trabajo, el estudio y la enseñanza como vehículos de resocialización, no como simples factores de redención de pena o de ocupación del tiempo libre, acercándolos a las condiciones que estas estrategias tienen en la vida en libertad; ii) se redistribuyan las cargas presupuestales y administrativas del sistema penitenciario, orientándolas más a la atención de los reclusos que a la vigilancia y custodia, y iii) se readecuen las competencias de la fuerza pública en la materia y se confíe a funcionarios civiles el control de las cárceles y la Dirección de la entidad rectora del sistema,

reservando para la Policía Nacional las funciones de control externo, cuando sea necesario y a petición expresa del Director de la respectiva penitenciaría.

138. El sistema jurídico colombiano, si bien contempla algunas penas que pueden tener carácter alternativo, no las prevé como tales ni existe para los jueces una opción viable a aplicar entre la severidad de la pena privativa de la libertad y la condena de ejecución condicional. Es necesario, entonces, configurar el sistema de penas y medidas alternativas a la privación de la libertad.

El Código Penal no habla de penas alternativas. Clasifica las sanciones en principales, sustitutivas y accesorias, por lo que cierra al sistema judicial los espacios para acudir a otras modalidades de sanción como alternativa a la prisión e impide que por razones relacionadas con el tipo de delito, las características del delincuente, la afectación al bien jurídico, las medidas de reparación y otros factores, se pueda decretar una pena adecuada a las necesidades del castigo.

El Código Penal, en consecuencia, debe ser reformado en sus partes general y especial, para que penas distintas a la prisión sean asignadas como respuestas a la conducta punible por vía general o de asignación específica, y puedan ser aplicadas por los jueces en función de las condiciones del autor del delito, los bienes jurídicos afectados, la protección de los derechos de las víctimas y los fines que se persiguen con el sistema penal.

139. Las medidas alternativas a la prisión como medida cautelar y como sanción, preservan la dignidad humana y otros derechos fundamentales de quienes están sometidos al proceso penal y deben soportar la respuesta punitiva del Estado.

Las medidas alternativas a la prisión amplían el abanico de posibilidades para graduar proporcionalmente la respuesta punitiva del Estado, según la gravedad de los delitos y la culpabilidad del imputado o sentenciado.

Sin descuidar las exigencias de la seguridad ciudadana ni las expectativas de las víctimas de los delitos, las medidas y penas alternativas tienen la virtualidad de permitir

salidas menos drásticas a la infracción de la ley penal, con el consecuente mejoramiento de la situación de los derechos humanos de los autores de delitos.

140. La detención preventiva debe recuperar su condición de medida excepcional y, por consiguiente, se debe establecer la posibilidad de libertad bajo fianza o bajo palabra durante todo el proceso y hasta la sentencia definitiva, para todos los delitos.

La detención preventiva es, de acuerdo con el sistema jurídico colombiano e internacional, una medida que se puede tomar excepcionalmente en el curso del proceso. No obstante, el sistema jurídico colombiano y la práctica judicial parecen no respetar este principio, y por ello si bien ha habido una tendencia a la reducción del porcentaje de personas privadas de la libertad que están bajo detención preventiva, dicho porcentaje, que tiende a ser superior al 30%, sigue siendo muy alto.

Más allá de las “verdades estadísticas”, la Comisión considera que se deben incrementar los esfuerzos para reducir la prisión preventiva, por los efectos estigmatizadores y de conformación de carreras criminales que tiene el hecho de ingresar a la cárcel antes de la declaración de responsabilidad, y porque una medida de detención preventiva tiene efectos –que es preciso medir– en el principio de presunción de inocencia y puede mover a los jueces a dictar sentencias condenatorias contra quienes se encuentran privados de la libertad anticipadamente.

El principio de excepcionalidad de la detención preventiva ha venido perdiendo terreno y por ello es necesario revisar concienzudamente el tema con el fin de reducir los casos en los que la medida cautelar de internamiento carcelario sea la única admisible.

141. Para adecuar el sistema de penas a la introducción de sanciones alternativas, es preciso diferenciar la naturaleza del delito y la fase de ejecución de la sanción.

Al acoger un conjunto de penas y medidas alternativas, el sistema jurídico penal debe ser reestructurado con el fin de que las nuevas sanciones puedan ser efectivamente aplicadas y se respeten los principios que rigen todo el esquema sancionatorio.

La prisión, como respuesta a la criminalidad, debe conservarse para lo que algunos doctrinantes llaman criminalidad grave y muy grave, como es el caso de las graves violaciones a los derechos humanos y los delitos que afectan la vida humana, la libertad y el pudor sexuales, la hacienda pública, entre otros.

A esos delitos debe corresponder, debidamente tasada con fundamento en criterios de proporcionalidad, la pena de prisión de mayor duración y su ejecución debe ser efectiva por un tiempo mínimo. Superado el plazo que se fije de acuerdo con criterios objetivos, la pena de prisión podrá ser sustituida por una pena alternativa durante el tiempo que falte para su cumplimiento total.

Respecto de los delitos los delitos leves, es necesario configurar el sistema de forma tal que el juez tenga como primer recurso sancionatorio el conjunto de penas alternativas que se contemplen en la ley, y solo por excepción debidamente justificada sobre criterios constitucionales y legales objetivos, se podrá acudir al uso de la prisión.

Para los delitos muy leves, el sistema debe establecer la aplicación de sanciones alternativas para todos los casos, proscribiendo el recurso a la cárcel.

142. Existe una amplia gama de penas alternativas que se pueden diseñar e implementar en el sistema jurídico colombiano.

Dentro de estas penas y medidas alternativas se encuentran: i) reparación a las víctimas del delito (i); internamiento voluntario en establecimientos de terapia sico-social; ii) trabajo en medio rural; iii) libertad asistida por el juez u otra autoridad o persona; iv) trabajo a favor de la comunidad; v) prisión abierta; vi) pérdida de la licencia de conducción o inhabilitación para el ejercicio de una profesión, arte oficio, industria o comercio; vii) arresto domiciliario; viii) reserva del fallo; ix) arresto durante el tiempo libre o en el fin de semana; x) amonestación o apercibimiento; xi) liberación anticipada con fines laborales o educativos; xii) permisos o reclusión en centros de transición; xiv) asistencia a cursos de formación, a cursos de manejo del tiempo libre o la rabia o la intolerancia, o a cualquier curso que se proponga con fines preventivos del delito.



143. Como se vio en el capítulo II de este informe, uno de los factores que ha incidido en el hacinamiento carcelario ha sido el incremento de penas sin analizar su impacto sobre el SCP. Por eso, así como se exige a todo funcionario que va a ordenar un gasto que obtenga primero un “*certificado de disponibilidad presupuesta*”, para obligarlo a verificar si hay o no recursos para lo que piensa hacer, algo semejante debería operar en el SCP. Debería pensarse seriamente en una especie de “*certificado de disponibilidad carcelaria*”, según el cual no podría un juez ordenar la reclusión de una persona, salvo que se certifique que hay un cupo carcelario digno. Y no debería admitirse la aprobación de una ley que incremente la población carcelaria, salvo que se asegure que existirán los cupos para recluir dignamente a más personas. Sería pues una especie de “*regla penitenciaria*” semejante a la “*regla fiscal*” que ha sido incorporada en nuestro ordenamiento jurídico.

Algunos pueden temer que esa “*regla penitenciaria*” permitiría que queden libres personas comprometidas en crímenes graves. Pero no es así si se regula adecuadamente. Por ejemplo, podría pensarse que en caso de que una persona deba ser privada de la libertad y no haya cupo carcelario, entonces que exista un término breve para que el Gobierno cree el cupo carcelario, por ejemplo, liberando temporalmente o dando casa por cárcel a personas que ya están cercanas a obtener su libertad. Esos ajustes, que existen en otros países, pueden preverse. Pero si uno toma en serio los derechos humanos de los reclusos y la función resocializadora de la pena, alguna forma de “*regla penitenciara*” es necesaria para enfrentar el hacinamiento carcelario.

### **3. Víctimas, Política Criminal y principio de *última ratio***

144. Un desarrollo trascendental de la filosofía ética y de los derechos humanos en las últimas décadas ha sido el progresivo reconocimiento de los derechos de las víctimas. Este es un avance esencial, que debe ser defendido. Pero tiene el riesgo de que pueda estimular formas de punitivismo. En efecto, por la particular simpatía que en la actualidad se siente por las víctimas, no es raro que propuestas punitivistas sin mayor sustento encuentren eco cuando se presentan como solución a los conflictos de las víctimas o como mecanismos de protección de sus derechos.

Por ello la Comisión entiende que la Política Criminal de la víctima debe estar limitada por el principio de *última ratio*. En este sentido, se debe evitar la huida al derecho penal en pro de la víctima real o potencial, prestando especial cuidado a los aumentos punitivos y a las reformas intempestivas apoyadas en casos o delitos concretos que se abanderan con la víctima o su situación.

Como toda propuesta legislativa penal, las que invoquen a la víctima deben aparecer precedidas o acompañadas de la verificación de la necesidad empírica, el análisis de su impacto y la utilidad de las medidas legislativas, sean sustanciales o procesales.

145. Una Política Criminal orientada a las víctimas, debe atender las diferencias que las particularizan.

Aun cuando la política pública de la víctima se debe referir a ellas en general, la Política Criminal debe atender a criterios diferenciados, en especial a lo que hace a las víctimas de graves violaciones a derechos humanos y derecho internacional humanitario y a las víctimas de lo que se podría denominar criminalidad ordinaria. Por lo mismo, si la Política Criminal incluye políticas penales, éstas deben ser diferenciadas.

146. La Política Criminal de la víctima debe coordinar a las víctimas reales y a quienes las representan.

Las políticas públicas dirigidas a la atención de víctimas deben servir de enlace entre la institucionalidad y las organizaciones que velan por sus derechos. Se recomienda tener especial cuidado en el trabajo con víctimas reales y con los grupos que efectivamente sean garantes de sus derechos y no de intereses ocultos tras la seductora identificación de 'todos' como inocentes y potenciales víctimas. De hecho la Comisión considera que aquellos que se presentan como representantes, oficiosos o no, de las víctimas que trabajan solo desde el dolor del drama generado por el delito, pretendiendo reacciones penales amparadas en una prevención sin sustento, solo contribuyen a la insatisfacción de las necesidades, al resentimiento, al agravamiento del conflicto y a la desconfianza en la justicia.

147. So pretexto de lograr los derechos de las víctimas no pueden desconocerse sus reales necesidades.

No pocas veces las víctimas de delitos se ven envueltas, con su propio drama, en un sentimiento de necesidad colectiva que propende la reacción en contra del victimario impidiéndole siquiera escudriñar sobre la posibilidad de preferir los derechos antagónicos o inversos a los tradicionalmente propuestos para las víctimas.

Debe procurarse, diferencial y regionalmente, el descubrimiento de las necesidades de quienes realmente sean víctimas o las representen, en pro de sus derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la garantía de no repetición, pero sin olvidar que los derechos a ignorar, a no participar, a no querer saber más o simplemente a olvidar, también son derechos.

148. El principal garante de los derechos de las víctimas en el proceso penal es el Estado a través de la Fiscalía General de la Nación.

La participación de la víctima en el proceso penal debe estar limitada por el contenido de sus derechos individuales, la presunción de inocencia y la igualdad de armas entre las partes. La Fiscalía General de la Nación es el vehículo a través del cual la víctima puede pretender y acceder a los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación en el proceso penal. Tales derechos no pueden depender de la capacidad de acceso que se tenga a ellos en el proceso penal y sí de la actuación proactiva de quienes son garantes de los mismos, esto es, de las autoridades competentes en cada uno de los escenarios diferenciados.

Así las cosas debe velarse por una relación estrecha entre la víctima y el Fiscal, en especial en aquellos casos en que aquella no tenga representación letrada en el proceso penal.

149. Es recomendable determinar aquellos delitos en que el interés estatal cede ante el particular en aras del establecimiento de mecanismos que le pongan fin al proceso en consideración a los derechos de las víctimas.

No puede desconocerse que el Estado tiene, como representante de la colectividad, un interés legítimo en el esclarecimiento de la verdad y en la obtención de justicia en un gran número de delitos. Pero tampoco puede desconocerse que en muchas ocasiones el interés del Estado resulta menor que el interés de la víctima en el fin del conflicto surgido con el delito a través de la satisfacción de sus derechos individuales. Incluso en ocasiones, se percibe que el interés estatal subsiste cuando en realidad la drasticidad del derecho penal es innecesaria aun cuando coincida con lo que quiere la víctima.

Ampliando el número de los delitos en los que se reconoce un exclusivo interés particular o un menor interés estatal, deben incrementarse e incluirse en la legislación mecanismos que permitan terminar el proceso penal o reducir la pena a imponer en consideración a la víctima, por su consentimiento e incluso considerándola pero sin su aprobación.

Estos mecanismos, político-criminalmente aconsejables siempre que se trate de delitos en los que el Estado pueda ceder, no sólo traen consecuencias positivas frente al conflicto surgido con el delito particular, sino que tienen efectos de descongestión judicial y carcelaria.

#### **4. Las potencialidades de la justicia restaurativa**

150. Directamente vinculado al problema de cómo armonizar el reconocimiento de los derechos de las víctimas y el principio del derecho penal como *ultima ratio*, encontramos los mecanismos de justicia restaurativa, pues éstos precisamente buscan satisfacer las necesidades reales de las víctimas, evitando una huida al punitivismo. Por ello la Comisión enfatiza las potencialidades de tales mecanismos.

151. Los criterios y principios de la Justicia Restaurativa deben hacer parte del Derecho Penal y del Proceso Penal.

Es un camino de apertura de la justicia penal que pone énfasis en reparar las consecuencias del delito, entendido como una violación de la comunidad, de las relaciones y una destrucción de la paz social. El principal propósito de la intervención social es restaurar la paz social, remediar el daño causado, arreglar la puesta en peligro

de los bienes jurídicos, evitar la revictimización, bajo un paradigma construido sobre la base de elementos de la mediación, reconciliación, restitución y compensación.

152. Los instrumentos de Justicia Restaurativa deben contener compromisos razonables, proporcionados y respetuosos de la dignidad humana.

Los instrumentos de Justicia Restaurativa pueden introducirse antes y después de la sentencia condenatoria (cada una tiene exigencias y manifestaciones diferentes). En uno y otro caso, son necesarias estructuras de seguimiento y responsabilización, aplicables en casos en los cuales las partes (víctima-victimario) estén en posición de equilibrio, de conformidad con el caso concreto, y con predisposición al sometimiento de su conflicto a estos mecanismos.

En los casos de varios denunciados, imputados o acusados cuando solo algunos acceden a someterse al procedimiento de mediación, debe romperse la solidaridad generada en el delito, posibilitar el rompimiento de unidad procesal y enjuiciar a unos acusados con independencia de otros, asegurando la independencia del procedimiento restaurativo, es decir, que el reconocimiento de los hechos de unos no perjudique los derechos de defensa de los demás (por ejemplo, no permitir la asistencia de quien medió como testigo de cargo de quienes no lo hicieron).

153. La víctima y el imputado o acusado deben poder decidir libremente su participación en un proceso de mediación.

La conciliación y la mediación son instrumentos de examen y transformación personal, con lo cual sólo si existe plena libertad existe una verdadera posibilidad de que el infractor se responsabilice de su conducta y la víctima esté dispuesta a asumir un proceso que permita la superación de la situación traumática.

Al imputado o acusado se le debe garantizar la posibilidad de abandonar en cualquier momento el proceso de conciliación o mediación. Esta posibilidad requiere la implementación de instrumentos que aseguren la presunción de inocencia y las garantías fundamentales del imputado o acusado, tales como: i) aseguramiento de la confidencialidad de la información utilizada y obtenida en el proceso de mediación; ii)

impedir la posibilidad de que el mediador intervenga o sea llamado como testigo; iii) privar de la información del proceso de mediación al juez (salvo los acuerdos finales; iv) no exigir en el acta de acuerdo el reconocimiento de los hechos por parte del imputado o acusado; v) prohibir al juez utilizar cualquier manifestación realizada por los abogados o por otras partes en el proceso de mediación cuando el imputado o acusado decida abandonar el proceso; vi) garantizar la presencia del abogado durante el proceso de mediación.

154. La ley deberá establecer incentivos que estimulen la disposición de los victimarios a buscar acuerdos restaurativos con sus víctimas en el marco de los procesos penales, siempre y cuando se trate de delitos que no comprometan valores que trasciendan la relación directa entre víctima y victimario. Por ejemplo, podría establecerse una atenuante específica contemplando la circunstancia de que el responsable llegue a un acuerdo el culpable con la víctima. Esta atenuante debe funcionar de conformidad con las circunstancias concretas del caso; podría igualmente regularse la figura de la suspensión de la pena privativa de la libertad para algunos casos de mediación, siempre que no se proceda al archivo de la actuación.

155. En términos de justicia restaurativa, la reparación puede ser tenida, en algunos casos, como pena o parte de ella. También en consideración al menor interés del Estado, pero en aquellos casos en que no resulta lo suficientemente determinante como para terminar el proceso por tal razón pero que la imposición de la pena privativa de la libertad no resulte aconsejable, y sí en cambio la satisfacción de los derechos de la víctimas que muchas veces se ve truncada por la ejecución de la pena, podrían explorarse las propuestas que consideran que la reparación de la víctima puede ser tenida como pena y como tal cumplir con los fines que a ella se le asignan en la fase de ejecución penitenciaria, que es la resocialización del infractor. En algunos otros casos, en que aquella no sea suficiente, podría permitir reformar favorablemente la pena legal.

### **c. La importancia del principio de no discriminación y de los enfoques diferenciales.**

156. En sociedades caracterizadas por altos niveles de desigualdad y exclusión como la colombiana, el principio de no discriminación debe ser una de las guías fundamentales

de la Política Criminal, de forma que sus distintos componentes (instituciones, estrategias y acciones) sean diseñados y desarrollados teniendo en cuenta las necesidades específicas de los grupos especialmente vulnerables. Por ello la Comisión enfatiza la importancia de los enfoques diferenciales que, como se señaló en el capítulo I, son una forma de evaluar los impactos diferenciados de la Política Criminal sobre grupos y personas en situación de vulnerabilidad

157. La Comisión tiene claro que los enfoques diferenciales son diversos e incluyen la perspectiva de género, étnica, por edad, por vulnerabilidad económica, por personas con discapacidad, etc. Una Política Criminal apropiada debe incorporar todos esos enfoques diferenciales. Por ejemplo, es claro que una Política Criminal en un Estado multiétnico y multicultural como el colombiano debe hacer especial énfasis en que exista una adecuada articulación entre la justicia penal ordinaria y la jurisdicción indígena, y que las decisiones de Política Criminal no desconozcan la diversidad étnica y cultural ni la autonomía de los pueblos indígenas ni de las comunidades afrodescendientes. Igualmente, la Política Criminal debe tomar en cuenta la situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidades o de los grupos económicamente desaventajados. Sin embargo, infortunadamente, por restricciones de tiempo y recursos, la Comisión no pudo desarrollar sistemáticamente en sus trabajos estos enfoques diferenciales, lo cual es una limitación de este informe, que debería ser corregido en el futuro próximo. Este documento se limita entonces a desarrollar únicamente el enfoque de género, cuya relevancia es obvia.

#### **d. Política Criminal y género**

158. La incorporación del enfoque diferencial de género en la Política Criminal es importante como una forma de visibilizar las situaciones de discriminación de las mujeres y una posibilidad de implementar las medidas correspondientes para prevenir y contribuir a la erradicación de esa situación discriminatoria. La Comisión procedió entonces a desarrollar los elementos básicos de lo que podría ser un enfoque de género en la Política Criminal, para luego examinar dos aspectos que tienen especial relevancia en este campo para los derechos de las mujeres: la violencia sexual y la penalización del aborto.

