



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVI - N° 158

Bogotá, D. C., miércoles, 22 de marzo de 2017

EDICIÓN DE 28 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO AL INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 5 DE 2016 SENADO

por medio de la cual se reglamenta la Seguridad Social para los conductores del servicio público de transporte terrestre automotor en vehículos taxi, transporte terrestre automotor de carga y transporte terrestre automotor mixto.

1.1

Bogotá, D. C.

Honorable Senador

ÓSCAR MAURICIO LIZCANO ARANGO

Senado

Congreso de la República

Carrera 7 N° 8-68 Edificio Nuevo del Congreso

Bogotá, D. C.

Asunto: Consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente al informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 5 de 2016 Senado, por medio de la cual se reglamenta la Seguridad Social para los conductores del servicio público de transporte terrestre automotor en vehículos taxi, transporte terrestre automotor de carga y transporte terrestre automotor mixto.

Respetado Presidente:

De manera atenta, me permito presentar los comentarios y consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente al informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley del asunto, en los siguientes términos:

La propuesta tiene por objeto "...garantizar la seguridad social integral de los conductores del servicio público de transporte terrestre automotor en vehículos taxi, transporte terrestre automotor de carga y trans-

porte terrestre automotor mixto en todo el territorio nacional colombiano, de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 de la Ley 336 de 1996...".

En desarrollo del mismo, el proyecto establece la obligatoriedad de afiliación de los conductores en calidad de cotizantes al Sistema General de Seguridad Social (SGSS), bien sea que se trate de trabajadores dependientes o independientes, de conformidad con la modalidad contractual pactada con el propietario del vehículo o la empresa, según el caso, y el acceso para esta población al Programa de Subsidio al Aporte en Pensión (PSAP) del Fondo de Solidaridad Pensional (FSP).

Frente a la afiliación obligatoria, la Ley 336 de 1996¹ en su artículo 34 establece que "... Las empresas de transporte público están obligadas a vigilar y constatar que los conductores de sus equipos cuenten con la licencia de conducción vigente y apropiada para el servicio, así como su afiliación al sistema de seguridad social según los prevean las disposiciones legales vigentes sobre la materia. La violación de lo dispuesto en este artículo acarreará las sanciones correspondientes...".

Esta norma fue reglamentada mediante el Decreto 1047 de 2014², el cual establece la obligatoriedad de afiliación al SGSS para los conductores de servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en vehículos taxi, la cual puede realizarse bien sea como independiente o dependiente, afiliación que debe encontrarse activa como requisito habilitante para que el conductor pueda operar. Asimismo, establece que la empresa que permita la operación de un conductor que no se encuentre afiliado al SGSS, incurrirá en una infracción a las normas de transporte y dará

¹ "Por la cual se adopta el estatuto nacional de transporte".

² Por el cual se establecen normas para asegurar la afiliación al Sistema Integral de Seguridad Social de los conductores del servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en vehículos taxi, se reglamentan algunos aspectos del servicio para su operatividad y se dictan otras disposiciones.

lugar a la imposición de multas, conforme lo establece el artículo 46 de la Ley 336 de 1996.

Según la normativa en comento, la afiliación y pago de la cotización por concepto de pensión se rige por las normas generales del SGSS, motivo por el cual solo están eximidos de esta cotización (i) las mujeres mayores de 50 años o los hombres mayores de 55 años que nunca hayan estado afiliados al SGSS³, (ii) los pensionados por vejez, (iii) los cotizantes que han recibido indemnización sustitutiva o devolución de aportes y (iv) los cotizantes que tengan cumplidos los requisitos para acceder a pensión.

Por su parte, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 2634 del 27 de junio de 2014, con el fin de crear en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes – PILA, los subtipos de cotizante “11 Conductores del servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en vehículos taxi Decreto 1047 de 2014 y 12 Conductores del servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en vehículos taxi Decreto 1047 de 2014. No obligado a cotizar pensión”.