### 1. Elementos básicos de una perspectiva de género en la Política Criminal

159. Aplicar una perspectiva de género en la Política Criminal implica, a la vez, un reto y un aporte. Reto porque –más allá de algunas medidas puntuales– lo cierto es que los desarrollos en Política Criminal no han sido diseñados ni implementados considerando el enfoque de género como una perspectiva básica o fundamental. Y aporte, porque la aplicación de este enfoque permite dar una nueva y mejor dimensión a la Política Criminal, su diseño y sus objetivos. En este sentido, es fundamental considerar este análisis a fin de que se reconozca la situación diferenciada entre las personas y, asimismo, instituir las reformas necesarias para que una neutralidad aparente de las medidas adoptadas no contribuya a la violación de sus derechos.

159. Para desarrollar este enfoque de género, es fundamental tener claro el significado del concepto de género, debido a que su uso ha variado a lo largo del tiempo y dependiendo de las disciplinas que lo utilicen. El concepto de género permite entonces entender que cada sociedad define lo que considera como "*lo propio*" de hombres y de mujeres y cómo, a partir de esas clasificaciones, se establecen relaciones de poder. El concepto de "*género*" no es sinónimo de "*mujeres*" pero permite visibilizar la situación de discriminación y subordinación que las mujeres sufren.

160. La aplicación de la perspectiva de género al derecho penal ha sido una tarea relativamente reciente y que implica reconocer que esta disciplina no ha sido concebida ni desarrollada desde un enfoque diferencial de género. En efecto, el derecho penal ha sido construido desde el punto de vista masculino, de forma tal que incluso en aquellos casos en que se pretenda proteger los intereses y necesidades de las mujeres, el problema radica en que la aplicación del derecho queda a cargo de instituciones e individuos moldeados por la ideología patriarcal, todo lo cual tiende a desfavorecer a las mujeres.

Además, existen situaciones complejas y que afectan directamente a las mujeres y ante las cuales el derecho no ha tenido la respuesta adecuada como, por ejemplo, la violencia contra las mujeres.



161. La violencia contra las mujeres debe ser entendida como una forma de discriminación, que se da contra las mujeres por el hecho de serlo y que incluye formas de violencia física, psicológica y sexual.

El caso de las mujeres como víctimas de violencia se enmarca en una situación extendida, que tiene consecuencias específicas y particulares (por ejemplo, el embarazo producto de violación sexual) y que es causa y consecuencia de otro tipo de discriminaciones, por ejemplo, cuando las mujeres pretenden acceder a la justicia u obtener reparación por los hechos violatorios a sus derechos.

De otro lado, el que numéricamente sean las mujeres las víctimas mayoritarias de un hecho nos está hablando de un fenómeno más amplio que agresiones ocasionales y que involucran elementos de poder y dominación que no necesariamente se encuentran en las agresiones a los hombres. La violencia contra las mujeres, por tanto, es un ejemplo de violencia de género que ha sido tardíamente reconocida por el derecho y que necesita una respuesta integral por parte del Estado lo cual, sin duda, debe ser considerado como un elemento básico y una preocupación específica en el diseño de una Política Criminal.

162. El derecho penal se sigue viendo como una herramienta necesaria y reclamada por muchos sectores de las organizaciones de mujeres, que consideran que la tipificación de algunas conductas como delitos contribuye a una mayor protección de sus derechos. En este contexto, se ubica la figura del feminicidio, incorporado en Colombia como un agravante a la figura del homicidio, mediante la Ley 1257. La respuesta ante crímenes de este tipo no debe centrarse sólo en el derecho penal. Siendo el caso de que en Colombia la figura ya existe como un agravante, es fundamental complementarla con otras medidas tales como estadísticas y los registros de estos hechos, los cuales serán útiles no solo para conocer las dimensiones reales de estos casos sino además para la adopción de políticas públicas para su prevención. Asimismo, es importante que estos registros puedan incluir información sobre temas relacionados al delito, tales como las medidas de protección solicitadas por las víctimas con anterioridad, si hubo denuncias previas sobre violencia intrafamiliar, si hubo una respuesta adecuada por parte de las autoridades, por ejemplo. Adicionalmente, es fundamental que el tema se vincule a los debates existentes sobre seguridad ciudadana.

En general, un aspecto fundamental es no analizar estos hechos de una forma aislada sino como parte de una situación general de violencia contra las mujeres afectadas, ya que en muchos casos los agresores han estado vinculados sentimentalmente con ellas y la agresión con ácido es el corolario de una serie de hechos previos de violencia.

163. Uno de los ámbitos donde la incorporación de la perspectiva de género resulta necesaria es la situación carcelaria. En este sentido, hay que recordar que estadísticamente el número de mujeres en prisión es inferior al de los hombres, lo cual tiene como una de las consecuencias principales que las prisiones no hayan sido diseñadas pensando en las diferencias de género ni en las particularidades de las mujeres para temas como las visitas conyugales, la situación de niños y niñas que deben vivir en prisión con sus madres, las necesidades particulares de las mujeres en materia de salud, especialmente salud reproductiva, por citar algunos temas.

En este punto, es fundamental incorporar medidas específicas relativas a la situación de las mujeres embarazadas que están encarceladas, especialmente en cuanto a nutrición y atención de salud, incluyendo los controles prenatales. Lo propio puede decirse para las mujeres en situación de postparto que deben hacerse cargo de sus hijos, quienes deben recibir controles adecuados de su desarrollo y crecimiento, por ejemplo. Es necesario verificar que este tipo de medidas sean establecidas de manera formal en todos los centros de reclusión donde se encuentren mujeres reclusas.

Una perspectiva de género permitirá incorporar las necesidades específicas de las mujeres tanto en la selección y capacitación del personal involucrado, como en el tratamiento penitenciario y en el diseño y distribución de los espacios de los centros de reclusión. Entre estos espacios serán de fundamental importancia los de servicios sanitarios, espacios adecuados para recibir las visitas íntimas, atención ginecológica y guarderías para sus hijos e hijas.

164. Otro elemento fundamental es garantizar acceso a mecanismos efectivos de reclamo a nivel administrativo que no sean diseñados desde perspectivas neutrales sino que incorporen aspectos específicos, como es el caso –por ejemplo– de la violencia sexual, que es tan difícil de denunciar y probar. Estos mecanismos pasan por considerar

el establecimiento de sanciones ejemplares a funcionarios y funcionarias que no contemplen los lineamientos de género.

165. Por todo lo anterior, la Comisión plantea las siguientes recomendaciones para la incorporación de una perspectiva de género en la Política Criminal:

i)- La Política Criminal debe enmarcarse en la normatividad interna ya existente relativa a los derechos de las mujeres como la ley 1257 de 2008, mediante la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres por un lado y la ley 581 de 2000, mediante la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público. Estas normas deben ser difundidas entre funcionarios y funcionarias a cargo de la Política Criminal pero, además, se debe hacer un esfuerzo serio por aplicar sus disposiciones a todos los ámbitos y elementos de la Política Criminal.

ii)- A nivel institucional, es fundamental mejorar los sistemas de registros de información estadística y cualitativa, desagregando siempre con un enfoque diferencial de género y estableciendo mecanismos de coordinación entre las diferentes fuentes de registro existente. Adicionalmente, es importante establecer líneas de análisis que permitan obtener información diferenciada. Asimismo, este registro de información estadística no se refiere sólo a los hechos delictivos sino que deben incorporar los elementos necesarios para evaluar la respuesta estatal en situaciones de violencia basada en género como la violencia intrafamiliar, la violencia sexual y el feminicidio, por ejemplo. De esta manera, se podrá establecer un diagnóstico adecuado del vínculo que puede existir entre una mujer víctima de agresión intrafamiliar que presenta una denuncia la cual no es atendida adecuadamente lo cual, eventualmente, puede llevar a su muerte.

iii)- Es fundamental desarrollar un sistema de educación y capacitación permanente en género para los funcionarios y funcionarias que estén involucrados en la implementación de la Política Criminal, incluyendo no solo información técnica sino el desarrollo de capacidades para reconocer los casos de discriminación y el perjuicio que generan las ideas y valoraciones estereotipadas de género.

iv)- Es necesario establecer que la discriminación por género constituya una falta disciplinaria para los funcionarios y funcionarias encargados del diseño y aplicación de la Política Criminal. En este punto, sirve de ejemplo el artículo 179, 5 de la Ley 1448 que establece como tal el hecho de discriminar por razón de victimización.

v)- A nivel de las instituciones que tendrán a cargo la Política Criminal, se hace necesario crear mecanismos para incrementar la participación de las mujeres en todas las entidades vinculadas, considerando que estadísticamente su participación es limitada.

vi)- En ámbitos como la situación carcelaria, adicionalmente al establecimiento de medidas diferenciadas para responder a las necesidades de las mujeres en reclusión, es fundamental garantizar el acceso a mecanismos efectivos de reclamo a nivel administrativo que no sean diseñados desde perspectivas neutrales sino que incorporen aspectos específicos, como es el caso –por ejemplo– de la violencia sexual, que es tan difícil de denunciar y probar. Estos mecanismos también pasan por considerar el establecimiento de sanciones ejemplares a funcionarios y funcionarias que no contemplen los lineamientos de género.

vii)- Resulta fundamental promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias en cuanto al diseño de medidas de Política Criminal que hayan incorporado una perspectiva de género. Por ejemplo, los avances en cuanto a la discusión sobre el feminicidio de México o las medidas contra la violencia intrafamiliar de España, son ejemplos que deberían conocerse a profundidad para el caso colombiano. Y esto implica que el Estado ubique como prioridad el conocimiento sobre género y Política Criminal al momento de solicitar el apoyo internacional.

## **2. Política Criminal, derecho penal y violencia sexual**

166. El desarrollo del derecho penal demuestra la necesidad de incorporar una perspectiva de género en esta disciplina. Un ámbito en el cual el análisis de género permite evidenciar las dificultades y limitaciones de una perspectiva que no tome en cuenta el impacto diferenciado del sistema penal sobre las mujeres se ubica en los procesos penales por violencia sexual, fundamentalmente –pero no únicamente– en cuanto a la determinación del consentimiento de las presuntas víctimas y en materia

probatoria, aspectos que son parte de una línea discriminatoria en la aplicación de las normas penales que tienen entre sus consecuencias la falta de denuncia de los hechos por parte de las víctimas así como su desistimiento.

El problema fundamental se encuentra en los estereotipos de género que guían las resoluciones de jueces y juezas, y que tienen como consecuencia el desistimiento de la víctima, las sentencias absolutorias y, en suma, una desprotección general de sus derechos.

Siendo el caso que el mayor número de víctimas de estos hechos son mujeres, se presenta claramente una situación de violencia de género y de discriminación, que requiere medidas específicas de respuesta estatal a todo nivel incluyendo, obviamente, la Política Criminal.

167. La Política Criminal debe entonces tener medidas específicas frente a la violencia sexual que es una forma de violencia de género y que debe considerarse no solo como un delito sino además como una violación a los derechos humanos. En este punto, se plantea una discusión importante: ¿Es necesaria una Política Criminal específica sobre violencia sexual? ¿O resulta más conveniente incorporar aspectos puntuales sobre violencia sexual en el diseño de la Política Criminal? Aunque parezca lo contrario, ambas posiciones no son opuestas. Por un lado, ambas parten del reconocimiento de la existencia de una grave situación de discriminación contra las mujeres que las sitúa en una mayor vulnerabilidad ante ciertos delitos, como es la violencia sexual, convirtiéndolas en víctimas mayoritarias. La mayor diferencia entre ambas posturas se ubicaría en cómo hacer frente a esta situación, es decir, si bastaría con remover los obstáculos discriminatorios y de género en la Política Criminal en vez de elaborar una política específica, considerando además que otras situaciones específicas contra otro tipo de poblaciones demandarían similar atención y especificidad. Pero precisamente en esta diferencia se tienden los puntos de concertación. Es decir, si la Política Criminal –desde su diseño mismo– se elabora con un enfoque diferencial de género, es evidente que tendrá que incorporar respuestas específicas y, para ello, abrir un debate participativo con propuestas de solución. Consentimiento, posibilidades de denuncia para las víctimas, estándar probatorio, medidas de reparación, situación de niños y niñas nacidos a consecuencia de la violencia sexual, VIH y enfermedades de transmisión sexual, son

todos temas relacionados a los casos de violencia sexual. ¿La Política Criminal deberá incluir absolutamente todos estos temas en sus instituciones y en su diseño? Quizás no. Pero sí tendrá que darse la discusión sobre cuáles temas deberá incluir, de qué manera y con qué fundamentos. Lo que no podrá suceder es que no se haga el esfuerzo por desarrollar un análisis sobre estos puntos ya que no hablamos de una situación esporádica sino de hechos reconocidos como un fenómeno de suma gravedad en Colombia.

167. Tomando en consideración lo anterior, la Comisión recomienda para el caso de la violencia sexual las siguientes medidas específicas:

- La consolidación de la normatividad vigente en la materia, tanto a nivel de fondo como de los aspectos procesales de la investigación. Un ejemplo de lo dicho se verifica en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, Ley 1448, la cual establece una serie de normas referidas a la prueba y el consentimiento para los casos de violencia sexual cuyo conocimiento debe ser promovido por los y las responsables de la Política Criminal.
- El establecimiento de un registro específico para estos incidentes, no sólo en el ámbito jurídico sino además con la participación coordinada de entidades de salud – tanto física como mental– por ejemplo, tanto para el registro de los hechos como para la respuesta en materia de atención.
- La estandarización de los protocolos, criterios ministeriales de investigación y de servicios periciales que se aplican a los casos de violencia sexual.
- La implementación de medidas de protección efectiva y diferenciada para las víctimas de violencia sexual, entendiendo que sin protección no puede darse acceso a la justicia.
- La aproximación interdisciplinaria para la atención de estos casos, brindando atención médica y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación. Esta atención debe brindarse por parte de personal

idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea.

- La vigilancia del cumplimiento de medidas específicas en cuanto a la declaración de las víctimas, a fin de que estas se brinden en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza, evitando además su repetición innecesaria.

- La exclusión de los hechos de violencia sexual de la jurisdicción militar ya que estos hechos no guardan relación, en ningún caso, con la disciplina o la misión castrense.

### **3. Política Criminal y aborto**

168. La despenalización de hechos que redundan en afectaciones de los derechos de las mujeres, como la interrupción voluntaria del embarazo, es otro ámbito en el cual el análisis de género resulta importante. En efecto, si en relación con la violencia sexual, la Política Criminal colombiana ha tendido históricamente a desproteger penalmente a las mujeres, consagrando en el pasado incluso exoneraciones de pena o formas atenuadas de punibilidad para los casos de agresiones sexuales de los maridos frente a sus esposas, en cambio frente a la interrupción voluntaria del embarazo, la Política Criminal ha sido la opuesta pues se ha caracterizado por una sobrecriminalización de las mujeres pues hasta la sentencia C-355 de 2006, todo aborto voluntario era en principio sancionado, incluso en aquellos casos en que el embarazo derivaba de una violación.

169. En esa sentencia, y siguiendo las tendencias de derecho constitucional comparado y los desarrollos internacionales sobre derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, la Corte consideró que la penalización en tres casos extremos era inconstitucional, pues implicaba una afectación desproporcionada de la dignidad, la autonomía y otros derechos fundamentales de las mujeres, a saber, i) cuando está en riesgo la vida o salud física o síquica de la mujer gestante, ii) cuando el feto es inviable pues presenta malformaciones que hacen imposible la vida extrauterina, o iii) cuando el embarazo es producto de una violación.

170. La Comisión considera que esa decisión de la Corte Constitucional es jurídicamente razonable pues logra, en sede judicial, un equilibrio entre el compromiso del Estado

colombiano con la vida y su deber de proteger los derechos fundamentales de la mujer, en especial sus derechos sexuales y reproductivos, pues la penalización del aborto en toda circunstancia afecta desproporcionadamente la dignidad, la libertad y la vida de las mujeres, por lo cual es incompatible con la Constitución y con los compromisos internacionales de Colombia en este campo. En efecto, aunque dentro de los tratados ratificados por Colombia no existe la obligación expresa de despenalizar el aborto, lo cierto es que los estándares internacionales se orientan a la eliminación de las disposiciones legales y prácticas que impidan el pleno ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos y generen situaciones discriminatorias. Tal como ha sucedido con otros temas de derechos humanos, la jurisprudencia y las recomendaciones generales de los órganos creados por los tratados de derechos humanos son de extrema relevancia. Así por ejemplo, la Recomendación Número 24 del Comité creado por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), señala que los Estados deberían “*dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual y reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal*”. Igualmente esa recomendación señala que, “*en la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos*”<sup>2</sup>. En esta línea, el Comité de la CEDAW en el caso L.C. Vs. Perú<sup>3</sup>, señaló que la víctima “*no tuvo acceso a un procedimiento eficaz y accesible que le permitiese establecer su derecho a los servicios de atención médica que su estado de salud física y mental requería. Estos servicios comprendían [...] el aborto terapéutico. Ello resulta tanto más grave si se tiene en cuenta que se trataba de una menor, víctima de abusos sexuales*”. El Comité de la CEDAW consideró también que en este caso hubo “*una violación del artículo 5 de la Convención, ya que la decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre*”.

---

<sup>2</sup> Comité de la CEDAW. Recomendación General N° 24 sobre “La mujer y la salud - Artículo 12”.

<sup>3</sup> Comunicación CEDAW/C/50/D/22/2009 presentada por el Centro de Derechos Reproductivos y el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos, en representación de L. C. Estado parte: Perú. Fecha de la comunicación: 18 de junio de 2009. En: [http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-50-D-22-2009\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-50-D-22-2009_sp.pdf)



171. La sentencia C-355 de 2006 representa entonces la protección mínima de los derechos de la mujer dentro del marco de una política de penalización severa del aborto, que es la que ha sido adoptada históricamente como Política Criminal por Colombia. Es entonces incompatible con la Constitución y con los estándares internacionales relativos a los derechos sexuales y reproductivos que Colombia opte por una mayor penalización del aborto e intente retornar a la criminalización de la interrupción voluntaria del embarazo en todos los casos que existía antes de la sentencia C-355 de 2006. Sin embargo, que la doctrina de la Corte Constitucional sea el piso mínimo de protección de los derechos de la mujer frente a la penalización del aborto, no quiere decir que, en términos de Política Criminal, el Estado colombiano no pueda ni deba avanzar a una más vigorosa despenalización del aborto.

Esa despenalización es constitucionalmente posible y la Comisión considera que es recomendable, puesto que en este campo, la experiencia comparada y los estudios de la realidad colombiana muestran que es mejor, tanto para reducir los abortos como para proteger los derechos de las mujeres, adoptar una perspectiva de salud pública, que combine campañas vigorosas para promover la salud sexual y reproductiva y para prevenir el embarazo no deseado, con una despenalización amplia de la interrupción voluntaria del embarazo, que permita a las mujeres acceder a un aborto seguro en los casos en que tengan legalmente derecho a interrumpir el embarazo. Por el contrario, la penalización severa del aborto, sobre todo cuando no se acompaña de campañas para prevenir el embarazo no deseado, no evita los abortos y en cambio genera prácticas clandestinas de aborto que afectan la salud de las mujeres, en especial de aquellas más pobres, que son las que sufren más embarazos no deseados y tienen que abortar en las peores condiciones de salubridad.

172. En efecto, los datos comparados muestran que las leyes altamente restrictivas contra el aborto no están asociadas con bajos índices de abortos efectuados. Y es que la prohibición absoluta del aborto no los evita. Por el contrario, hace que estos se realicen en condiciones precarias de clandestinidad. Por ejemplo, la tasa de abortos es de 29 por cada 1,000 mujeres en edad de gestación en África y de 32 por cada 1,000 en América Latina, donde el aborto tiende a estar fuertemente penalizado en la mayor parte de

países. En cambio, esta tasa es de 12 por 1,000 mujeres en Europa Occidental donde el aborto es generalmente permitido en la mayor parte de países<sup>4</sup>. La razón explicativa de esa diferencia es la amplitud de las políticas de salud sexual y reproductiva en Europa Occidental, con un amplio uso de métodos contraceptivos en esos países, que tiene como consecuencia que el número de embarazos no deseados es más bajo que en América Latina y África.