Los aportes al sistema general de seguridad social dependerán del tipo de vinculación laboral que tenga el conductor como:

Tipo de vinculación número 1: Trabajador Dependiente

	Salud	Pensión	Riesgos Laborales	Cajas de Compensación Familiar	SENA	ICBF
Empresa	8,5%	12%	4,35%	4%	2%	2%
Conductor	4%	4%	-	-	-	-

Tipo de vinculación número 2: Trabajador Independiente

	Salud	Pensión	Riesgos Laborales	Cajas de Compensación Familiar	SENA	ICBF
Empresa	-	-	-	-	-	-
Conductor	12,50%	16%	4,35%	2%	-	-

Según los registros de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA), a corte de 30 de agosto de 2016, **25.059** conductores de servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en vehículo taxi realizaron aportes al sistema de pensiones por **\$16.506** miles de millones. Al respecto, es importante tener en cuenta que permitir la operación de un conductor que no se encuentre afiliado al SGSS constituye una infracción a las normas de tránsito, lo que implica sanciones económicas para la empresa y puede causar la suspensión de la habilitación y permiso de operación⁴.

Sobre este asunto, este Ministerio manifiesta su preocupación frente a la duplicidad normativa que con-

lleva esta iniciativa, toda vez que, como se ha podido observar, algunos asuntos que se regulan en el proyecto de ley ya encuentran asidero en el ordenamiento jurídico. Al respecto, se resalta la necesidad de que nuestro esquema de fuentes normativas sea coherente y armónico con el fin de brindar la suficiente seguridad jurídica. Por lo anterior, esta Cartera considera innecesaria la propuesta relacionada con la obligatoriedad de afiliación al SGSS.

En relación con el acceso al PSAP, se debe tener en cuenta que de conformidad con lo establecido en el Decreto 3771 de 2007⁵ el Fondo de Solidaridad Pensional está destinado a la ampliación de la cobertura mediante el otorgamiento de dos tipos de subsidios: (i) subsidio al aporte en pensiones con cargo a la subcuenta de solidaridad y destinado a las personas que dadas sus condiciones económicas no tienen acceso al sistema de seguridad social y, (ii) subsidios económicos con cargo a la subcuenta de subsistencia para brindar protección a las personas en estado de indigencia o pobreza extrema.

Este tipo de subsidios constituyen una forma de redistribución de ingresos en desarrollo de los principios de universalidad y solidaridad que rigen el derecho a la seguridad social contemplado en el artículo 48 de la Constitución de 1991, y se dirigen únicamente en beneficio de los menos favorecidos, permitiendo la cobertura de los riesgos de vejez, invalidez y muerte de quienes no tienen recursos para acceder a una pensión en el marco del Sistema General de Seguridad Social.

Igualmente, estos subsidios tienen como principios rectores la temporalidad y parcialidad “...teniendo en cuenta además la capacidad económica de los beneficiarios y la disponibilidad de recursos del fondo...⁶”. La competencia para determinar anualmente el plan de extensión de cobertura corresponde al Consejo Nacional de Política Social (Conpes), atendiendo a criterios de “...equilibrio regional y los grupos de trabajadores beneficiarios de este subsidio, así como las condiciones de cuantía, forma de pago y pérdida del derecho al subsidio...”. Finalmente, en el caso de los afiliados cuya edad sea superior a 65 años y no logren reunir los requisitos para acceder a una pensión, la administradora de pensiones deberá devolver el monto de los aportes subsidiados⁷.

En ese orden, el grupo poblacional de los taxistas no hace parte de los beneficiarios de este tipo de subsidios dado que cuenta con los recursos para cotizar de forma integral al Sistema General de Pensiones o para acceder al mecanismo de cotización por días.