A su vez, la penalización severa del aborto conduce a abortos clandestinos, que afectan gravemente la salud de las mujeres, ocasionando en no pocas ocasiones su muerte. Por ello, en todos los países en donde ha habido una despenalización más amplia del aborto, el resultado ha sido una reducción significativa de las graves complicaciones de salud asociadas a las prácticas clandestinas. Por ejemplo, en Sudáfrica, el número de muertes ligadas al aborto cayó en 91% luego de una liberalización de las leyes que regulaban la interrupción voluntaria del embarazo<sup>5</sup>.

Finalmente, la penalización severa del aborto tiene consecuencias discriminatorias pues la evidencia en Colombia y en otros países muestra que las mujeres de pocos recursos económicos sufren mayoritariamente embarazos no deseados y son quienes acceden a abortos en peores condiciones. En efecto, en Colombia, según un reciente informe del Instituto Guttmacher, que desde 2009 es colaborador oficial en salud reproductiva de la OMS (Organización Mundial de la Salud), cada año, un total estimado de 132.000 mujeres sufren complicaciones que pueden ser muy riesgosas debido al aborto clandestino. Esto representa un 30% de las mujeres que abortan en esas condiciones, pero ese porcentaje llega a 53% en el caso de las mujeres rurales pobres y es menor (“sólo” 24%) en el caso de las mujeres de las ciudades que no son pobres<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Los datos son de un artículo publicado en la prestigiosa revista *Lancet*. Ver Gilda Sedgh, Susheela Singh, Iqbal Shah, Elisabeth Ahman, Stanley Henshaw y Akinrinola Bankole. 2012. “Induced abortion worldwide in 2008: levels and trends”. En *Lancet*, Vol 379, No 9816: pp. 625-632. La Comisión accedió a ellos en Guttmacher Institute. 2012. *In Brief: Facts on Induced Abortion Worldwide*. Consultado en marzo de 2012 en: [http://www.guttmacher.org/pubs/fb\\_IAW.html#1](http://www.guttmacher.org/pubs/fb_IAW.html#1)

<sup>5</sup> Ver Rachel Jewkes y Helen Rees. 2005. “Dramatic decline in abortion mortality due to the Choice on Termination of Pregnancy Act”. En *South African Medical Journal*, Vol95, No 4: pp. 250.

<sup>6</sup> Ver Elena Prada, Susheela Singh, Lisa Remez y Cristina Villarreal. 2011. *Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia*. Nueva York: Guttmacher Institute, pp. 17 y 18.

173. Por todo lo anterior, la Comisión considera que una Política Criminal frente al aborto debe despenalizarlo mucho más ampliamente que lo previsto por la sentencia C-355 de 2006, puesto que el marco normativo derivado de esa sentencia es aún muy restrictivo y sigue provocando abortos clandestinos y afectaciones graves a los derechos de las mujeres. Pero la despenalización del aborto no debe verse como un hecho aislado sino como un tema relativo a la salud pública y a la protección de los derechos de las mujeres. En este sentido, es importante apuntar hacia políticas estatales de anticoncepción y prevención de embarazos no deseados. En efecto, si el Estado pretende proteger la vida desde la concepción, debería razonablemente optar por adoptar medidas de gran impacto en el objetivo perseguido. Es el caso de las campañas de salud para prevenir embarazos no deseados, capacitación en materia de salud sexual y reproductiva, servicios gratuitos de salud y asesoría en materia de planificación familiar como medios para prevenir embarazos no deseados.

Ahora bien, pueden adoptarse diversas estrategias para realizar esa ampliación de la despenalización del aborto, sin que la Comisión considere necesario recomendar alguna específica. Por ejemplo, algunos países optan por permitirlo por simple petición de la mujer, antes de cierto número de semanas de gestación, mientras que otros escogen un sistema de causales de aborto legal, que es obviamente mucho más amplio que el previsto por la sentencia C-355 de 2006. Pero en todos los casos, el número de semanas de gestación tiene una gran importancia pues en la medida en que ésta aumenta, se incrementa el interés legítimo del Estado de proteger esa vida en formación. Por ello, en el caso de los países donde se permite el aborto sin mayores restricciones, el plazo gestacional durante el cual se puede abortar es de 12 semanas, tal como sucede en Bélgica, Estados Unidos, Italia o Dinamarca. Otros regímenes jurídicos extienden este plazo a 14 semanas, como España, Francia o Alemania; 18 semanas, para el caso de Suecia o a 24 semanas para el caso de Holanda o Singapur<sup>7</sup>. En este punto, se sugiere un debate amplio que aborde el tema desde una perspectiva jurídica pero también de salud pública, con miras a determinar el régimen jurídico adoptado y el plazo correspondiente. Pero es indudable que para evitar los abortos clandestinos y amparar

---

<sup>7</sup> Paola Bergallo. 2007. "El derecho al aborto en los sistemas jurídicos del mundo". En *Despenalización*, No 05. Disponible en: [http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas\\_Informativas/05\\_Bergallo.pdf](http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas_Informativas/05_Bergallo.pdf)

los derechos de las mujeres, Colombia requiere una despenalización mucho más amplia que la que actualmente existe de la interrupción voluntaria del embarazo.

**e. La necesidad de una Política Criminal estable, coherente, fundamentada empíricamente y evaluada sistemáticamente**

174. Una Política Criminal apropiada no sólo debe estar enmarcada normativamente y respetar en particular los principios de *última ratio* y no discriminación, como se ha desarrollado anteriormente. Debe también ser una política adecuada en términos de racionalidad instrumental. Ahora bien, el diagnóstico empírico del capítulo II mostró que existen una serie de fallas graves en la formulación de la Política Criminal. Esos defectos deben ser superados pues todo sistema de Política Criminal debe construirse con la finalidad de lograr unos objetivos determinados. Estos objetivos, además de asegurar el respeto de los derechos humanos, prevenir y reprimir la criminalidad, deben incorporar medidas y estrategias que reduzcan al máximo el fenómeno de la impunidad.

Además, las políticas públicas son, ante todo, políticas de Estado que persiguen la aplicación de medidas y estrategias de largo alcance en la búsqueda de objetivos futuros acordes con los fines del Estado. Por esta razón, la Política Criminal debe concebirse con carácter de permanencia, sin sentido de respuestas coyunturales, y buscando que las medidas que se adopten y desarrollen puedan ser probadas temporalmente en sus efectos.

175. La Política Criminal debe propender, entre otras cosas, por la racionalización del sistema penal, ocupándose, por ejemplo, de la diferenciación de procedimientos para las llamadas pequeñas causas; la reglamentación del principio de oportunidad; la coherencia de los fines de la pena con los medios disponibles para su cumplimiento; la revisión de la legislación para asegurar su compatibilidad con las normas constitucionales y las condiciones sociales, etc.

176. La Política Criminal deberá entonces siempre contemplarse desde dos perspectivas: la primera como la política desarrollada por el Estado referente a las medidas, estrategias y acciones encargadas de la prevención y represión del fenómeno criminal, y la segunda como el conjunto de conocimientos respecto de dichas medidas, estrategias y acciones

implementadas por el Estado. Las funciones de las entidades responsables y del CSPC se deberán desarrollar sobre estas dos perspectivas.

Esto significa además, por oposición al diagnóstico ampliamente desarrollado en el capítulo II, y que por ello no es necesario reiterar en este aparte, que la Política Criminal, para que sea eficaz y coherente: i) debe estar fundamentada empíricamente, de suerte que toda reforma penal, para ser aprobada, debería contar con una clara justificación de su necesidad; ii) igualmente debe evaluarse previamente el potencial impacto de las medidas penales tanto sobre el sistema normativo, como sobre los operadores de justicia y el sistema carcelario; iii) se debe hacer un seguimiento a las reformas penales, para evaluar su impacto; iv) todo lo anterior implica obviamente la existencia de un sólido y transparente sistema de información criminal.

177. La Comisión reitera que la Política Criminal es dinámica y debe ser evaluada y reformulada según la variación de las condiciones que influyen en ella. Por ello se debe efectuar un diagnóstico por áreas de problemáticas sociales y de las instituciones que gobiernan y ejecutan la Política Criminal. Este diagnóstico se convierte en la línea de base a partir de la cual se plantean las metas o situación deseable que se quiera alcanzar. De allí surge los pasos para la planificación y posterior ejecución de las diferentes políticas.

En la actualidad no se le mide el impacto a las propuestas ni a las normas. Es necesario en concordancia con el modelo de toma de decisiones mejor informadas montar un esquema de evaluación e impacto de las reformas. Es muy limitado el apoyo que tiene el sistema de Política Criminal en los centros de investigación. No hay tampoco comunicación con los actores interesados en el tema. Se debe articular el sistema con los centros de pensamiento e investigación y con la sociedad civil. Deben promoverse los estudios, discusión y debate.

178. La investigación empírica y la decisión informada son elementos indispensables para el diseño, ejecución y evaluación de la Política Criminal. Esta visión implica dar un paso del diseño de políticas ideológicas hacia un proceso de política basado en evidencia, preferiblemente de la investigación científica, frente a lo que se ha probado ha sido efectivo para abordar los problemas sociales y alcanzar los objetivos esperados. Se

debe garantizar la disponibilidad a la mejor información y evidencia empírica para hacer una bien pensada y adecuada Política Criminal.

Para mejorar la base de evidencia empírica para la toma de decisiones de política y su implementación, se requiere identificar las brechas en la investigación y el proceso de generación de conocimiento, desarrollar y aprobar metodologías de investigación y evaluación, e incrementar el uso sistemático de métodos de síntesis y acumulación que asistan el proceso de generación de conocimiento. Esta metodología se debe concretar en la formulación de proyectos y evaluación y monitoreo de políticas.

Todo eso permite mejorar la Política Criminal y enfrentar a veces discusiones, que sin base empírica se tornan oposiciones puramente abstractas y teóricas, por no decir ideológicas, pero que, en ciertas ocasiones, una sólida información empírica permite avanzar en el diagnóstico y el debate<sup>8</sup>.

179. La Política Criminal no debe basarse exclusiva ni fundamentalmente en la reacción inmediata a los actos criminales o a las demandas de seguridad ciudadana, sino en la adecuada planeación de respuestas a estos fenómenos, de conformidad con las evidencias empíricas y los fines del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos, asegurar la convivencia dentro de un orden social justo, y preservar las condiciones necesarias para el ejercicio de las libertades públicas.

Este presupuesto no obsta para que, en casos excepcionales, el Estado tenga que acudir a reacciones inmediatas ante situaciones emergentes perturbadoras del orden social, excepcionalidad que, en todo caso, debe tener en cuenta los principios de proporcionalidad y razonabilidad constitucional.

---

<sup>8</sup> Un ejemplo es el debate sobre la inasistencia alimentaria pues algunos analistas proponen su despenalización, por considerar que este delito sobrecarga el sistema judicial y penitenciario y genera más problemas que los que soluciona. Otros en cambio argumentan que no es así y que es una protección necesaria, en especial de los niños y las mujeres frente a la irresponsabilidad, usualmente paterna, debido a la ineficacia de los remedios civiles o administrativos. Esa discusión puede ser interminable en abstracto. Pero es posible avanzar en ese debate con información empírica sustentada, que evalué la magnitud relativa de la inasistencia alimentaria, su peso relativo en el sistema penal colombiano, los problemas que surgen en su trámite procesal, y su eficacia en la resolución de los conflictos y en la protección de las víctimas. Al respecto ver Miguel Larota y Carolina Bernal. 2012. *La inasistencia alimentaria: diagnóstico acerca de su conveniencia*. Bogotá: Dejusticia. Consultado en: [http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema\\_judicial&publicacion=1190](http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=1190)

180. La Política Criminal debe ser coherente. Esto significa no solamente que las diversas medidas que se tomen deben estar relacionadas lógicamente en función de los fines perseguidos con ellas, sino, además, que tanto las estrategias como las medidas se desarrollen de conformidad con los principios y normas constitucionales y tengan como fundamento esencial la finalidad de respetar y garantizar los derechos humanos.

181. Para garantizar su permanencia y coherencia, debe desarrollarse un esfuerzo por blindar jurídicamente y dotar de alguna fuerza normativa los lineamientos de Política Criminal de Estado, para que sirvan como un elemento racionalizador de la Política Criminal que permita resistir a las presiones de opinión pública a favor de “*populismo punitivo*”.

182. Los lineamientos de Política Criminal debe estar diseñados con fundamento en los principios de proporcionalidad y razonabilidad constitucional. El primero, apunta a establecer condiciones que procuren poner en equilibrio las medidas restrictivas de derechos que el Estado debe adoptar, con el ejercicio de las libertades públicas y la garantía de los derechos constitucionales, de manera que ni se produzcan afectaciones desmesuradas a los derechos fundamentales, ni se dejen de lado las necesidades del orden social justo.

El segundo, implica que el diseño de la Política Criminal debe ajustarse a lo que es constitucionalmente admitido y necesario para controlar los factores que inciden en la criminalidad, obstaculizan el ejercicio de los derechos fundamentales a los habitantes del territorio, y atentan contra el establecimiento de un orden social justo.

183. En síntesis, en el diseño, implementación y desarrollo de la Política Criminal para el Estado colombiano deben observarse los siguientes postulados:

- Fundamentos empíricos: i) investigaciones criminológicas y sociológicas relacionadas con las causas y factores que inciden en la criminalidad; ii) recopilación, análisis y procesamiento de estadísticas policiales, judiciales, penitenciarias, etc.; iii) documentos e investigaciones históricas; iv) análisis de la legislación y evaluación de ella; v) investigaciones sobre el funcionamiento y efectos del sistema penal, y vi) revisión,

análisis y actualización de la política trazada, de conformidad con indicadores desarrollados específicamente para estos fines.

- Mejoramiento institucional: El mejoramiento de las instituciones en función de sus objetivos misionales es un instrumento necesario para perfeccionar las respuestas institucionales frente a las conductas reprochables o lesivas de los derechos de los habitantes del territorio. Es imperioso diseñar políticas enderezadas a aumentar, de verdad, la fortaleza de todas las instituciones, pues como indican los estudios sobre la materia, existe un consenso internacional en cuanto a que una buena gobernabilidad es esencial para lograr un desarrollo sostenible y positivo, así como sociedades seguras. A tales efectos, es vital empezar con la administración de justicia, seguir con el Congreso y terminar con el ejecutivo en sus diversos niveles centrales y regionales.

- Racionalización institucional: Tanto en la fase de formulación como en la de desarrollo de la Política Criminal, es necesario que el Consejo Superior de Política Criminal esté acompañado de toda la institucionalidad que está prevista para ayudar en el diseño, dirección, coordinación, ejecución y evaluación de la Política Criminal.

- Vinculación con la sociedad: Para establecer cabalmente las estrategias y medidas de Política Criminal, pero también para alcanzar los logros que con ella se persiguen y evaluar su desempeño, es necesario que en la formulación y evaluación de la Política Criminal se abran espacios de participación de la sociedad a través de sus organizaciones.

- Evaluación continua: En materia de respuestas frente a las conductas reprochables y que causan grave daño social, es necesario revisar periódicamente las estrategias y medidas adoptadas; la legislación expedida; la eficacia de los mecanismos de prevención y represión; las consecuencias que las medidas aplicadas puedan tener en el respeto y goce de los derechos y libertades públicas; los costos económicos para el Estado y las variaciones que se presenten en el seno de la sociedad frente a las conductas objeto de las medidas.

- Planeación: La Política Criminal en Colombia, tradicionalmente ha sido reactiva, lo que impide su elaboración con fundamentos empíricos; su diseño con criterios de política



predeterminados; su implementación teniendo en cuenta las instituciones y recursos disponibles; su supervivencia y evaluación de su efectividad, y una adecuada reformulación con base en resultados debidamente demostrados. Para solucionar estos problemas, el principio de planeación debe orientar todos los contenidos de Política Criminal.

- Diferenciación y coordinación: Una Política Criminal efectiva depende, en gran medida, de la diferenciación que se logre establecer entre las competencias y funciones de las distintas entidades que participen en la ejecución de las medidas dispuestas, y en la coordinación que se pueda establecer entre ellas, en particular entre el sistema judicial y los órganos de control, la policía nacional, los organismos de policía administrativa y otras entidades que se encargan de la supervisión, vigilancia y control de sectores específicos de la actividad estatal.

184. Ahora bien, para lograr los anteriores propósitos, es necesario corregir los defectos normativos y de debilidades institucionales y de sistemas de información que la Comisión reseñó en el capítulo II como un factor explicativo esencial de la debilidad y la incoherencia de la formulación de la Política Criminal.

**f. Las necesarias reformas normativas, de sistemas de información e institucionales para mejorar la formulación de la Política Criminal**

185. Dos reformas normativas ya fueron sugeridas en el diagnóstico y la Comisión las reitera: es necesario establecer la reserva de código y la reserva de ley estatutaria en materia penal. Esto significa que i) las modificaciones a la legislación penal deben ser incorporadas en los Códigos respectivos, por obvias razones de coherencia y seguridad jurídica; y ii) las leyes penales deben ser consideradas estatutarias pues obviamente restringen un derecho fundamental, como la libertad. Esas modificaciones pueden ser planteadas por vía de reforma constitucional o por vía de un cambio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que parece equivocada en esta materia.

186. Además de esa reforma normativa, son necesarias ciertas reformas institucionales pues, como se explicó, la institucionalidad de la Política Criminal se ha caracterizado por su incoherencia y debilidad lo que contrasta con la relativa coherencia y fortaleza de la

institucionalidad económica. En la política económica existen varias instituciones económicas como los son el Conpes, el CONFIS, el MGF, el requisito previo de impacto fiscal, entre otros. Adicionalmente el Congreso está limitado para tomar ciertas decisiones económicas. En materia de Política Criminal podrían retomarse de la institucionalidad económica ciertas semejanzas.

187. Sin desconocer que la Política Criminal es un asunto de Estado, se requiere de un responsable político que la dirija y procure su revisión y actualización permanente, que en principio debería ser el gobierno. Pero sin perjuicio de que exista un ente responsable que lidere la formulación y diseño de la Política Criminal, con el fin de que la misma sea racional, proporcional y coherente se requiere también de un ente rector de la Política Criminal. Este ente debe tener funciones claras e instancias de coordinación, que permita hacer de la Política Criminal una política de Estado.

Dicho ente debe ser el Consejo Superior de Política Criminal (CSPC), como organismo asesor para la formulación de la Política Criminal y Penitenciaria del Estado. El CSPC debe ser el rector de la Política Criminal y coordinador del sistema penal. Debe ser la máxima autoridad encargada de la gestión de los asuntos públicos de la Política Criminal y se desempeñará como organismo asesor del Gobierno Nacional y del Estado. Debe ser un organismo de conducción del más alto nivel (científico y funcional) y con instrumentos de evaluación para analizar los resultados y corregir las desviaciones de la Política Criminal y penitenciaria. Debe contar con una infraestructura lo suficientemente fuerte para respaldar sus decisiones y para garantizar que se sigan las políticas en materia político criminal. Esta autoridad deberá ser capaz de velar por los intereses colectivos, siendo esta instancia la única fuerza capaz de solucionar las controversias que se den entre sus miembros.

188. El CSPC debe entonces ser la instancia responsable de la planeación estratégica y dirección de la Política Criminal así como del monitoreo y evaluación del funcionamiento de la justicia penal. Además deberá adelantar tareas en relación con la prevención del crimen, –es decir, el desarrollo y promoción de estrategias para la prevención, monitoreo y evaluación de los programas nacionales–, y adelantar acciones de cooperación internacional en la lucha contra la criminalidad. Por otro lado, también deberá tener funciones respecto del diseño de estrategias para el correcto funcionamiento de la

justicia penal y la implementación de la política penitenciaria así como la post-penitenciaria, como también la preparación de la legislación para la modernización de la justicia penal e implementación de las penas.