La inclusión de la población taxista en el PSAP impone una carga financiera a la Nación, que tiene varias implicaciones de carácter constitucional. En primer lugar, vulnera la sostenibilidad financiera del sistema pensional, el cual, en términos de la Carta Política, debe ser garantizado por el Estado, al señalar en el inciso 7° del artículo 48 “... El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del sistema pensional (...) Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo estable-

³ Artículo 2°. Decreto 758 de 1990. Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1° de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios.

⁴ Decreto 1047 de 2014 Por el cual se establecen normas para asegurar la afiliación al Sistema Integral de Seguridad Social de los conductores del servicio público de transporte terrestre automotor Individual de pasajeros en vehículos taxi, se reglamentan algunos aspectos del servicio para su operatividad y se dictan otras disposiciones.

⁵ Por el cual se reglamenta la administración y el funcionamiento del Fondo de Solidaridad Pensional.

⁶ Artículo 28 Ley 100 de 1993 “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

⁷ Ley 100 de 1993 artículo 29.

cido en ellas". Asimismo, deja de lado el principio de solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al no encontrarse focalizado a un grupo poblacional de escasos recursos, dado que la iniciativa la sustracción de recursos que no han sido presupuestados en la Subcuenta de Solidaridad, al contemplar un grupo poblacional que no estaba calculado inicialmente y que no se encuentra dentro de la demografía que carezca de recursos para realizar las correspondientes cotizaciones al Sistema General de Pensiones.

De otro lado, la iniciativa es contraria a lo establecido en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, al carecer de respaldo financiero, en la medida que no indica cuál es la fuente de ingreso adicional, generando impacto fiscal al incrementar los gastos de la Nación al asumir los subsidios de dichas cotizaciones, lo cual generaría incoherencia con las metas fiscales que ha establecido el Gobierno nacional.

Ahora bien, se debe precisar que el Gobierno nacional ha diseñado diversos mecanismos de protección ante la contingencia de la vejez para personas que no alcanzan a reunir los requisitos para una pensión, dentro de los cuales se pueden destacar: (i) Beneficios Económicos Periódicos (BEPS) los cuales pertenecen al Servicio Social Complementario⁸: dirigidos a trabajadores que devenguen mensualmente menos de un salario mínimo o que no cumplan los requisitos para una pensión del Sistema General de Pensiones, a partir de una devolución de saldos o una indemnización sustitutiva, que pertenezcan a los niveles 1, 2 y 3 del Sisbén; (ii) Pensión Familiar⁹: aquella que se reconoce por la suma de esfuerzos de cotización o aportes de cada uno de los cónyuges o cada uno de los compañeros permanentes, cuyo resultado es el cumplimiento de los requisitos establecidos para la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o Régimen de Ahorro Individual y de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993¹⁰; (iii) Fondo de Garantía de Pensión Mínima¹¹; subsidio que otorga el Estado a las personas afiliadas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que cumpliendo con el requisito de edad, no alcanzaron a acumular un capital necesario para acceder a una pensión superior al 110% de 1 smlv, y que cuentan con más de 1.150, semanas cotizadas y/o laboradas en toda su vida laboral, con el fin que estas personas puedan acceder a una pensión en cuantía de un salario mínimo.

Los mecanismos señalados anteriormente tienen como objeto la protección de las personas que no alcanzan a reunir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, por lo tanto, la población objetivo de la presente iniciativa cuenta con una variedad de alternativas de amparo a las cuales se podrán acoger, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en cada una de ellas.

⁸ Definido a partir de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, "por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política", la Ley 1328 de 2009, por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones, los lineamientos del Conpes social 156 de 2012 y el Decreto 604 de 2013, por el cual se reglamenta el acceso y operación del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS).

⁹ Establecida por la Ley 1580 de 2012 por la cual se crea la pensión familiar.

¹⁰ "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

¹¹ Artículo 65 de la Ley 100.