Debe velar además porque la Política Criminal esté articulada a la política de seguridad, entendida ésta como la protección que el Estado debe generar a través del mantenimiento de la paz pública, mediante acciones de prevención y represión de la criminalidad y de faltas administrativas que vulneran la seguridad, a través de los sistemas de impartición de justicia y de los sistemas policiales, así como mediante los mecanismos de control penal.

189. El CSPC deberá superar su papel reactivo, para pasar a participar en el diseño de la Política Criminal de forma proactiva. La Política Criminal debe tener carácter estructural y no coyuntural.

190. Junto con el Consejo Superior de Política Criminal existe hoy una institucionalidad paralela que también diseña, dirige, coordina, ejecuta y evalúa la Política Criminal, la cual no está conectada con este órgano rector. Es necesario iniciar un proceso de racionalización institucional. Es necesario pasar a un esquema en el cual se vinculen las comisiones, consejos y comités existentes con el CSPC y que las futuras instancias se creen con el concepto de viabilidad del propio CSPC, como ocurrió con la Comisión Interinstitucional contra las Bandas y Redes Criminales, que se crea prácticamente como un apéndice del CSPC quien no solo decide su permanencia en el tiempo sino a quién se le debe rendir un informe bimensual sobre su operación. El vínculo con el CSPC debe ser expreso y si de esas comisiones, consejos o comités surgen recomendaciones de Política Criminal, estas deberán ser avaladas por este órgano rector, en particular aquellas que involucren modificaciones sustantivas o procesales al Sistema de Justicia Penal.

191. Es necesario establecer la relación que juegan los territorios con el sistema de Política Criminal.

Se deber conservar y perfeccionar la función que obliga a cada representante legal de los entes territoriales, en coordinación con las autoridades militares y de policía de su

jurisdicción, a presentar un informe semestral al CSPC sobre las actividades delincuenciales, modalidad de delitos y factores que influyen en el aumento o disminución de la criminalidad. Esta información deberá ser sistematizada y consolidada, por ejemplo, por la Secretaría Técnica, y analizada por la Subcomisión Técnica antes de ser llevada para su presentación al CSPC.

192. El CSPC deberá velar por la integralidad de la Política Criminal. Desde ese punto de vista será competencia del CSPC formular el conjunto de medidas de intervención penal que tienen por finalidad exclusiva o al menos parcial, limitar la posibilidad de aparición de actividades criminales, haciéndolas más difíciles o menos probables. También lo será formular las medidas para aumentar la confianza y desempeño del sistema penal.

No es necesario ampliar la composición del Consejo, pero sí debe éste intermediar con el Gobierno Nacional cuando se identifiquen causales de la criminalidad que deban ser removidas y que se salgan de la órbita del sistema penal. Es decir, cuando se requieran políticas que se inclinen a la prevención, políticas de carácter social que buscan mejorar las condiciones de vida de ciertos grupos sociales, atendiendo factores como la educación, el empleo, la salud, la vivienda, para que los factores descendentes de conductas desviadas no desemboquen en actos criminales. Se debe evaluar la composición del CSPC respecto a las funciones que ejercerá. Para que el CSPC realmente sea operativo es necesario pensar en un diseño más liviano, flexible y que obedezca realmente a las funciones del mismo.

La composición se debe también evaluar a la luz de la necesidad de generar un sistema de votación al interior del CSPC para poder llegar a consensos respecto al diseño, operación y evaluación de la Política Criminal y penitenciaria.

Se propone que solo hagan parte del CSPC: (i) El Ministro de Justicia y del Derecho, (ii) el Director de la Policía Nacional, (iii) el Fiscal General de la Nación, (iv) el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, (v) el Defensor del Pueblo, y (vi) un representante del Senado y uno de la Cámara de Representantes. Como invitados permanentes permanecería el DNP y un enlace que determine el Presidente de la República que sirva de enlace con la Política de Seguridad.

193. El CSPC deberá concentrarse principalmente en diseñar políticas de prevención secundaria y terciaria.

Entiéndase la prevención secundaria como el conjunto de políticas que se ejercen sobre personas de las que se puede afirmar la posibilidad o la probabilidad de cometer delitos o de adoptar un género de vida que pueda ser especialmente peligroso. Y por prevención terciaria, la que propone evitar que personas que ya han delinquido o incurrido en actividades especialmente peligrosas persistan en su conducta nociva. Se refiere principalmente a reinsertar a los delincuentes a la sociedad.

También deberá diseñar políticas de prevención relativas a la pena cuyo fin no se presenta sólo como retribución del delito, sino también con un efecto preventivo de nuevos delitos, configurándose de tal forma lo que es la prevención especial y la prevención general, respectivamente.

194. El CSPC debe pasar a un modelo donde la toma de decisiones de Política Criminal esté mejor informada, el cual se debe principalmente fundamentar en evidencia empírica. Debe incluir un análisis racional de la evidencia que muestre qué es lo que sirve y qué es lo que no. Esto requiere hacer inversiones en investigación, replantear el proceso de toma de decisiones –*policy process*–, y desarrollar mecanismos para cerrar la brecha entre la investigación y la política pública. Se sugiere que en la agenda de modernización se promueva una apertura en el proceso de toma de decisiones y formulación de política, para que sea más consultivo e inclusivo con los intereses de los *stakeholders*, siendo este un vehículo más potente para aumentar el impacto de la investigación.

195. El CSPC debe trabajar para lograr mayor confianza en las instituciones penales así como en el sistema penal como tal.

Ello requerirá liderazgo respecto a la generación de información primaria para conocer la percepción de la población respecto al crimen y el delito, las instituciones penales y las expectativas que se tienen del sistema. La asistencia en el Consejo de todas las instituciones participantes en el sistema penal facilitará la generación de acuerdos de mejora institucional, así como la rendición de cuentas sobre los mismos. Debe buscarse mejorar la confianza, aumentar el acceso y la calidad de los servicios penales.

196. Deberá el CSPC emitir obligatoriamente concepto previo para la aprobación de reformas en el Congreso, sin que exista la obligación de acatamiento.

No solo el CSPC debe dar concepto técnico respecto a las reformas o propuestas de política respecto a su impacto sobre la delincuencia o funcionamiento del sistema penal, con base en evidencia empírica, sino que también deberá hacerlo respecto a la factibilidad. Se deben adelantar obligatoriamente estudios de impacto fiscal, para evitar que se aprueben normas sin presupuesto, para lo cual contará con el apoyo del Departamento Nacional de Planeación. No deben aprobarse reformas legislativas sin estos dos conceptos.

197. El CSPC debe gestionar acuerdos interadministrativos para lograr interconectar los sistemas y poder dar cuenta del flujo completo del proceso penal y penitenciario.

Los sistemas de información de la justicia penal se encuentran desarticulados, por lo que es imposible realizar un análisis de flujos en el sistema. A pesar de los avances del SPOA (Sistema Penal Oral Acusatorio que administra la FGN), que contiene la noticia criminal incorporada por la policía judicial y las actuaciones del proceso penal por parte de la FGN, aún se encuentran desarticuladas las actuaciones de los jueces y el INPEC.

Adicionalmente, la información sobre violencia y delincuencia, el proceso penal presenta problemas tanto en las fuentes de información como en las unidades de análisis (quién registra y qué registra), en el seguimiento y monitoreo (capacidad de aplicar el instrumento de recolección en la periodicidad adecuada), así como de comparatividad de tipos penales y periodo de referencia, lo que complejiza la integración interna de registro y análisis. Deberá el CSPC emitir los lineamientos que permitan superar estos inconvenientes y lograr acuerdos así como la aprobación de convenios interadministrativos entre las entidades del sistema penal. Sólo a través de esta instancia podrá lograrse unidad y calidad en la información delincencial y penal.

Debe igualmente el CSPC velar por el desarrollo de un Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal. Es necesario contar con un depositario de información, que además de reportar las cifras sobre el delito contenga las características de su comisión (edad, profesión, nivel de escolaridad, antecedentes, relación víctima/

victimario, etc.) y los antecedentes como las medidas de protección solicitadas por las víctimas, si hubo denuncias previas, si hubo una respuesta adecuada por parte de las autoridades, etc. Esta información debe ser recogida de la Policía, las Fuerzas de Seguridad, la Fiscalía y el Sector Jurisdiccional, el INPEC, Defensoría, Procuraduría, etc. Deberá ser función del CSPC realizar la recolección, sistematización y difusión de la información mediante una publicación anual sobre las estadísticas del sistema de justicia penal que dé cuenta del todo el proceso –desde la denuncia hasta el cumplimiento de los fines de la pena–. La administración del sistema de información, el análisis y realización del documento podrían ser realizados por la Secretaría Técnica. Los lineamientos de esta publicación los dará el CSPC (ejemplo, como unidad de análisis, la selección de los 10 delitos más graves o relevantes por su connotación respecto a los derechos humanos).

198. El CSPC tiene un reto importante respecto a la generación de información primaria. Por ejemplo, deberá realizar encuestas de factores de riesgo de violencia, victimización y eficacia institucional, al menos bianualmente. Esta información permitirá: i) dar cuenta del fenómeno delictual y violencia; ii) conocer de la gestión de las políticas públicas e instituciones del sector; iii) indicar la efectividad de la oferta pública en materia de seguridad ciudadana. Como mínimo se deberán conocer las características socioeconómicas del hogar y sus miembros, la percepción de seguridad, identificación de delitos, relación de seguridad y justicia, victimización por delitos, tasas de denuncia y razones para denunciar o para no hacerlo, etc. La realización de esta encuesta debe depender directamente del Ministerio de Justicia en colaboración con el DANE.

199. El desafío del CSPC es lograr un abordaje sistémico e integrado de la información que reúna la información sobre actos delictivos y violentos (delincuencia, victimización e inseguridad y penitenciaria) y los factores institucionales (indicadores de gestión, indicadores sectoriales, indicadores judiciales).

En un futuro sería óptimo pensar en crear una institución independiente para la investigación, evaluación y desarrollo y cuya función sea mejorar el conocimiento y el entendimiento de los fenómenos criminales y los asuntos de la justicia penal a través de la ciencia. Se debería buscar que fuera un instituto que proveyera conceptos independientes y objetivos así como herramientas para la reducción del crimen y promoción de la justicia. Una entidad de esta naturaleza, al ser autónoma del Gobierno y

de la Rama Judicial, podría garantizar la legitimidad y la objetividad que se requiere en este frente.

Deberá el CSPC dictar los lineamientos respecto a la captura de la información con el objeto de evaluar la Política Criminal en sus diferentes dimensiones de derechos atendiendo criterios de análisis que permitan tener en cuenta necesidades y circunstancias específicas por razones de género, edad, grupo étnico, nivel de educación, discapacidad, y cualquier otra variable relevante según el contexto.

Es deber del CSPC dictar los lineamientos para la construcción de indicadores para la evaluación y monitoreo tanto de la Política Criminal como de la gestión del CSPC, como por ejemplo índices de criminalidad, índices de impunidad, índice de denuncia, índice de condena, índice de reincidencia, etc.

No solo se debe llegar a un acuerdo sobre cómo evaluar la política y la gestión del sistema, sino que se deberán generar los compromisos para poderlo hacer con la periodicidad necesaria.

**g. Algunas recomendaciones frente a la llamada “criminalización secundaria”:  
recomendaciones básicas de investigación criminal y el problema del fuero militar.**

200. Como ya se explicó, por la particularidad de su mandato, la Comisión centró sus diagnósticos y propuestas en los problemas de la formulación general de la Política Criminal, que está asociada esencialmente aunque no exclusivamente con la llamada “criminalización primaria”, esto es, con la definición de los delitos y las penas. Pero obviamente, como se dijo al realizar el diagnóstico de la situación colombiana en el capítulo II, es igualmente importante tomar en consideración las fases de “criminalización secundaria”, asociadas a la investigación criminal y al juzgamiento de los presuntos infractores, y a la llamada “criminalización terciaria”. Ligada a la ejecución de las penas, a su vez vinculada a la dinámica del SPC. Ahora bien, en párrafos precedentes, en especial al estudiar las propuestas de penas alternativas, la Comisión realizó varias recomendaciones relativas al SPC y a la criminalización terciaria, por lo cual en este punto sus consideraciones se limitan a la criminalización secundaria. Y en este campo, la Comisión en manera alguna pretende ser exhaustiva pues por las restricciones de tiempo



y recursos, sus análisis tocaron únicamente dos puntos, que son de obvia importancia pero que no cubren toda la problemática de la investigación y juzgamiento de los presuntos infractores de la ley penal: i) el problema del fuero militar y ii) algunas posibles recomendaciones sobre estrategias de investigación criminal para superar el cuello de botella, que ésta hoy representa en el sistema penal.

### **1. Algunas reflexiones y recomendaciones sobre fuero militar**

201. El fuero militar es una institución de rango constitucional que permite que los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo que tengan relación con el servicio constitucional que están llamados a prestar, sean conocidos por las autoridades de una jurisdicción especialmente prevista y de conformidad con las reglas sustanciales y procesales propias del fuero castrense.

El sistema adoptado por la Constitución Política respecto del fuero militar ha sido definido como intermedio, en razón de que: i) consagra tipos de delitos sobre los que nunca las cortes marciales pueden adquirir competencia para su investigación y juzgamiento (artículo 3 de la Ley 1407 de 2010); ii) se aplica a los miembros de la fuerza pública el contenido del Código Penal ordinario y éstos, en consecuencia, pueden ser juzgados de conformidad con el Código de Procedimiento Penal ordinario; iii) la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, tiene competencia para el juzgamiento de los altos oficiales de la fuerza pública y para conocer de las demandas de casación que se presenten contra las sentencias de segunda instancia proferidas por el Tribunal Superior Militar.

202. La naturaleza y consecuencias del fuero militar han sido fuente permanente de tensión entre las autoridades judiciales y entre éstas y la fuerza pública. Tales tensiones, particularmente, se derivan i) de la situación de conflicto armado por la que atraviesa Colombia ii) por la participación de varios miembros de la fuerza pública en delitos cometidos por estructuras organizadas de poder, ya por acción ora por omisión, iii) de la comisión, por parte de policías y militares, de delitos que configuran graves violaciones a los derechos humanos o crímenes contra la humanidad.

203. Frente a esta situación, en los estamentos militares se ha adoptado una estrategia que consiste en proponer ante el Congreso la necesidad de expedir una reforma constitucional en la que se haga una radical diferencia entre la situación de normalidad del orden constitucional, que implica el reconocimiento de la aplicación del derecho penal ordinario a los delitos que dentro de tal contexto se cometan por los miembros de la fuerza pública, y la situación de conflicto armado, para lo que reclaman la aplicación de las normas del derecho internacional humanitario por parte de la jurisdicción castrense especializada. Este planteamiento se justifica, además, con el argumento de que las normas jurídicas internas limitan la capacidad operativa de la fuerza pública, ya que a la luz de las disposiciones comunes, actos propios del combate son subsumidos por descripciones típicas que resultan incompatibles con la misión constitucional de la fuerza pública.

204. A través de una nutrida jurisprudencia, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han decantado una tesis según la cual la norma constitucional que estatuye el fuero militar debe tener una interpretación restrictiva y, en todo caso, excepcional, lo que implica que respecto de los delitos que no son típicamente militares, el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública solo puede ser asumido por las cortes castrenses cuando se haya establecido con claridad la relación que el hecho punible tiene con las funciones propias del servicio que se ha confiado al agente de la fuerza pública que esté siendo procesado.

Sobre esta base, se tiene que el fuero militar es una excepción a la competencia general de la jurisdicción ordinaria y por lo tanto sus alcances deben ser determinados en forma *"estricta y rigurosa, no sólo por la ley sino también por el intérprete, como quiera que acorde con la hermenéutica constitucional las excepciones, para evitar que se conviertan en la regla general, deben ser interpretadas de forma restrictiva"* (Corte Constitucional, C-1184/08).

205. El fuero militar, de conformidad con la reiterada jurisprudencia, se legitima por la necesidad de amparar a los miembros de la fuerza pública cuando desempeñan las funciones propias de su cargo, con un régimen jurídico especial que guarde relación y permita incorporar al juzgamiento las particularidades de la función atribuida por la

Constitución y la ley a las fuerzas militares y de policía, con independencia de criterios y con estricto apego a las normas que se imponen en dicho régimen especial.

El principal problema que surge en la aplicación del fuero castrense en la actualidad es, entonces, la delimitación de lo que significa la expresión “*en relación con el mismo servicio*”, que permite ligar las obligaciones legalmente definidas con los hechos efectivamente realizados por los aforados.

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional dijo en la sentencia C-358 de agosto 5 de 1997, que:

*“La expresión ‘relación con el mismo servicio’, a la vez que describe el campo de la jurisdicción penal militar, lo acota de manera inequívoca. Los delitos que se investigan y sancionan a través de esta jurisdicción no pueden ser ajenos a la esfera funcional de la fuerza pública. Los justiciables son únicamente los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando cometan delitos que tengan relación con el mismo servicio’. El término ‘servicio’ alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares -defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional- y de la policía nacional -mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica.”*

206. Quiere esto decir que, con miras a delimitar el campo de la aplicación del fuero militar, se pueden adoptar varios parámetros que pueden ayudar a definir el alcance del fuero constitucional: i) las normas de derecho internacional de los derechos humanos, de derecho internacional humanitario y de derecho penal internacional, han definido cierta clase de delitos que no pueden ser conocidos por tribunales castrenses, tales como genocidio, desaparición forzada, tortura, y, en general, aquellos que configuran graves violaciones a los derechos humanos o crímenes contra la humanidad; ii) los delitos típicamente militares, dada su especial configuración y su estricto apego a las reglas que rigen la función de la fuerza pública, deben quedar excluidos del conocimiento de las autoridades judiciales ordinarias, en tanto que constituyen la base del control disciplinario de la fuerza pública; iii) los delitos ordinarios que lleguen a cometer los miembros de la

fuerza pública y se encuentren descritos en el Código Penal Militar, en tanto que no configuren una especie de los mencionados en el numeral primero, deben ser conocidos por los tribunales militares, en razón de la especialidad de su descripción y la asignación de competencia; iv) los delitos no funcionales descritos en el Código Penal ordinario, deben ser conocidos por la jurisdicción ordinaria, siempre que no constituyan extralimitación o abuso de la función encomendada a los miembros de la fuerza pública pues, en tales casos, su relación con el servicio lleva a asignar la competencia a las cortes marciales; v) las conductas objetivamente típicas que son cometidas en acciones operativas por miembros de la fuerza pública, ciñéndose a las reglas de los manuales operacionales y que no configuren infracciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes contra la humanidad ni genocidio, deben ser juzgadas por la justicia castrense, en tanto configuran actos relacionados con el servicio.

206. No obstante estos criterios, seguirá subsistiendo el problema de determinar cuando un hecho en concreto, realizado por un miembro de la fuerza pública se compadece con el fuero militar, en tanto que surgirán problemas probatorios para determinar si, por ejemplo, una muerte se produjo en desarrollo de operaciones legítimas desplegadas por la fuerza pública, o se realizó por fuera de ellas mas se ampara con un contexto en el que puede resultar difícil la determinación exacta de lo acontecido.

Estas dificultades –que no son en realidad sustanciales sino probatorias– deben resolverse a partir del principio de interpretación de las normas jurídicas *pro personae*, a fin de brindar una mayor protección a los habitantes del territorio nacional ante eventuales infracciones de los agentes del Estado, tal como, además, lo ha venido haciendo la jurisprudencia nacional. Quiere decir lo anterior que, en todo caso en el que pueda surgir alguna duda acerca de la relación que el hecho investigado tiene con el servicio, debe entregarse la investigación y el juzgamiento de la conducta a la jurisdicción ordinaria que tendrá la obligación de esclarecer las dudas que se le presenten. Esta solución respeta el carácter excepcional del fuero militar, pero también constituye una salvaguarda importante para los derechos de los habitantes del territorio, quienes pueden tener mayor confianza en la imparcialidad del investigador o del juzgador en la determinación de los factores condicionantes del fuero castrense.

207. Otro tipo de conflictos se relacionan con los aspectos sustanciales, es decir, con la determinación del alcance de las normas aplicables, en particular aquellas contenidas en el derecho internacional humanitario que deben regir en el marco del conflicto armado que vive Colombia y su relación con las disposiciones del derecho interno, tanto del Código Penal como de los manuales operacionales.

La Comisión recuerda que las reglas del derecho internacional humanitario establecen las prohibiciones extremas para las partes dentro de un contexto de conflicto armado, razón por lo que es válido afirmar que no todo lo que es válido a la luz del derecho internacional humanitario es válido en la particular situación de conflicto armado colombiano, en donde si bien se producen muchas de las acciones propias de una guerra y se viven sus nefastas consecuencias, el estado del conflicto, la vigencia del derecho penal ordinario y del poder constitucional, así como las condiciones en las que se desarrolla el conflicto armado no permiten, por ejemplo, las emboscadas con fines letales ni el ejercicio de funciones de policía judicial por los miembros de la fuerza pública.

En Colombia no existe una normatividad clara que permita determinar el alcance de las reglas del derecho internacional humanitario y sus relaciones con el derecho penal militar y el derecho operacional, razón por la que la Comisión recomienda que se emprenda, a través de una ley estatutaria, una labor de armonización ente estos grupos de normas y se determinen con claridad los contornos de lo que resulta legítimo y válido para los miembros de la fuerza pública en el contexto particular del conflicto armado.

208. Como complemento de esta medida sugerida, el Estado debe emprender seriamente la formación de jueces, fiscales y personal del cuerpo técnico de investigación en materias tales como derecho internacional humanitario, derecho penal militar y derecho operacional, con el fin de que pueda contar con funcionarios capacitados en el conocimiento y alcance de la normatividad, así como con personal idóneo para la investigación de las conductas que deban resolverse a la luz de estas normas especiales.

209. Los conflictos de competencia que ante estas situaciones se pueden presentar, deben ser resueltos de conformidad con las reglas generales establecidas para ello, ya que carece de sentido conformar una estructura particular para definir los conflictos de

jurisdicción. La Comisión, por consiguiente, no considera adecuado que el proyecto de Acto Legislativo –inciso 4 de la reforma propuesta al artículo 221 de la Constitución Política– que actualmente hace trámite en el Congreso Nacional, se altere el principio general de definición de competencias, mediante el establecimiento de una “comisión mixta” extraña a la estructura misma de la administración de justicia y cuyas funciones aún están por definir.

210. Sobre tema en particular es preciso, además, reiterar lo que se dice en otras partes de este documento: es preciso defender el fortalecimiento de las garantías judiciales dentro de la justicia penal militar, ya que allí se ven algunas situaciones que afectan no solo la situación procesal de las personas que están siendo procesadas, sino también el derecho a la verdad de las víctimas y las garantías de no repetición, porque en algunos casos los subalternos terminan recibiendo las sanciones como si hubieran actuado *motu proprio* e inconsultamente debido al reconocimiento de las acciones exclusivamente en cabeza suya, guiados por criterios mal entendidos de solidaridad de cuerpo o en obediencia las órdenes recibidas de sus superiores.

211. Finalmente, la Comisión –ante la actual coyuntura en la que se está adelantando el trámite de un Acto Legislativo relacionado con el fuero militar– considera innecesario e inconveniente ampliar el fuero de los miembros de la fuerza pública, en razón de que desbordar los límites de lo que actualmente ha sido definido por la jurisprudencia constitucional con estricto apego a las normas de derecho internacional sobre derechos humanos puede llevar a situaciones críticas en materia de violación a los derechos humanos y a condiciones en las que al Estado le resulte imposible juzgar adecuadamente este tipo de comportamientos.

El estado actual del conflicto armado colombiano puede admitirse como un estado de asimetría, en el que la fuerza pública se encuentra en una situación de supremacía estratégica y, por consiguiente, cuenta con todos los medios –operativos, jurídicos y materiales– para controlar el desarrollo de las operaciones, el comportamiento de sus integrantes y, en cierta medida, el alcance del conflicto armado, con lo que le resulta también relativamente fácil el control de las actividades de las partes enfrentadas. Ante esta situación, no es procedente la ampliación del fuero militar para liberar a los miembros de las fuerzas regulares de restricciones comportamentales que puedan

desembocar en una escalada incontrolada de violaciones a los derechos humanos, so pretexto de la realización de actividades admitidas en el derecho de la guerra.

## **2. Algunas consideraciones y recomendaciones básicas sobre investigación criminal**

212. Para la Comisión, el diagnóstico descrito en el capítulo II respecto de las falencias de la investigación penal de crímenes concretos requiere de respuestas estatales urgentes. En tanto no existen estudios detallados acerca de las diferentes alternativas de política para superar las falencias de la investigación, la Comisión se limita a elevar recomendaciones con un nivel alto de generalidad, que concuerdan con las soluciones encaminadas a mejorar la efectividad de la persecución penal.

213. Dentro de las múltiples alternativas de política relevantes, actualmente la actuación prioritaria debe enfocarse en el asunto fundamental de la gestión y la estrategia de la investigación. De una parte, los elementos de la política de investigación penal, que incluyen la formulación de pautas para la investigación penal, la selección y aplicación de prioridades, la implementación y ejecución de programas, proyectos e iniciativas, y su correspondiente monitoreo y evaluación, han de tener un mayor contenido de herramientas de política pública. Esto implica que la gestión de la política de investigación contenga un mayor trabajo interdisciplinario que, junto con el derecho, haga protagonistas habilidades de análisis de información, gerencia pública e ingeniería.

214. La toma de decisiones acerca de la dirección de la investigación penal, debe ser realizada contando con muchos más elementos de juicio que los jurídicos.

Lo mismo sucede en lo concreto de las investigaciones. La Fiscalía General de la Nación, y los organismos de policía judicial deben aplicar metodologías que van más allá del análisis jurídico: la estrategia criminalística, la coordinación entre diferentes grupos de trabajo, el análisis de patrones entre distintos casos, y el estudio de pruebas técnicas, son tareas y actividades que superan la cotidianidad de un funcionario judicial tradicional. Las personas encargadas de la investigación deben tener y aplicar estas nuevas habilidades.

215. Para la Comisión, no es claro qué tanto de estas modificaciones es posible realizar con los recursos humanos actuales de la Fiscalía y de la policía judicial. El cambio de visión descrito acerca de la investigación penal seguramente requerirá de i) la divulgación de protocolos de investigación y capacitación de funcionarios, ii) estrategias más estructurales dirigidas a cambiar la cultura institucional de algunos sectores de la Fiscalía, la policía judicial y la judicatura, y iii) la complementación, y el remplazo paulatino de funcionarios encargados de la toma de decisiones respecto de la política de investigación y de la investigación de casos concretos.

216. En particular, el éxito de muchas de estas estrategias investigativas requiere del fortalecimiento de la prueba técnica, que debe jugar un rol más preponderante en los desarrollos investigativos, a fin de que éstas no dependan casi exclusivamente de pruebas testimoniales o de aceptación de cargos. A su vez, este fortalecimiento de la prueba técnica supone una mayor profesionalización en ciencias forenses de los investigadores judiciales, por lo cual el Estado debe tomar las determinaciones necesarias avanzar en dicha profesionalización."



## **B. Anexo: Estándar Constitucional Mínimo que debe cumplir una Política Criminal respetuosa de los Derechos Humanos**

La Corte Constitucional por medio de las Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015 estableció y presentó el “Estándar Constitucional Mínimo que debe cumplir la Política Criminal respetuosa de los derechos humanos en Colombia”, parámetros que en criterio del Tribunal le imprimen un cambio a la perspectiva que requiere esta política a nivel nacional para lograr mínimos de estabilidad y coherencia y cuya finalidad es “la incidencia del estándar cuando se propongan, inicien o tramiten proyectos de ley o actos legislativos que se relacionen con la formulación y el diseño de la Política Criminal, el funcionamiento del sistema de justicia penal y/o el funcionamiento del sistema penitenciario y carcelario, pretendiendo de esta manera que dicha política sea reflexiva y coherente, así como acorde con una política social y de seguridad, para que de este manera contribuya tanto a la protección de la sociedad, de los bienes jurídicos y colectivos de la comunidad y la garantía y respeto de los derechos humanos” (Consejería de Derechos Humanos, 2015).

Considerando de suma importancia para complementar el cuerpo jurídico de la tesis doctoral elaborada, a continuación se presenta de forma resumida y siempre a título de “Anexo”, la cartilla elaborada por la Consejería de Derechos Humanos de la Presidencia de la República de Colombia contentiva de todas las indicaciones dadas por la Corte Constitucional para el diseño de la Política Criminal en el país, parámetros que se relacionan con el denominado paradigma de “Política Criminal Constitucional” propuesto, toda vez que contienen los mínimos jurídicos que necesariamente deben ser tenidos en cuenta al momento de la construcción legislativa sobre la materia.

**“ESTÁNDAR CONSTITUCIONAL MÍNIMO QUE DEBE CUMPLIR LA  
POLÍTICA CRIMINAL COLOMBIANA PARA RESPETAR LOS  
DERECHOS HUMANOS CONSTITUCIONALES**

**a)- La Política Criminal debe tener un carácter preventivo. Uso del derecho penal como *última ratio*;**

La Política Criminal debe respetar el principio de la libertad personal, de forma estricta y reforzada. La expansión del derecho penal no puede concebirse como la única respuesta a los comportamientos que mayor indignación social generan en determinados momentos coyunturales. Por ello debe adoptarse el principio del derecho penal como *última ratio*. El uso del poder punitivo debe reservarse solamente a los comportamientos que mayores traumatismos sociales generen cuando no haya otras respuestas.

*Recomendaciones emitidas por la Corte Constitucional:* “Es necesario que las instituciones del Estado encargadas de diseñar la Política Criminal cambien de perspectiva ya que el delito no puede combatirse exclusivamente con el incremento de penas. Deben potenciarse estrategias contra el delito desde perspectivas diferentes al derecho penal”.

**b)- La Política Criminal debe respetar el principio de la libertad personal, de forma estricta y reforzada;**

Si bien es cierto que la restricción de la libertad personal como causa de la comisión de un delito es un instrumento legitimado, no puede perderse de vista que la prisión y las penas privativas de la libertad no son las únicas estrategias para combatir el delito. “La limitación del derecho de la libertad personal tiene un fin resocializador y busca, disuadir a la sociedad de cometer conductas punibles y evitar la reincidencia delincuencial” (Sentencia T-762 de 2015 Corte Constitucional).

Frente a la privación de la libertad rige el principio de proporcionalidad de la pena, lo que obliga al estado a revisar la gravedad de la afectación del bien jurídico protegido y la pena. En este tema, la Corte Constitucional ha sido reiterativa al mencionar que en nuestro país se deben ampliarse y potencializarse el uso de alternativas a la privación de

la libertad, no solamente como estrategias para enfrentar el hacinamiento, también se logra un impacto positivo en:

- Mejoramiento de las condiciones de funcionamiento del sistema carcelario.
- Mejoramiento de las condiciones al interior de los establecimientos y evitar los efectos nocivos del encarcelamiento en los proyectos de vida de las personas.

*Recomendaciones emitidas por la Corte Constitucional:* “Es urgente y necesario implementar un proyecto amplio de penas y medidas alternativas a la prisión que permita avanzar en el cumplimiento de las obligaciones del Estado en esta materia. Se hace necesario revisar el actual sistema de penas, de acuerdo con el principio de proporcionalidad y con los bienes jurídicos que pretenden protegerse”.

**c)- La Política Criminal debe buscar como fin primordial la efectiva resocialización de los condenados;**

La finalidad del tratamiento penitenciario es alcanzar la resocialización del infractor(a) de la ley penal, a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la enseñanza, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, conforme a la dignidad humana, de cara a la vida en libertad del condenado.

La atención integral para las personas privadas de la libertad debe estar orientada a ofrecer acciones protectoras mediante los servicios de salud, alimentación, habitabilidad, comunicación familiar, desarrollo espiritual, asesoría jurídica y uso adecuado del tiempo libre, que prevengan o minimicen, hasta donde sea posible los efectos del proceso de prisionalización<sup>9</sup>.

El esfuerzo por la resocialización del delincuente y por su incorporación a la vida en sociedad después de su castigo, se traduce en beneficios para la comunidad. En virtud

---

<sup>9</sup> Resolución 7302 de 2005, INPEC.

de lo anterior, y de conformidad a lo identificado por la Comisión Asesora para la Política Criminal, la Corte Constitucional considera necesario reiterar:

1. "La pena y su fin, que es resocializar, deben tener tiempos mínimos y máximos para ser ejecutados, para que brinden una expectativa seria de vida en libertad al condenado. Sin embargo, la determinación de estos tiempos requiere de una investigación que no se ha realizado".
2. "Es necesario reestructurar los modelos de trabajo, estudio y enseñanza en los centros de reclusión para que sean tomados como formas de resocialización y no como simples factores de redención de la pena".
3. "Es necesario redistribuir las cargas administrativas y presupuestales del sistema penitenciario, para que los programas de resocialización tengan posibilidades reales de ejecución".

Se considera necesario generar y fortalecer programas de formación, orientación laboral y facilidades para la empleabilidad para las personas que recobran la libertad.

**d)- Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad deben ser excepcionales;**

Aunque se han presentado avances normativos, las medidas de aseguramiento privativas de la libertad se han convertido en herramientas de sanción anticipada para las personas sindicadas, lo que afecta gravemente el principio de presunción de inocencia.

Se reitera que es necesario que en nuestro sistema penal la detención preventiva recupere su carácter excepcional, de igual manera ha dicho la Corte Constitucional que tratándose del derecho fundamental de la libertad, y en aplicación al bloque de constitucionalidad establecido en el artículo 93 de la Constitución Política, el alcance de esta garantía constitucional debe interpretarse a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados por Colombia en los que se conciben las medidas de aseguramiento en especial la detención preventiva como una excepción al derecho a la libertad personal.

Para evitar el uso indebido de las medidas privativas de libertad al momento de resolver la situación jurídica de la persona, el Estado debe tomar acciones contenidas en la Política Criminal respetuosas del orden constitucional para que el transcurrir del proceso penal no se convierta en una manera arbitraria de imponer condenas.

*Recomendación emitida por la Corte Constitucional:* “Es necesario que se creen o desarrollen bases de datos en las cuales se identifiquen los motivos por los que los jueces adoptan las medidas de aseguramiento privativas de libertad (incluyendo diferentes variables) con el objetivo de cuantificar la problemática y adoptar soluciones sustentadas en datos empíricos.”

**e)- La Política Criminal debe ser coherente;**

La Corte Constitucional en sus pronunciamientos sobre el tema reitera que para que la política en materia criminal sea coherente, estable y consistente, las entidades encargadas de su formulación y diseño deben crear mecanismos de coordinación y colaboración armónica, para que todas las acciones y medidas se dirijan hacia la consecución de un objetivo común.

De igual manera la Corte Constitucional resalta la importancia del Consejo Superior de Política Criminal como la instancia articuladora de la Política Criminal. Compete a esta entidad emprender acciones necesarias que respondan a objetivos y tareas claras; que tenga un equipo técnico permanente y sea el mayor coordinador y guardián de la estabilidad, la consistencia y la coherencia de la Política Criminal del país.

*Sugerencia:* Diseñar un plan donde se determinen los objetivos, acciones, tiempos y mecanismo de seguimiento, orientado a racionalizar la Política Criminal.

**f)- La Política Criminal debe estar sustentada en elementos empíricos;**

Se menciona por parte de la Corte Constitucional en su Sentencia T-762 de 2015 que dentro de los puntos álgidos y problemáticos de la Política Criminal son la ausencia de fundamentación empírica y la falta de información confiable que “dificultan la tarea de diagnosticar certeramente el estado de cosas en las diversas etapas de la Política

Criminal, lo que repercute a su vez en la formulación de soluciones y en la medición de resultados”.

Recomienda la Corte Constitucional cumplir con el deber de consolidar sistemas de información, confiables y articulados, que permitan la evaluación y la retroalimentación de “las medidas adoptadas en cada etapa de la política pública. Así mismo es necesario lograr unidad y calidad en la información delincencial y penal”.

En la sentencia T-388 de 2013, se indicó que el Sistema de información que alimente tanto la Política Criminal como el sistema penitenciario y carcelario en Colombia deberá tener información completa, clara, confiable y actualizada, por lo menos, acerca de los siguientes aspectos:

I- Nivel de protección y garantía de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

II- La capacidad del Sistema como tal, no sólo cuantitativa, sino también cualitativa. Recursos institucionales y humanos disponibles, procedimientos, marcos normativos y regulatorios, metodologías y estrategias de acción para los asuntos a resolver (cantidad de instituciones, procedimientos, estado de infraestructura).

III- El contexto financiero básico sobre las cargas y los costos, y las fuentes de financiación.

*Recomendación emitida por la Corte Constitucional:* “Las necesidades ligadas al establecimiento de bases de datos y de fuentes de información actualizadas y confiables sobre el sistema y sobre los internos en todas las regiones del país, están estrechamente vinculadas a la configuración, evaluación y retroalimentación-reformulación de la Política Criminal, que debe contar con mecanismos para registrar sus avances, determinar sus carencias y diseñar estrategias de mejora, que solo pueden tener lugar, en forma razonable, con fundamento en elementos empíricos que lleven a la política pública a responder a la realidad general del sistema, particular de la región y a los derechos de cada uno de los reclusos.”

**g)- La Política Criminal debe ser sostenible. Medición de costos en derechos económicos;**

El panorama general de los costos de la actual Política Criminal, se encuentra descrito en la sentencia T-388 de 2013, cuya orientación implica:

- *Costos en derechos.* El principal costo del castigo y la sanción penal, tiene impacto sobre el derecho a la libertad de las personas privadas de la libertad. Sin embargo, ese impacto es legítimo en un Estado Social de Derecho que usa el derecho penal como última ratio y que propicia condiciones dignas de reclusión.

- *Costos económicos.* Según el análisis realizado por la Sentencia T-388 de 2013, los costos en términos económicos de la Política Criminal actual son altos ya que incluyen presupuesto para la creación de la infraestructura física y la capacidad institucional del sistema penitenciario, para contar con los servicios mínimos requeridos, como alimentación, kits de aseo, elementos para dormir, agua, salud y muchos otros que necesitan las personas privadas de la libertad, y la contratación de personal de guardias, entre muchos otros.

Costos que no pueden evadirse ya que sería desconocer la dignidad humana (impacto sobre derechos), que tarde o temprano terminarán generando gastos al Estado, ya que, el daño que genere la omisión en el cumplimiento de la obligación estatal de brindar condiciones dignas a los reclusos, puede ser reclamado judicialmente. “La sostenibilidad financiera, es una herramienta para asegurar el goce efectivo de derechos de las personas privadas de la libertad. Una política que sea sostenible financieramente asegura el imperio material y real de la Constitución Política de nuestro país”.

- *Costos en la legitimidad del Estado.* Según lo indica la Sentencia T-762 de 2015, en el momento en que el Estado deja de propender por la materialización del fin resocializador de la pena, y convierte sus propias instituciones penitenciarias en centros de violación masiva de derechos humanos, su actividad deviene contraria a la Constitución. “Un Estado que desconoce a través de las prisiones impunemente la dignidad y la integridad de las personas, pierde legitimidad ante sus ciudadanos.”