Por las razones antes expuestas, este Ministerio se abstiene de emitir concepto favorable al proyecto de ley en estudio, y, en consecuencia, de manera respetuosa, solicita considerar la posibilidad de su archivo, no sin antes manifestarle muy atentamente la voluntad de colaborar con la actividad legislativa.

Cordialmente,



* * *

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO A LOS PROYECTOS DE LEY NÚMERO 197 DE 2016 SENADO, 199 DE 2016 SENADO Y 200 DE 2016 SENADO

OFI17-0006210-DCP-3200

Bogotá, D. C., 8 de marzo de 2017

Doctor

GREGORIO ELJACH PACHECO

Secretario General Senado

Congreso de la República

Carrera 7 N° 8-68

Ciudad

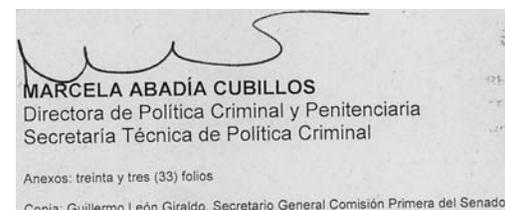
Asunto: Remisión Conceptos Consejo Superior de Política Criminal – Proyecto de ley número 197 de 2016 Senado, 199 de 2016 Senado y 200 de 2016 Senado.

Respetado doctor Gregorio Eljach.

De manera atenta, me permito remitirle el concepto emitido el día 3 de marzo del año en curso por parte del Consejo Superior de Política Criminal a los siguientes proyectos de ley, relacionados con delitos sexuales y otros, que afectan a niños, niñas y adolescentes: 197 de 2016 Senado, 199 de 2016 Senado y 200 de 2016 Senado, concepto que también se pronuncia sobre el Proyecto de acto legislativo 211 de 2016 Cámara.

Agradezco circular el respectivo concepto a los autores, ponentes y congresistas integrantes de la célula respectiva en la que se encuentre el proyecto de ley para su conocimiento y fines pertinentes.

Cordialmente,



Estudio del Consejo Superior de Política Criminal relacionado con cuatro (4) propuestas legislativas de intervención sobre las agresiones sexuales que afectan a los niños, niñas y adolescentes en Colombia

<p>1. Proyecto de ley número 197 de 2016 Senado, por medio de la cual se modifica la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones (castración química para violadores y abusadores de menores).</p> <p>2. Proyecto de ley número 199 de 2016 Senado, por la cual se establece el Procedimiento de Fast Track Judicial en favor de la niñez y adolescencia.</p> <p>3. Proyecto de ley número 200 de 2016 Senado, por medio de la cual se modifica el artículo 208 del Código Penal, Ley 599 de 2000, y se dictan otras disposiciones para la protección de las víctimas de delitos sexuales en Colombia en especial de menores de 14 años.</p> <p>4. Proyecto de Acto Legislativo número 211 de 2016 Cámara, por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua.</p>	
Autores	<p>1. Senadores Maritza Martínez Aristizábal y Juan Manuel Galán Pachón.</p> <p>2. Senadores Mauricio Lizcano, Maritza Martínez, Andrés García Zuccardi, Sandra Villadiego, Eduardo Pulgar Daza y otros.</p> <p>3. Senador Rodrigo Villalba Mosquera.</p> <p>4. Representantes Fabio Raúl Amín Sáleme, Fabio Alonso Arroyave Botero, Oscar Fernando Bravo Realpe, Didier Burgos Ramírez, Tatiana Cabello Flórez, Alejandro Carlos Chacón Camargo, Carlos Arturo Correa Mojica, Fernando de la Peña Márquez, Alonso José del Río, Juan Felipe Lemos Uribe, Franklin del Cristo Lozano de la Ossa, José Carlos Mizger Pacheco, Jhon Eduardo Molina Figueredo, Luz Adriana Moreno Marmolejo, Hernando José Paduaí Álvarez, Sara Elena Piedrahíta Lyons, Cristóbal Rodríguez Hernández, Álvaro Gustavo Rosado Aragón, Efraín Antonio Torres Monsalvo, Eduardo José Tous y Martha Patricia Villalba Hodwalker.</p>
Fecha de Radicación	<p>1. 5 de diciembre de 2016.</p> <p>2. 6 de diciembre de 2016.</p> <p>3. 13 de diciembre de 2016.</p> <p>4. 6 de diciembre de 2016.</p>
Estado Actual	<p>1. Pendiente de enviar a Comisión en Senado.</p> <p>2. Pendiente de enviar a Comisión en Senado.</p> <p>3. Pendiente para rendir ponencia en primer debate.</p> <p>4. Pendiente para rendir ponencia en primer debate.</p>
Referencia	17.01