**h)- La Política Criminal debe proteger los derechos humanos de los presos;**

El cumplimiento de las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos humanos, es imprescindible en un Estado Social de Derecho como el colombiano, fundado en la dignidad humana.

En esa medida la Política Criminal, en general y el sistema penitenciario y carcelario, en particular, deben garantizar como mínimo unas condiciones de subsistencia digna y humana a todas las personas privadas de la libertad.

A las personas privadas de la libertad se les debe garantizar el goce de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política e instrumentos internacionales sobre derechos humanos, con excepción de aquellos que se encuentren restringidos por disposiciones judiciales.

**i)- La Política Criminal y carcelaria debe ser sensible a los sujetos de especial protección constitucional, cuyos derechos fundamentales estén comprometidos.**

La Política Criminal debe ser respetuosa de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad o sujetos de especial protección constitucional (Las niñas y los niños, Jóvenes, Mujeres, Personas con orientación sexual e identidades de género diversas, Personas en situación de debilidad manifiesta, Adulto mayor, Personas en situación de discapacidad y Comunidades étnicas y tradicionales). Las difíciles condiciones del sistema penitenciario acentúan en mayor proporción las afectaciones de las personas que hacen parte de estos grupos vulnerables.

Por lo anterior, se hace necesario hacer mención a los sujetos de especial protección constitucional y las acciones a cumplir enmarcadas en el respeto de sus derechos.

- *Las niñas y los niños*: Las condiciones de reclusión de una mujer privada de la libertad, madre de un bebé recién nacido, deben ser las adecuadas y necesarias para salvaguardar la vida, la salud, la integridad personal y el desarrollo armónico del menor.



Los menores tienen derecho a estar con su madre en prisión, incluso hasta los tres (3) años.

Los niños y niñas no pueden ser separados de su familia, por lo tanto se deben garantizar las condiciones adecuadas para que el contacto se pueda mantener mediante comunicaciones.

- *Jóvenes*: Se debe asegurar la protección, la educación y el progreso de toda persona joven.

- *Mujeres*: Se debe garantizar la privación de la libertad en pabellones especiales de acuerdo con su género, en lo posible, ubicado cerca de su entorno familiar y social; también el derecho a la visita íntima, a los derechos reproductivos y a la convivencia con sus hijos menores de tres años de edad.

- *Personas con orientación sexual e identidades de género diversas*: Se deben eliminar las barreras de acceso a la salud.

Se debe garantizar la igualdad de la prestación de todos los servicios que le asisten como PPL en el marco del enfoque diferencial.

- *Personas en situación de debilidad manifiesta*: El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

- *Adulto mayor*: Su avanzada edad y el normal deterioro de su integridad física y psicológica lo que hace que el Estado tenga que prestarles especial atención, independientemente de cualquier otra consideración personal.

- *Personas en situación de discapacidad*: Realizar las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que se requieran para garantizarles a las personas con discapacidad el goce y ejercicio en condiciones de igualdad de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

- *Comunidades étnicas y tradicionales*: El derecho de personas étnicas y tradicionales a decidir en libertad y autónomamente el servicio de salud que quieren recibir, pudiendo elegir un tratamiento alternativo, propio de su comunidad y de sus tradiciones y saberes ancestrales.

**Para tener en cuenta:**

- La privación de la libertad debe ser el último recurso de control social a emplear (última ratio).
- La Política Criminal debe ser ante todo preventiva, logrando asegurar cabalmente los bienes jurídicos tutelados mediante las normas penales y reduciendo al mismo tiempo, la necesidad de tener que imponer el grave y costo castigo del encarcelamiento.
- La libertad debe ser el principio constitucional que rija las decisiones de la Política Criminal y carcelaria; las medidas de aseguramiento deben ser excepcionales.
- La Política Criminal y carcelaria debe buscar, ante todo, la resocialización de las personas.
- La Política Criminal y carcelaria debe ser sensible a la protección efectiva de los derechos fundamentales en general y de la dignidad humana, específicamente.
- La política pública debe ser sensible a los sujetos de especial protección constitucional que vean sus derechos fundamentales comprometidos por el sistema penitenciario y carcelario.
- El Estado debe contar con una organización institucional que permita diseñar, adoptar, implementar y evaluar la Política Criminal y carcelaria. El sistema debe contar con información adecuada, suficiente y veraz, que circule con transparencia, propiciando la participación y la deliberación democrática.

Fijado así el estándar constitucional mínimo que debe cumplir una Política Criminal respetuosa de los derechos humanos y teniendo en cuenta que se deben fortalecer las acciones que garanticen las condiciones mínimas que respeten, protejan y garanticen los derechos fundamentales de las personas allí reclusas, es necesario reiterar que como parte de una Política Criminal y carcelaria respetuosa de un Estado Social y Democrático de Derecho, las entidades del Estado, sin importar la rama a la cual pertenezcan, deben tomar las medidas adecuadas y necesarias para evitar un uso indebido o excesivo de las medidas de aseguramiento que impliquen la privación de la libertad de una persona”.



## Referencias y Bibliografía

- AGUDELO, N. (1989). La Revolución Francesa y los Fundamentos del Derecho Penal Moderno: Beccaria y la Ilustración, En *Nuevo Foro Penal – Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia*. Medellín: Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia - Editorial Temis, 45.
- ALBRECHT, P. (2000). El Derecho Penal en la intervención de la Política Populista (Capítulo), En AA.VV., *La Insostenible Situación del Derecho Penal*. Granada: Editorial Comares.
- ALEXY, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALSINA, R. (1999). El Conocimiento del Sistema Penal: Alarma Social y Medios de Comunicación (Capítulo), En *Política Criminal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- ÁLVAREZ, F. (1999). *Introducción a la Teoría Jurídica del Delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- ÁLVAREZ-GAYOU, J. (2003) *Cómo hacer Investigación Cualitativa. Fundamentos y Metodología*. México: Paidós.
- AGUILAR, D. (2010). El Control Social y el Ordenamiento Jurídico: Una Conceptualización desde el Objeto de Estudio de la Sociología Jurídica, En *Contribuciones a las Ciencias Sociales*. Málaga: Universidad de Málaga – EUMED, 5, (10).

- ANTOLISEI, F. (1982). *Manual de Derecho Penal – Parte Especial*. Milán: Editorial Guiffré.
- ANTÓN, J. (1986). *Derecho Penal – Parte General*. (2ª edición anotada y puesta al día por José Hernández y Luís Beneytez). Madrid: Editorial Akal.
- ANIYAR, L. (2010). *Criminología de los Derechos Humanos. Criminología Axiológica como Política Criminal*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto.
- AÑÓN, M. (2002). Derechos Fundamentales y Estado Constitucional, En *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fradique Furió Ceriol*. Valencia: Universidad de Valencia - Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política, 40.
- ARRIETA, V. (2009). La Constitucionalización del Derecho y su Incidencia en Colombia, En *Revista Pensamiento Americano*. Medellín: Corporación Universitaria Americana, 2, (2).
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, (1991). *Gaceta Constitucional No. 81 del 14 de Mayo*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- AVELLA, P. (2007). *Estructura del Proceso Penal Acusatorio*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación – Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses.
- AZERRAD, M. & FLORIO, G. (2005). *Política Criminal y Resolución de Conflictos* (1ª Ed.). Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- AZZOLINI, A. (2012). *El Sistema Penal Constitucional. El Laberinto de la Política Criminal del Estado Mexicano*. Ciudad de México: Editorial Ubijus.
- BACIGALUPO, E. (1997). *Principios de Derecho Penal - Parte General* (4a ed). Madrid: Editorial Akal.

- BACIGALUPO, E. (1998). *Principios de Derecho Penal - Parte General* (5a ed). Madrid: Editorial Akal.
- BAITA, S. (2010), Detección y Abordaje del Abuso Sexual Infantil (Capítulo), En *Curso de Formación Profesional para Trabajadores Sociales*. La Plata: Universidad Nacional de La Plata.
- BAITA, S. & MORENO, P. (2015). *Abuso Sexual Infantil. Cuestiones Relevantes para su tratamiento en la Justicia*. Montevideo: Fondo de la Naciones Unidas para la Infancia Unicef-Uruguay, Fiscalía General de la Nación y Centro de Estudios Judiciales del Uruguay – CEJU.
- BARATTA, A. (1978). Criminología Crítica y Política Penal Alternativa, En *Revue Internationale de Droit Penal*. Toulouse: Éditions érès, 1.
- BARATTA, A. (2003). Política Criminal: Entre la Política de Seguridad y la Política Social (Capítulo), En Elbert, Carlos, *Criminología y Sistemas Penales*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- BARBAREE, H., HUDSON, S. & SETO, M. (1993). Sexual Assault in society: The Role of the Juvenile Offender (Capítulo), En H. E. Barbaree, W. L. Marshall, & S. M. Hudson (Eds.), *The Juvenile Sex Ofender*. New York: Guilford.
- BASTIDAS, P. (2009). El Modelo Constitucional del Estado Social y Democrático de Derecho, sus Desafíos y la Constitucionalización del Proceso, En *Revista Vía Juris*. Bogotá: Fundación Universitaria Los Libertadores, 9.
- BECCARIA, C. (1983) [1764]. *De los Delitos y de las Penas* (trad. J. Jordá). Barcelona: Bruguera.
- BEJARANO, R. (28 de Agosto de 2011). La Parábola de Gilma. *Diario El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/parabola-de-gilma>

- BENÍTEZ, I. (2014). La Pretensión de “Maximización” de la seguridad como pretexto del Derecho Penal de la peligrosidad: El sistema dualista para el sujeto imputable previsto en la propuesta de reforma del Código Penal (Capítulo), En *Expansionismo, Nuevas formas de Criminalidad y Proceso Penal en los inicios del Siglo XXI* (Coordinador Ariel Medina Cuenca). La Habana: Editorial UNIJURIS.
- BERCHELMANN, A. (2003). *Bases para un Nuevo Derecho Penal Mexicano – Los Límites al Delito y la Pena*. Nuevo León (México): Universidad Autónoma de Nuevo León.
- BERGER, P y LUCKMANN, T. (1972). *La Construcción Social de la Realidad*. Buenos Aires, Argentina: Amorrortu.
- BERMÚDEZ, W. & MORALES, J. (2012). Estado Social de Derecho: Consideraciones sobre su Trayectoria Histórica en Colombia a partir de 1991, En *Revista Cuestiones Políticas*. Maracaibo: Universidad de Zulia - IEPDP-Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 28, (48).
- BERNAL, C. (2008). *El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la Aplicación de los Derechos Fundamentales*. Bogotá, D.C: Universidad Externado de Colombia.
- BERNATE, F. (2004). El Código Penal Colombiano de 1980, En *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Bogotá: Universidad de Rosario, 2.
- BILBAO, J. REY, F. & VIDAL, J. (2014). *Lecciones de Derecho Constitucional* (3ª Edición). Valladolid: Ediciones Thomsom Reuters – Lex Nova.
- BINDER, A. (1997). *Política Criminal: De la Formulación a la Praxis*. Buenos Aires: Editorial AD-HOC.
- BISCARETTI, P. (1975). *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. México: Fondo de Cultura Económica.



- BLANC, A. (1990). *La Violación de los Derechos Humanos Fundamentales como Crimen Internacional*. Barcelona: Bosch Casa Editorial.
- BLANCO, C. (2007). *Tratado de Política Criminal – Tomo II: La Política Criminal Aplicada*. Barcelona: Librería Bosch.
- BLOM, P. (2007). *Encyclopédie: El Triunfo de la Razón en Tiempos Irracionales*. Barcelona: Editorial ANAGRAMA - Colección Argumentos.
- BOBBIO, N. (1987). *The Future of Democracy: A Defence of the Rules of the Game* (trad. de R. Friffen, ed. e introd. de Richard Bellamy). Cambridge: Polity Press.
- BOHÓRQUEZ, L. & BOHÓRQUEZ, J. (2006). *Diccionario Jurídico Colombiano*. Bogotá: Editora Jurídica Nacional.
- BORJA, E. (1999). Algunas Reflexiones sobre el Objeto, el Sistema y la Función Ideológica del Derecho Penal, En *Nuevo Foro Penal – Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia*. Medellín: Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia - Editorial Temis, 62.
- BORJA, E. (2001). *Ensayos de Derecho Penal y Política Criminal*. San José, C.R.: Editorial Jurídica Continental.
- BORJA, E. (2003). *Curso de Política Criminal*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- BOTTOMS, A. (1995). The Politics and Philosophy of Sentencing (Capítulo), En *The Politics of Sentencing*, editado por: Chris Clarkson, Rod Morgan. Oxford: Clarendon Press.
- BOTTOMS en LARRAURI, E. (2007). Populismo punitivo...y como resistirlo, En *Estudos Criminais*. Rio Grande do Sul: Notadez, 25.

- BRICOLA, F. (2012). *Teoría General del Delito*. Buenos Aires: Editorial D de F.
- BUERGENTHAL, T. (1990). *La Protección de los Derechos Humanos en las Américas*. Madrid: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- BUSTOS, J. (1994). *Proceso Penal y Derechos Fundamentales*. Madrid: CNRR, Editorial Alfabetá.
- BUSTOS, J. & HORMAZÁBAL, H. (2004). *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- BUSTOS, J & HORMAZABAL, H. (2012). *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Santiago, Chile: Editorial Librotecnia.
- CABANELLAS, G. (1989). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- CAJICA, G. (2000). Estado Constitucional de Derecho y Legitimidad Democrática: Comentarios a un Texto de Ferrajoli, En *Revista de la Escuela Libre de Derecho*. México: Escuela Libre de Derecho de Puebla, 2.
- CARDOZO, R. (2009). *Bases de Política Criminal y Protección Penal de la Seguridad Vial*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- CARRASCO, E. (2014). *Teoría de la Inflación Penal* (Tesis de Doctorado). Salamanca: Universidad de Salamanca – Departamento de Derecho Público General.
- CASTELLÁ, J. (2015). El Estado Constitucional, En *Derecho Constitucional Básico* (Edición de Josep M. Castellá Andreu). Madrid: Editorial Huygens.
- CASTELLANOS, F. (1984). *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. México: Editorial Porrúa.

- COHEN, E. & FRANCO, R. (1992). *Evaluación de Proyectos sociales* (Primera Edición en Español). Madrid: Siglo XXI Editores.
- COMISIÓN ASESORA PARA EL DISEÑO DE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO COLOMBIANO, (2011). *Observaciones a la Iniciativa sobre la Imposición de Cadena Perpetua a ciertos Delitos realizados contra Menores*. Bogotá D.C., Colombia: Imprenta Nacional.
- COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL, (2012). *Informe Final – Diagnostico y Propuesta de Lineamientos de Política Criminal para el Estado colombiano*. Bogotá D.C.: Ministerio de Justicia y del Derecho, Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia y Unión Europea.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, (2009). *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*. Washington: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH).
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA, (2008). *Exposición de Motivos del Proyecto de Acto Legislativo “Por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”*. Bogotá D.C., Colombia: Congreso de la República.
- CONSEJERIA DE DERECHOS HUMANOS, (2015). *Enfoque de Derechos Humanos en la Política Criminal*. Bogotá D.C: Presidencia de la República.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (5 de Junio de 1992) *Sentencia T-406*. [MP Ciro Angarita Barón]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (10 de Diciembre de 1992) *Sentencia C-599*. [MP Fabio Morón Díaz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (27 de Febrero de 1993) *Sentencia C-093*.  
[MP Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (30 de Marzo de 1993) *Sentencia C-127*.  
[MP Alejandro Martínez Caballero]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (3 de Junio de 1993) *Sentencia C-207*. [MP  
Eduardo Cifuentes Muñoz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (4 de Noviembre de 1993) *Sentencia C-504*. [MP  
Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (7 de Diciembre de 1993) *Sentencia C-565*.  
[MP Hernando Herrera Vergara]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (23 de Marzo de 1994) *Sentencia C-146*.  
[MP José Gregorio Hernández Galindo]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (19 de Mayo de 1994) *Sentencia C-240*.  
[MP Carlos Gaviria Díaz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (9 de Febrero de 1995) *Sentencia C-038*.  
[MP Alejandro Martínez Caballero]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2 de Agosto de 1995) *Sentencia C-344*.  
[MP José Gregorio Hernández Galindo]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2 de Agosto de 1995) *Sentencia C-345*.  
[MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (21 de Noviembre de 1996) *Sentencia C-626*. [MP José Gregorio Hernández Galindo]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (23 de Enero de 1997) *Sentencia C-013*. [MP José Gregorio Hernández Galindo]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (17 de Abril de 1997) *Sentencia C-198*. [MP Fabio Morón Díaz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (16 de Junio de 1997) *Sentencia C-292*. [MP José Gregorio Hernández Galindo]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (26 de Junio de 1997) *Sentencia C-292*. [MP José Gregorio Hernández Galindo]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (10 de Julio de 1997) *Sentencia C-327*. [MP Fabio Morón Díaz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (6 de Mayo de 1998) *Sentencia C-184*. [MP Carlos Gaviria Díaz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (3 de Junio de 1998) *Sentencia C-277*. [MP Vladimiro Naranjo Mesa]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (21 de Octubre de 1998) *Sentencia C-592*. [MP Fabio Morón Díaz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (19 de Noviembre de 1998) *Sentencia C-679*. [MP Carlos Gaviria Díaz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2 de Diciembre de 1998) *Sentencia SU-747*. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2 de Diciembre de 1998) *Sentencia C-748*. [MP Antonio Barrera Carbonell]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (4 de Agosto de 1999) *Sentencia C-560*.  
[MP Carlos Gaviria Díaz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (14 de Noviembre de 2000) *Sentencia C-1404*. [MP Carlos Gaviria Díaz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (20 de Junio de 2001) *Sentencia C-646*.  
[MP Manuel José Cepeda Espinosa]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (10 de Octubre de 2001) *Sentencia C-1064*. [MP Jaime Cordoba Triviño]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (5 de Diciembre de 2001) *Sentencia C-1287*. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (5 de Diciembre de 2002) *Sentencia C-1080*. [MP Álvaro Tafur Galvis]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (30 de Septiembre de 2003) *Sentencia C-873*. [MP Manuel José Cepeda Espinosa]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (4 de Diciembre de 2003) *Sentencia T-1190*. [MP Eduardo Montealegre Lynett]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (10 de Febrero de 2006) *Sentencia T-091*.  
[MP Jaime Córdoba Triviño]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (30 de Enero de 2008) *Sentencia C-061*.  
[MP Nelson Pinilla Pinilla]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (30 de Abril de 2008) *Sentencia C-425*. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (4 de Agosto de 2009) *Sentencia C-521*. [MP María Victoria Calle Correa]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (25 de Mayo de 2010) *Sentencia C-397*. [MP Juan Carlos Henao Pérez]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (23 de Noviembre de 2010) *Sentencia T-718*. [MP Luis Ernesto Vargas Silva]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (23 de Noviembre de 2010) *Sentencia C-936*. [MP Luis Ernesto Vargas Silva]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (30 de Noviembre de 2010) *Sentencia C-936*. [MP Luis Ernesto Vargas Silva]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (22 de Noviembre de 2011) *Sentencia C-876*. [MP Mauricio González Cuervo]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (6 de Junio de 2012) *Sentencia C-415*. [MP Mauricio González Cuervo]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (24 de Febrero de 2013) *Sentencia T-075*. [MP Nilson Pinilla Pinilla]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (28 de Junio de 2013) *Sentencia T-388*. [MP María Victoria Calle Correa]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (3 de Julio de 2013) *Sentencia C-400*. [MP Nilson Pinilla Pinilla]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (12 de Noviembre de 2014) *Sentencia C-848*. [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (24 de Noviembre de 2015) *Sentencia T-718*. [MP Jorge Iván Palacio Palacio]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (16 de Diciembre de 2015) *Sentencia T-762*. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (25 de Mayo de 2016) *Sentencia T-276*. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (19 de Noviembre de 1999) *Sentencia de Fondo Caso Villagrán Morales y Otros*, (Caso De Los “Niños De La Calle”) [Vs. Guatemala]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA – SALA DE CASACIÓN PENAL. (7 de Octubre de 1999) *Proceso 11565*. [MP Carlos Eduardo Mejía Escobar]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA – SALA DE CASACIÓN PENAL. (17 de Septiembre de 2008) *Proceso 29772*. [MP Augusto J. Ibáñez Guzmán]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA – SALA DE CASACIÓN PENAL. (20 de Octubre de 2010) *Proceso 33022*. [MP Julio Enrique Socha Salamanca]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA – SALA DE CASACIÓN PENAL. (17 de Agosto de 2011) *Proceso 33006*. [MP Fernando Alberto Castro Caballero]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA – SALA DE CASACIÓN PENAL. (27 de Febrero de 2013) *Proceso 33254*. [MP José Leónidas Bustos Martínez]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA – SALA DE CASACIÓN PENAL. (22 de Julio de 2014) *Proceso 74749*. [MP Luis Guillermo Salazar Otero]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA – SALA DE CASACIÓN PENAL. (2 de Julio de 2015) *Proceso 80488*. [MP José Luis Barceló Camacho]



- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA – SALA DE CASACIÓN PENAL. (7 de Septiembre de 2015) *Proceso 18455*. [MP Jorge Luis Quintero Milanés]
- COTARELO, R. (2004). Teoría del Estado (Capítulo), En *Filosofía Política II. Teoría del Estado* (Edición de Elías Díaz y Alfonso Ruíz Miguel). Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas – Editorial Trotta.
- COTES, C & FUENTES, A. (2013). Populismo Punitivo: Incidencia Actual en el Contexto Legislativo Colombiano, En *Revista Actualidad Jurídica*. Barranquilla: Universidad del Norte, 3, (4).
- CRUZ, E. (2014). *Los Monstruos en Colombia Sí Existen*. Bogotá: Grijalbo.
- DAZA, A. (2014). Los Rasgos Necesarios de la Política Criminal del Estado frente a los Derechos de los Procesados y de las Víctimas, En *Revista Verba Iuris*. Bogotá: Instituto de Posgrados de Facultad de Derecho de la Universidad Libre, 31, (9-10).
- DE MAUSE, L. (1974). La Evolución de la Infancia (Capítulo), En *Historia de la Infancia*. Madrid: Alianza Editorial.
- DÉLMAS-MARTY, M. (1986). *Modelos Actuales de Política Criminal* (Presentación de Barbeo Santos, trad. de A. Richart). Madrid: Ministerio de Justicia.
- DEMETRIO, E. (2015). Constitución y Derecho Penal: El Derecho Penal visto desde sus Límites (Capítulo), En *Legalidad y Defensa Garantías Constitucionales del Derecho y la Justicia Penal* (Director Nicolás González y Eduardo Demetrio). Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna.
- DÍAZ, E. (1992). *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Taurus.
- DÍAZ, J. (2000) *Atención al Abuso Sexual Infantil*. Madrid: Comunidad de Madrid.

- DIEZ RIPOLLÉS, J. (2009). El Nuevo Modelo Penal de la Seguridad Ciudadana, En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada: Universidad de Granada, 6, (3).
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. (2001). El Derecho Penal Simbólico y los Efectos de la Pena, En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 35, (103).
- DONINI, M. (1997). Selettività e paradigma della teoria del reato, En *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 40, (2).
- DOUARD, J. (2009). Sex Offender as Scapegoat: The Monstrous Other Within, En *New York Law School Law Review*. New York: New York Law School, 53, (31).
- DUQUE, C, et al. (2013). *Funciones de la Pena en la Política Criminal colombiana frente a los Delitos de Violación y Abuso Sexual contra Menores, A partir de la Ley 1098 de 2006* (Tesis de Maestría). Bogotá D.C.: Instituto de Posgrados de la Facultad de Derecho – Universidad Libre.
- ECHEVERRY, A. (2002). *Teoría Constitucional y Ciencia Política*. Bogotá D.C.: Ediciones Librería del Profesional.
- EL ESPECTADOR, RJ. (16 de febrero de 2015). General Palomino aclara propuesta de Pena de Muerte. *Diario El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/general-palomino-aclara-su-propuesta-de-pena-de-muerte-articulo-544395>
- FALCÓN, F. (2005). Examen Crítico de los Diferentes Tipos de Estado y el Derecho de Castigar, En *FORO - Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2.
- FERNÁNDEZ, I. (2006). Violencia Social en América Latina, En *Revista Papeles*. Madrid: FUHEM – Icaria Editorial, 94.

- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (2002). *Derecho Penal Liberal de Hoy. Introducción a la Dogmática Axiológica Jurídico Penal*. Bogotá: Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Madrid: Editorial Trotta.
- FERRAJOLI, L. (1996). El Estado Constitucional de Derecho Hoy: El Modelo y su Divergencia de la Realidad (Capítulo), En *Corrupción y Estado de Derecho. El Papel de la Jurisdicción* (Perfecto Andrés Ibáñez Editor y trad.). Madrid: Editorial Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2000). *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- FERRAJOLI, L. (2003). Pasado y Futuro del Estado de Derecho (Capítulo), En CARBONELL, M. (ed.) (2003). *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Madrid: Trotta - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- FERRAJOLI, L. (2006). *Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil* (5ª Edición). Madrid: Editorial Trotta S.A.
- FERRAJOLI, L. (2006). *Sobre los Derechos Fundamentales y sus Garantías* (traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello). México: CNDH.
- FERRAJOLI, L. (2007). *El Derecho Penal del Enemigo y la Disolución del Derecho Penal*. México: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas.
- FERREYRA, R. (2016). El Principio de Subordinación como Fundamento del Estado Constitucional. Su regulación en Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y México, En *Revista de Derecho Político*. Madrid: Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 95.

- FEUERBACH, P. (1803). *Manual de Derecho Penal*. Paris: Sciences Po.
- FINKELHOR, D., & REDFIELD, D. (1984). How the Public Defines Sexual Abuse (Capítulo). En D. Finkelhor (Ed.), *Child Sexual Abuse: New Theory and Research*. New York: Free Press.
- FOUCAULT, M. (2007). *Historia de la Sexualidad 2. El Uso de los Placeres*. México: Siglo XXI.
- FRANCO, A. & ROMERO, A. (2010). Percepción de la Criminalidad y Populismo Punitivo frente a Delitos Sexuales, En *Revista Papeles del Castigo*. Bogotá: -----, 1.
- GARCÍA, J. (1995). *El Derecho a la Libertad Personal*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- GARCIA, L. (2005). Consideraciones Críticas sobre el actualmente denominado “Derecho Penal del Enemigo”, En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada: Universidad de Granada, 7, (38).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1985). *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (1996). Sobre el Principio de Intervención Mínima del Derecho Penal como límite del *Ius Puniendi* (Capítulo), En AA.VV., *Estudios Penales y Jurídicos, LH., al Prof. Enrique Casas Barquero*. Córdoba: Universidad de Córdoba.
- GARCÍA-PABLO DE MOLINA, A. (2006). *Introducción al Derecho Penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (2013). *Criminología: Una Introducción a sus Fundamentos Teóricos* (7ª Ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.

- GARLAND, D. (2005). *La Cultura del Control*. Barcelona: Gedis.
- GARLAND, D. (2007). Las Contradicciones de la Sociedad Punitiva, En *Delito y Sociedad*. Santa Fe: UNL Ediciones, 22.
- GIANNINI, M. (1991). *Derecho Administrativo*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas (MAP).
- GÓMEZ PAVAJEAU, C. (2013). *Introducción al Derecho Penal Constitucional*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- GONZÁLEZ, E, et al. (2004). Características de los Abusadores Sexuales, En *Revista de la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología Infantil y de la Adolescencia*. Santiago: SOGIA, 11, (1).
- GONZALES, D. (2016). *La Inflación Legislativa y la Necesidad del Digesto Jurídico Colombiano*. Bogotá: Ecos Políticos.
- GROSSO GARCIA, M. (1999). *La Reforma del Sistema Penal Colombiano - La Realidad de la Imagen Perspectiva Político Criminal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- GUASTINI, R. (2003). La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico (Capítulo), En CARBONELL, M. (ed.) (2003). *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Madrid: Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GUDIÑO, J. (1998). La Seguridad Pública en la ciudad de México (El primer año), En *Revista Bien Común y Gobierno*. México: Fundación Rafael Preciado Hernández A.C., 4, (49).
- GUERRERO, M. (2004). Historia Reciente y Disciplinamiento Social en Chile. En *Revista Némesis*. Santiago: Universidad de Chile – Facultad de Ciencias Sociales, 4.

HASSEMER, W. (1995). Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos, En *Pena y Estado*, coordinado por Juan Bustos Ramírez. Santiago de Chile: Jurídica Cono Sur Ltda, 24, (25).

HASSEMER, W. & MUÑOZ, F. (2012). *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

HEGEL, F. (1975). *Principios de Filosofía del Derecho* (traducción de G. Bates). México: FCE.

HELLER, H. (1987). *Teoría del Estado. Supuestos Teóricos del Estado Actual*. México: Fondo de Cultura Económica.

HENAO, L & BALMACEDA, G. (2006). *Introducción al Derecho Penal de la Sociedad Postindustrial*. Bogotá: Centro Editorial de la Universidad del Rosario – Biblioteca Jurídica Dike.

HERMAN, J. (1997). *Trauma and Recovery. The Aftermath of Violence – from Domestic Abuse to Political Terror*. Nueva York: Basic Books.

HERNANDEZ, N. (2013). ¿La Detención Preventiva es una Medida Excepcional? Estudio de Caso, En *Revista Diálogos de Saberes*. Bogotá: Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá, 39.

HERRERO, C. (2007). *Política Criminal Integradora*, Madrid: Dykinson.

HILL, T. (1911). The State's Right to Punish, En *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, Northwestern: Northwestern University School of Law, 1.

HUERTAS, O, et al. (2005). *Convención Americana de Derechos Humanos. Doctrina y Jurisprudencia 1980-2005*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.

- HUERTAS, O, *et al.* (2007). *El Derecho al Debido Proceso y a las Garantías Judiciales en la Dimensión Internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.
- HUERTAS, O, *et al.* (2007). *La Universidad y el Compromiso con la Pedagogía y la Educación de los Derechos Humanos del Niño*. Bogotá D.C.: Corporación de Juristas Siglo XXI, Universidad Autónoma de Colombia, Universidad Distrital Francisco José de Caldas, Universidad Pedagógica Nacional, Ediciones Jurídicas Ibáñez.
- HUERTAS, O, *et al.* (2008). *El Principio de Igualdad y No Discriminación a la Luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.
- HUERTAS, O, CACERES, V & GARCIA, F. (2013). *La Niñez Víctima de Delitos Sexuales en Colombia – Informe Técnico de Investigación*. Bogotá D.C., Colombia: Fundación Universidad Autónoma de Colombia.
- INGLEHART, R. (1988). Cultura Política y Democracia Estable, En *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), 42.
- INTEBI, I. (2012). *Estrategias y Modalidades de Intervención en Abuso Sexual Infantil Intrafamiliar*. Cantabria (España): Instituto Cántabro de Servicios Sociales.
- INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. (2004). *Estudio sobre Violencia sobre los Niños (Cuestionario Solicitado por la Secretaría General de las Naciones Unidas)*. Bogotá D.C., Colombia: Imprenta Nacional.
- INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES. (2011). *Forensis, Datos para la Vida (Datos oficiales sobre la violencia en Colombia - 2010)*. Bogotá D.C., Colombia: Imprenta Nacional.

INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES. (2012). *Forensis, Datos para la Vida (Datos oficiales sobre la violencia en Colombia - 2011)*. Bogotá D.C., Colombia: Imprenta Nacional.

INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES. (2013). *Forensis, Datos para la Vida (Datos oficiales sobre la violencia en Colombia - 2012)*. Bogotá D.C., Colombia: Imprenta Nacional.

INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES. (2014). *Forensis, Datos para la Vida (Datos oficiales sobre la violencia en Colombia - 2013)*. Bogotá D.C., Colombia: Imprenta Nacional.

INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES. (2015). *Forensis, Datos para la Vida (Datos oficiales sobre la violencia en Colombia - 2014)*. Bogotá D.C., Colombia: Imprenta Nacional.

JAÉN, M. (1998). La Función Social de la Pena, En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*. Las Palmas de Gran Canaria: Facultad de Ciencias jurídicas - Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 3.

JAKOBS, G. (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas Ediciones, S. L.

JIMENEZ DE ASUA, L. (1965). *Tratado de Derecho Penal. Vol. I*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1977). *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires: Editorial Losada S.A.

JONES, C. (1970). *An introduction to the Study of Public Policy*. USA: Ed. Duxbury Press.

KANT, I. (1994). *La Metafísica de las Costumbres* (Trad. Adela Cortina y Jesús Conill). Madrid: Tecnos.



KEMPE, R. & KEMPE, C. (1978). *Child Abuse*. Cambridge: Harvard University Press.

KELSEN, H. (1974). *La Teoría Pura del Derecho*. México: Editora Nacional.

KUHN, T. (1980). *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. México: Fondo de Cultura Económica.

LAINO, L. (2010). *Justificación del Castigo e Inflación Penal: El Recupero del Principio de Legalidad como Estrategia ante la Deriva Inflacionaria del Derecho Penal*. Buenos Aires: Universidad de Palermo.

LANCHEROS-GÁMEZ, J. (2010). Del Estado Liberal al Estado constitucional. Implicaciones en la Compresión de la Dignidad Humana, En *Díkaion Revista de Fundamentación Jurídica*. Chía (Cundinamarca), Colombia: Facultad de Derecho de los Universidad de la Sabana, 18.

LANDROVE, G. (2009). *El Nuevo Derecho Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

LANGLE, E. (1927). *Teoría de la Política Criminal*. Madrid: Editorial Reus.

LARRAURI, E. (2006). Populismo Punitivo, En *Revista Jueces para la Democracia - Información y Debate*. Madrid: Asociación Jueces para la Democracia, 55.

LARRUE, C. (2000). *Analyser les politiques publiques d'environnement*. París: L'Harmattan.

LASCURAIN, J. (2015). *El Punitivismo de la Nueva Reforma del Código Penal es una Forma de Populismo*. Navarra: Universidad de Navarra – Facultad de Derecho.

LAZERGES, C. (1987). *La Politique Criminelle*. Paris: PUF.

- LEAL, J. (2010). Cesare Beccaria, Más Actual que Nunca, En *Revista Electrónica Docta Ignorancia Digital*. Madrid: Dialnet, 1.
- LEÓN, S. (2013). El Constitucionalismo Colombiano en el Siglo XX ¿Modelo de Organización o Elemento de Dominación?, En *Revista Historia Constitucional*. Oviedo: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, adscrito al Ministerio español de la Presidencia y el Seminario de Historia Constitucional "Martínez Marina" de la Universidad de Oviedo, 14.
- LIBORIO, H. (1998). *Estado de Derecho. Problemas Actuales*, México: Fontamara.
- LOAIZA, H. (2004). *Estado, Gobierno y Gerencia Pública*. Bogotá: Universidad Santo Tomas.
- LONDOÑO, A, et al. (2013). *Debido Proceso Constitucional: Una Propuesta de Cara al Ciudadano desde la Constitución de 1991*. Medellín: Imprenta Universidad de Antioquia.
- LÓPEZ, D. (2002). *El Derecho de los Jueces* (3a. reimp). Bogotá: Legis-Uniandes.
- LOPEZ, J. (2000). *Antecedentes del Nuevo Código Penal*. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley.
- LÓPEZ, Z. (2001). El Hombre frente al Derecho Penal en un Estado Social de Derecho, En *Revista de Derecho*. Barranquilla: Universidad del Norte, 16, V. II.
- LÓPEZ DAZA, G. (2011). El Juez Constitucional Colombiano como Legislador Positivo: ¿Un Gobierno de los Jueces?, En *Cuestiones Constitucionales - Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. México: UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 24.
- LOPEZ SÁNCHEZ, F. (2000). *Prevención de los Abusos Sexuales de Menores y Educación Sexual*. Salamanca: Amarú.

- LUHMANN, N. (2012). *Sociología del Derecho*. Bogotá D.C, Colombia: Editorial Universidad Libre.
- LUZÓN, D. (2012). *Lecciones de Derecho Penal – Parte General* (2ª Ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- LYNCH, M. (2002). Pedophiles and Cyber-Predators as Contaminating Forces: The Language of Disgust, Pollution, and Boundary Invasions in Federal Debates on Sex Offender Legislation, En *Law and Social Inquiry*. Chicago: American Bar Foundation, 27, (529).
- MALAGÓN, J. (2011). *Escenas de Pecado y Delito. Relaciones Incestuosas en la Nueva Granada (1648-1833)*. Medellín: La Carreta Editores.
- MAQUEDA, M. (2004). Políticas de Seguridad y Estado de Derecho (Capítulo), En *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- MARQUARDT, B. (2009). *Historia Universal del Estado. El Estado de la Doble Revolución Ilustrada e Industrial (1776-2008)*. Tomo 3. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- MÁRQUEZ ESTRADA, J. (2013). Delitos Sexuales y Práctica Judicial en Colombia: 1870-1900. Los Casos de Bolívar, Antioquia y Santander, En *Revista Palabra*. Cartagena: Universidad de Cartagena, 13.
- MARTÍNEZ, M. (1999). El Estado Actual de la Criminología y la Política Criminal (Capítulo), En ELBERT, C. *La Criminología del Siglo XXI*. Buenos Aires: Rubinzal.
- MARTÍNEZ, M. (1999). *La Crisis de la Justicia Penal en Colombia*. Bogotá: Temis.

- MARTÍNEZ, M. (2017). El Populismo Punitivo y los Límites a las Mayorías para Oponerse a la Paz (Capítulo I), En *Fundamentos de Justicia Transicional para Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Grupo Editorial Ibáñez.
- MARTÍNEZ, M., HILTERMAN, E., & ANDRÉS-PUEYO, A. (2005). *Manual de Valoración del Riesgo de Violencia Sexual*. Barcelona: Publicacions Universitat de Barcelona.
- MAYHEW, L. (1969). Sociología del Derecho (Capítulo), En Parsons, T. (comp): *La Sociología Norteamericana Contemporánea*. Buenos Aires, Argentina: Paidós.
- MEJÍA QUINTANA, O. (2013). A Dos Décadas de la Constitución Política de 1991, En *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 15, (29).
- MERINO, M. (2010). *Fundamentos de Evaluación de Políticas Públicas* (Primera Edición). Madrid: Ministerio de Política Territorial y Administración Pública - Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios.
- MILL, J. (2008). *Sobre La Libertad* (Trad. de Carlos Rodríguez Braun), Los Esenciales De La Historia. Madrid: Tecnos.
- MIR PUIG, S. (1994). *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona: Editorial Ariel.
- MIR PUIG, S. (1997). Laudatio (Capítulo), En *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal – Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: José María Bosch Editor.
- MIR PUIG, S. (1998). *Derecho Penal – Parte General* (5<sup>o</sup> Edición). Barcelona: Ediciones Reppertor.
- MIR PUIG, S. (2010). *Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas Bases Constitucionales* (Director). Valencia: Tirant Lo Blanch.