Contenido

1. Contenido de las propuestas.

1.1. Proyecto de ley número 197 de 2016 Senado, “por medio de la cual se modifica la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones (castración química para violadores y abusadores de menores)”.

1.2. Proyecto de ley número 199 de 2016 Senado, “por la cual se establece el Procedimiento de Fast Track Judicial en favor de la niñez y adolescencia”.

1.3. Proyecto de ley número 200 de 2016 Senado, “por medio de la cual se modifica el artículo 208 del Código Penal, Ley 599 de 2000, y se dictan otras disposiciones para la protección de las víctimas de delitos sexuales en Colombia en especial de menores de 14 años”.

1.4. Proyecto de Acto Legislativo número 211 de 2016 Cámara, “por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua”.

2. Observaciones político-criminales de orden general.

2.1. Las agresiones sexuales en contra de la infancia y la adolescencia en Colombia. Cifras de su ocurrencia y respuesta a través del sistema penal.

2.2. La prevención y el control extrapenal de las agresiones sexuales en contra de la infancia y la adolescencia. Sobre la articulación de la política criminal con otros sectores de las políticas públicas.

2.3. Tensiones entre derechos de agresores y niños y adolescentes víctimas de violencia sexual. A propósito de recientes decisiones judiciales sobre el tema.

2.3.1. Algunos elementos de la protección a la infancia y la adolescencia en la legislación penal colombiana.

2.3.2. La ejecución de las sanciones penales. El debate sobre la redención de pena.

2.3.3. Las reglas de procedimiento penal. El debate sobre el vencimiento de términos y la libertad provisional.

2.3.4. La vida de los liberados después del cumplimiento de las condenas. El debate sobre las inhabilitaciones de condenados por delitos sexuales contra menores de catorce años, el hábeas data penal y la protección de los derechos de los niños niñas y adolescentes.

2.3.5. Síntesis.

2.4. Exhortación al Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal.

3. Algunas observaciones particulares a las iniciativas.

3.1. Observaciones al Proyecto de ley número 199 de 2016 Senado, “por la cual se establece el Procedimiento de Fast Track Judicial en favor de la niñez y adolescencia”.

3.2. Observaciones a los proyectos que proponen la castración química para algunas conductas punibles relacionadas con la integridad, formación y libertad sexuales de menores de 14 años.

3.2.1. Cobertura de la propuesta de la criminalización. Sobre el alcance de las iniciativas para considerar las formas más graves de abuso sexual en contra de infantes y adolescentes.

3.2.2. Definición de la naturaleza de la pena de castración química o inhibición hormonal.

3.3. Observaciones al Proyecto de Acto Legislativo número 211 de 2016 Cámara, “por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua”.

3.3.1. La prisión perpetua no solo compromete una reforma al artículo 34 de la Constitución

3.3.2. Sobre la “gravedad del delito”.

3.3.3. Sobre la revisión de las condenas de prisión perpetua y la tensión subyacente entre las finalidades de resocialización y retribución justa de las sanciones penales en Colombia.

3.3.4. La paradoja del actual límite temporal de las penas y la posibilidad de revisión de condenas de prisión perpetua.

3.3.5. Sobre la interpretación del artículo 77 del Estatuto de Roma como argumento de respaldo para la admisión de la prisión perpetua.