- MIR PUIG, S. (2015). *Derecho Penal – Parte General* (10ª Edición). Madrid: Editorial Reppertor.
- MIRANDA, M. (2007). El Populismo Penal - Análisis Crítico del Modelo Penal Securitario, En *Revista Jueces para la Democracia - Información y Debate*. Madrid: Asociación Jueces para la Democracia, 28.
- MONTESQUIEU, B de. (1906) [1748]. *El Espíritu de las Leyes* (trad. de S. García del Mazo). Madrid: Librería General de Victoriano Suarez.
- MORIN, E. (1999). *Los Siete Saberes Necesarios para la Educación del Futuro*. París: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
- MUÑOZ CONDE, F. (1975). *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Editorial Bosch.
- MUÑOZ CONDE, F. (2004). *Derecho Penal y Control Social*, Bogotá: Temis.
- NAGIN, D. (2010). The Deterrent Effect of Imprisonment (Capítulo), En *Controlling Crime: Strategies and Tradeoffs*. Chicago: University of Chicago Press.
- NAGIN, D. & DURLAUF, S. (2011). The Deterrent Effect of Imprisonment (Capítulo), En *Controlling Crime: Strategies and Tradeoffs*. Chicago: University of Chicago Press.
- NAVARRO, C. (2003). *Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales*. Santiago de Chile: CAVAS Metropolitano y Policía de Investigaciones.
- NAVAS, A. (2000). *Nuevo Código Penal – Ley 599 de 2000*. Bucaramanga: Editorial Limitada.
- NAVAS, A. & NAVAS, F. (2009). *El Estado Constitucional*. Madrid: Editorial DYKINSON, S.L.

- NEWBURN, T. & JONES, T. (2005). Symbolic Politics and Penal Populism: The Long Shadow of Willie Horton, En *Crime, Media and Culture*, Tennessee: University of Tennessee y Essex University, 1, (1).
- ONECA, I. (2004). Voltaire o el Caos de las Ideas Claras, En *Aposta Revista de Ciencias Sociales*. Madrid, España, 11.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, (2015). Enfoques Nacionales de la Participación Pública en el Fortalecimiento de la Prevención del Delito y la Justicia Penal, En *13º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal*. Doha: Secretaria General de la ONU.
- ORJUELA, L. & RODRÍGUEZ, V. (2012). *Violencia Sexual contra los Niños y las Niñas. Abuso y Explotación Sexual Infantil*. Madrid: Save the Children.
- ORTEGA, J. (2016). *Constitución Política de Colombia (17ª Ed.)*. Bogotá: TEMIS.
- ORTIZ, J. (2006). Estado Constitucional y Derecho Administrativo, En *Derecho Constitucional para el Siglo XX – Tomo I* (Edición de Javier Pérez Royo, Joaquín Pablo Urías Martínez y Manuel Carrasco Durán). Navarra: Thomson Aranzadi.
- PAEZ, L. & HERNANDEZ, H. (2004). *Comportamiento del Delito Sexual en Colombia en el 2004: Una Visión Poco Optimista*. Bogotá: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.
- PALENCIA, W. (2013). *Análisis Jurídico del Control Constitucional de los Actos Administrativos de Gobierno*. Ciudad de Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.
- PAREDES, J. (2013). *La Justificación de las Leyes Penales*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- PAVÓN, P. (2005). *Delitos Sexuales*. Bogotá D.C.: Editorial Doctrina y Ley.

- PERELMAN, Ch. (1979). *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica* (trad. de Díez Picazo. Título original: *Logique juridique-nouvelle rhétorique*, Dalloz. París, 1976). Madrid: Civitas.
- PERES, L. (2009). El Populismo Punitivo en España: Del Estado Social al Estado Penal, En *Vigilância, Segurança e Controle Social na América Latina*. Curitiba: PUCPR, 4, (6).
- PÉREZ, L. (2004). *Serta – In Memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- PÉREZ ALONSO, E. (1997). Las Revoluciones Científicas del Derecho Penal: Evolución y Estado Actual de la Dogmática Jurídico-Penal, En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid: Ministerio de Justicia, 50, (1).
- PEREZ LUÑO, A. (1998). Staatsziele und Staatszielbestimmungen, En *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 99.
- PEREZ LUÑO, A. (2013). *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.).
- PIAGET, J. (1974). *A dónde va la Educación*. Barcelona: Ariel.
- PÖGGELER, O. (1997). *El Conflicto de las Interpretaciones*. Madrid, España: Editorial Universidad Autónoma de Madrid.
- PORRAS, A. (1989). El Derecho Intervencionista del Estado – Aportaciones sobre un Debate Reciente, En *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 63.

- PORRAS, C, ROMERO, M, OCHOA S, & CARRILLO, D. (2005). *Particularidades del Control Constitucional en la Primera Mitad del Siglo XX*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- PRIEGO, G. (2003). *Un Nuevo Modelo de Administración Pública en la Secretaría de Finanzas y Desarrollo Social del Estado de Puebla*. Puebla: Tesis Licenciatura de Derecho con especialidad en Derecho Fiscal, Departamento de Derecho, Escuela de Ciencias Sociales, Universidad de las Américas Puebla.
- PRIETO, L. (2003). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.
- PUTNAM, C. (1896). *Tratado Práctico de Medicina Legal en relación con la Legislación Penal y Procedimental del País*. Bogotá: Imprenta de Antonio M. Silvestre.
- QUINTERO, G. (1996). *Curso de Derecho Penal Parte General (Acorde al Nuevo Código Penal de 1995)*. Barcelona: Editorial Cedecs.
- QUINTEROS, A. & CONDE I. (2011). *Técnicas para la Detección y Evaluación de Abusos Sexuales en Menores*. Valladolid: Asociación ASPACIA.
- RAMOS, J. (2016). *Política Criminal, Cultura y Abuso Sexual de Menores (Un Estudio sobre los Artículos 183 y siguientes del Código Penal)*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- REED HURTADO, M. (2012). *El Camino Irreflexivo de la Cárcel en Colombia: Un Cuento de Delirios y Despelotes. Preparada para la Conferencia "Leyes Penas y Cárcel: ¿Cuánto Sirven (Y cuanto No) para la Seguridad Ciudadana?".* Lima, Perú: Woodrow Wilson International Center for Scholars, Instituto de Defensa Legal, and Corporación Andina de Fomento, 8.
- REYES ECHANDÍA, A. (1980). *Derecho Penal – Parte General*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- REYES ECHANDÍA, A. (1996). *Criminología*. Bogotá: Editorial Temis.



- RICO, J. & CHINCHILLA, L. (2002). *Seguridad ciudadana en América Latina: Hacia una Política Integral*. Ciudad de México: Siglo XXI Editores.
- RIVERA, I. (2005). *Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y Nuevas Racionalidades Punitivas* / Iñaki Rivera Beiras (Coord.). — Rubí (Barcelona). Barcelona: Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la UB - Anthropos Editorial.
- RODRIGUEZ, A. (2010). *Anotaciones Teóricas sobre Política Criminal y Reforma de la Ley de Régimen Penitenciario (Ponencia)*. Recuperado el 03 de Noviembre de 2013, de <http://www.geocities.ws/cienciaspenales/Anotaciones.html>
- RODRÍGUEZ, C. (2014). Delincuencia Sexual: Reforma y Ejecución Penal (Capítulo), En *Tratamiento Penal de la Delincuencia Sexual* (Directora Margarita Roig Torres). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. (1997). El Derecho Comparado como Método de Política Criminal, En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1.
- ROMERO, A. (2012). *Populismo Punitivo y Narrativas del Control Social de Adolescentes en Colombia - Los Adolescentes frente al Populismo Punitivo como Expresión de una nueva Política de Control*. Bogotá D.C: Universidad Nacional de Colombia.
- ROTH, A. (2002). *Políticas Públicas: Formulación, Implementación y Evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora.
- ROUSSEAU, J. (1984) [1762]. *El Contrato Social* (Introducción de Raúl Cardiel Reyes). México: Serie Nuestros Clásicos - UNAM.

- ROXIN, C. (1972). *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal* (trad. esp. de Muñoz Conde del original alemán *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, de 1970, fecha por la que se cita en el texto). Barcelona: Bosch.
- ROXIN, C. (1998). *Dogmatica Penal y Política Criminal*. Lima, Perú: Editorial Idemsa.
- ROXIN, C. (1998). ¿Tiene Futuro el Derecho Penal? (trad. de Borja Jiménez E.), En *Revista del Poder Judicial* (3º Época). Madrid: Consejo General de Poder Judicial, 49.
- ROXIN, C. (2000). *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- SAAVEDRA, É. (1995). *Constitución, Derechos Humanos y Proceso Penal*. Bogotá, D. C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- SAINZ, J. (1979). *Lecciones de Derecho Penal*. Barcelona: Editorial Bosch.
- SAINZ MORENO, F. (1982). La Constitución como Norma Jurídica y el Tribunal Constitucional, de Eduardo García Enterría, En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2, (6).
- SANCHEZ, C. (2000). *Qué es la Agresión Sexual*. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva.
- SÁNCHEZ, R. (2009). *El Estado Constitucional – Configuración Histórica y Jurídica – Organización Funcional*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- SANÍN, A. (2003). El Nuevo Código Penal y el Derecho Internacional Humanitario en el Contexto colombiano, En *Derecho Internacional Humanitario y Temas de Áreas Vinculadas - Lecciones y Ensayos* – Gabriel Pablo Valladares (compilador). Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot – CICR, 78.

- SANTOS, G. (2006). *Proyecto de Acto Legislativo 09 del 2006, por el cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política*. Bogotá: Congreso de la República.
- SENADO DE LA REPÚBLICA, (1997). *Gaceta del Congreso 21 del 11 de Febrero de 1997*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- SENADO DE LA REPÚBLICA, (1998). *Gaceta del Congreso 139 del 4 de Agosto de 1998*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- SENADO DE LA REPÚBLICA, (2000). *Gaceta del Congreso 309 del 3 de Agosto de 2000*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- SENADO DE LA REPÚBLICA, (2001). *Gaceta del Congreso 160 del 02 de Mayo de 2001*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- SENADO DE LA REPÚBLICA, (2001a). *Gaceta del Congreso 414 del 22 de Agosto de 2001*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- SENADO DE LA REPÚBLICA, (2004). *Gaceta del Congreso 424 del 11 de Agosto de 2004*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- SENADO DE LA REPÚBLICA, (2004a). *Gaceta del Congreso 529 del 13 de Septiembre de 2004*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- SENADO DE LA REPÚBLICA, (2005). *Gaceta del Congreso 215 del 27 de Abril de 2005*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- SENADO DE LA REPÚBLICA, (2006). *Gaceta del Congreso 243 del 25 de Julio de 2006*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- SENADO DE LA REPÚBLICA, (2006a). *Gaceta del Congreso 362 del 12 de Septiembre de 2006*. Bogotá: Imprenta Nacional.

SENADO DE LA REPÚBLICA, (2006b). *Gaceta del Congreso 539 del 15 de Noviembre de 2006*. Bogotá: Imprenta Nacional.

SENADO DE LA REPÚBLICA, (2008). *Gaceta del Congreso 675 del 1º de Octubre de 2008*. Bogotá: Imprenta Nacional.

SENADO DE LA REPÚBLICA, (2009). *Gaceta del Congreso 80 del 25 de Febrero de 2009*. Bogotá: Imprenta Nacional.

SENADO DE LA REPÚBLICA, (2009a). *Gaceta del Congreso 620 del 24 de Julio de 2009*. Bogotá: Imprenta Nacional.

SENADO DE LA REPÚBLICA, (2010). *Gaceta del Congreso 737 del 05 de Octubre de 2010*. Bogotá: Imprenta Nacional.

SENADO DE LA REPÚBLICA, (2010a). *Gaceta del Congreso 975 del 26 de Noviembre de 2010*. Bogotá: Imprenta Nacional.

SENADO DE LA REPÚBLICA, (2011). *Gaceta del Congreso 514 del 21 de Julio de 2011*. Bogotá: Imprenta Nacional.

SENADO DE LA REPÚBLICA, (2014). *Gaceta del Congreso 710 del 13 de Noviembre de 2014*. Bogotá: Imprenta Nacional.

SENADO DE LA REPÚBLICA, (2014a). *Gaceta del Congreso 798 del 03 de Diciembre de 2014*. Bogotá: Imprenta Nacional.

SENADO DE LA REPÚBLICA, (2015). *Gaceta del Congreso 490 del 15 de Julio de 2015*. Bogotá: Imprenta Nacional.

SENADO DE LA REPÚBLICA, (2015a). *Gaceta del Congreso 635 del 28 de Agosto de 2015*. Bogotá: Imprenta Nacional.

- SENADO DE LA REPÚBLICA, (2016). *Gaceta del Congreso 157 del 19 de Abril de 2016*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- SERRANO GÓMEZ, A. (2008). *Derecho Penal*. Madrid: Dykinson.
- SIERRA, A. (2011). Panorama Actual de la Constitucionalización del Derecho Privado en Colombia. Teorías Jurídicas y Filosóficas, En *Justicia Juris*. Barranquilla: Universidad Autónoma del Caribe, 7.
- SILVA, J. (1997). Nuevas Tendencias Político-Criminales y Actividad Jurisprudencial del Tribunal Supremo (Capítulo), En *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en Evolución* (Ed. lit. Carlos María Romeo Casabona). Tenerife: Universidad de Tenerife, Centro de Estudios Criminológicos.
- SILVA, J. (1997). Política Criminal en la Dogmática: Algunas Cuestiones sobre su Contenido y Límites (Capítulo), En *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal – Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: José María Bosch Editor.
- SILVA, J. (2009). *Tiempo de Derecho Penal. Escritos Breves sobre Teoría y Práctica, Vida Social y Economía*. Buenos Aires: Euros Editores.
- SOLAZ, E. (2014). Algunas Especialidades en el Proceso Penal por Delitos Sexuales (Capítulo), En *Tratamiento Penal de la Delincuencia Sexual* (Directora Margarita Roig Torres). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- SOTOMAYOR, J. (2007). Las Recientes Reformas Penales en Colombia: Un Ejemplo de Irracionalidad Legislativa, En *Revista Nuevo Fuero Penal*. Medellín: Universidad EAFIT, 71.
- SZABO, D. (1985). *Criminología y Política Criminal*. México: Editorial Siglo XXI.
- TOCORA, F. (1997). *Política Criminal Contemporánea*. Bogotá: Ed. Temis.

- TOMÁS Y VALIENTE, F. (1969). *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (Siglos XVI-XVII-XVIII)*. Madrid: Tecnos.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. (1990). *Sexo Barroco y Otras Transgresiones Premodernas*. Madrid: Alianza.
- TONRY, M. (2001). *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford University Press.
- TORRES, L. (2015). Política Criminal y Derechos Humanos en Chile: Notas y Desafíos Actuales, En *Revue québécoise de droit international (RQDI)*. Montreal: Université du Québec à Montréal, *Hors-série (Mars. 2015)*.
- TORRES, N. (2010). *Populismo Punitivo en Colombia: Una Aproximación a la Política Legislativa de las Recientes Reformas de los Delitos Sexuales*. Bogotá, Colombia: Escuela de Derecho - Universidad EAFIT.
- TOZZINI, C. (2005). *Garantías Constitucionales en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Hamurabi.
- TRONCOSO, M. (2013). *El Populismo Punitivo como Fundamento de la Actual Política Criminal Chilena*. Santiago, Chile: Centro de Estudios Ius Novum.
- UPRIMNY, R. (1998). La Universalidad de los Derechos Humanos: Conflictos de Derechos, Conceptos de Democracia e Interpretación Jurídica, En *Pensamiento Jurídico*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 9.
- UPRIMNY, R. (2001). El Bloque de Constitucionalidad en Colombia (Capítulo), En *Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional*. Bogotá: Oficina del Alto comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

- UPRIMNY, R. (20 de Junio de 2011). Cadena Perpetua: Populismo Punitivo sin Argumentos. *Diario El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/cadena-perpetua-populismo-punitivo-sin-argumentos>
- URIBE, J. (2012). ¿Puede Hablarse de Populismo Punitivo en Colombia?, En *Revista Nuevo Foro Penal*. Universidad EAFIT, Medellín, 7, (78).
- URIBE, M. (2002). Las Incidencias del Miedo en la Política: Una mirada desde Hobbes (Capítulo), En *El Miedo: Reflexiones sobre su Dimensión Social y Cultural*. Medellín: Corporación Región.
- VALDERRAMA, F. (2013). *Fundamentos Hermenéuticos del Estado Social de Derecho en Colombia*. Bogotá: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- VALENCIA, H. (2003). *Diccionario Espasa Derechos Humanos*. Bogotá: Editorial Espasa.
- VALLES, M. (1997) *Técnicas Cualitativas de Investigación Social. Reflexión Metodológica y Práctica Profesional*. Madrid: Síntesis.
- VARGAS GURÍN, O. (2006). *Víctimas de Abuso Sexual Infantil desde una Perspectiva Psicojurídica*. Pamplona: Universidad de Pamplona, Facultad de Artes y Humanidades, Programa de Psicología con Énfasis en Psicología.
- VELÁSQUEZ, F. (2007). *Manual de Derecho Penal - Parte General*. Medellín: Editorial Comlibros.
- VELÁSQUEZ, F. (2013). *Manual de Derecho Penal – Parte General*. Bogotá D.C: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

- VÉLEZ, J. (2001). Conflicto y Guerra: La Lucha por el Orden en Medellín, En *Estudios Políticos*. Medellín: Instituto de Estudios Políticos - Universidad de Antioquia, 18.
- VERA, J. (2012). Algunas Notas sobre el Programa Político-Criminal de la Constitución a la Luz de los Nuevos Modelos Político-Criminales, En *Revista de Derechos Fundamentales*. Viña del Mar: Universidad de Viña del Mar, 8.
- VIGO, R. (1993). *Interpretación Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- VILLAR, L. (1996). *La Paz en la Doctrina del Derecho de Kant*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- VILLAR, L. (2007). Estado de Derecho y Estado Social de Derecho, En *Revista Derecho del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 20.
- VON LISZT, F. (1914). *Tratado de Derecho Penal* (Trad. de la 20ª edición alemana por Luís Jiménez de Asúa y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña, T. II). Madrid: Reus.
- VON LISZT, F. (1995). *La Idea de Fin en el Derecho Penal* (Introducción y nota biográfica de Zugaldía Espinar y trad. de Pérez del Valle). Granada: Ed. Comares.
- VON MOHL, R. (1872). Die Parteien im Staate, En *Encyklopädie der Staatswissenschaften* (2º Edition). Tübingen: Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.
- WAQCQUANT, L. (2004). La Penalización de la Miseria. De la Importación de Políticas de Seguridad (Capítulo), En *El Derecho a la Seguridad - Informe de Valladolid*. Valladolid: Escuela Técnica Superior de Arquitectura de Valladolid.
- WEBER, M. (1984). *La Acción Social: Ensayos Metodológicos*. Barcelona, España: Ediciones Península.



- YUNIS, E. (2003). Sobre la Formación de la Mentalidad del Colombiano, En *¿Por qué Somos Así?*. Bogotá: Ed. Temis.
- ZAFFARONI, E. (1980). *Tratado de Derecho Penal, Parte General, T. I.* Buenos Aires: EDIAR.
- ZAFFARONI, R. (2001). *Naturaleza y Necesidad de los Consejos de Política Criminal en Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria: Respuestas Posibles – Elías Carranza (Coord.)*. Ciudad de México: ILANUD – San José de Costa Rica: Siglo XXI Editores.
- ZAFFARONI, E., ALAGÍA, A., SLOKAR, A. (2006). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- ZIPF, H. (1979). *Introducción a la Política Criminal* (trad. Izquierdo Macías-Picavea). Madrid: Editorial Edersa.
- ZIMMING, F. & HAWKINS, G. (2004). Democracia y los Límites de la Punibilidad: Un Prefacio a los Derechos de los Prisioneros, En *Michael Tonry (ed.), El Futuro de la Prisión*. Oxford: Oxford University Press.
- ZULUAGA, R. (2003). El Carácter Integral, Complejo y Abierto del Sistema Colombiano de Control de Constitucionalidad, En *Revista Criterio Jurídico*. Santiago de Cali: Pontificia Universidad Javeriana – Cali, 3.
- ZUÑIGA, L. (2001). *Política Criminal*. Madrid: Editorial Colex.