3.3.6. Sobre la formulación de una política criminal coherente: la evidencia empírica y las consecuencias no pensadas en la propuesta de Acto Legislativo.

4. Conclusión.

* * *

El día jueves 26 de enero de 2017 se adelantó en el Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal la discusión sobre los proyectos de ley y de acto legislativo de la referencia. Debido a que las propuestas tienen un eje común, aunque haya diferencias en la selección de los medios de intervención y en las propuestas, en esta oportunidad se decidió presentar un concepto que integre las cuatro iniciativas, analizando particularmente los puntos en común, sin dejar de lado los comentarios concretos que, desde el punto de vista de la política criminal, sean del caso.

El presente concepto se dividirá en tres bloques. El primero, dedicado, como es usual, a la descripción de las iniciativas bajo comentario; el segundo, contiene una serie de observaciones político-criminales de corte general sobre las agresiones sexuales a la infancia y la adolescencia como problema del sistema penal, y el tercero, por último, hace algunas consideraciones particulares sobre cada una de las iniciativas.

1. Contenido de las propuestas

1.1. Proyecto de ley número 197 de 2016 Senado, “por medio de la cual se modifica la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones (castración química para violadores y abusadores de Menores)”.

De acuerdo con su exposición de motivos, el proyecto de ley busca fortalecer los Instrumentos disponibles de tal modo que garanticen el uso pleno y el goce efectivo de los derechos de que son titulares los niños, niñas y adolescentes en Colombia, especialmente lo relacionado con la protección su integridad, la libertad y la formación sexual de estos sujetos de especial protección e intereses prevalentes.

La estrategia para la realización del objeto mencionado se basa en el “endurecimiento de las penas y castigos a los agresores y victimarios de delitos de diversa índole contra nuestra infancia”¹. Así, el artículo 5° del proyecto de ley modifica el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 208 CP) y el artículo 6° el delito de actos sexuales con menor de catorce años (artículo 209 CP). En ambos casos se trata de adicionar a la actual pena principal de prisión, la sanción de “inhibición hormonal del deseo sexual obligatoria o castración química”, la cual ha de durar el doble de la pena de prisión impuesta en cada uno de los casos. La reglamentación, el control y el seguimiento de esta nueva sanción será entregada al Gobierno nacional y a un Comité Técnico-Científico.

Evolución de los tipos penales y su propuesta de reforma, 2000-2017

	2000-2004 ²	2004-2008 ³	2008-2017	PROPUESTA
Acceso carnal abusivo con menor de catorce años, 208 CP	El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.	El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.	El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.	El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años y en pena de inhibición hormonal del deseo sexual obligatoria o castración química por un término equivalente al doble de la pena de prisión impuesta.
Actos sexuales con menor de catorce años, 209 CP	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.	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 cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses <Inciso adicionado por el Parágrafo Transitorio del artículo 33 de la Ley 679 de 2001. 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.	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.	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 y en pena de inhibición hormonal del deseo sexual obligatoria o castración química por un término equivalente al doble de la pena de prisión impuesta.

Fuente: elaboración propia.

Por último, la iniciativa propone, en su artículo 5°, la creación de un “Registro de violadores y abusadores de menores de edad”, en el cual han de inscribirse ante las autoridades de policía del lugar de residencia permanente.

¹ Página 3, anexo 1.

² Modificación por la Ley 890 de 2004.

³ Modificación por la Ley 1236 de 2008.

1.2. Proyecto de ley número 199 de 2016 Senado, por el cual se establece el Procedimiento de Fast Track Judicial en favor de la niñez y adolescencia.

La iniciativa se compone de cinco artículos. El primero plantea el objeto, el cual es similar al de la iniciativa anterior: reforzar la garantía de los derechos de la infancia y la adolescencia. No obstante, los medios para realizarlo son diferentes y se basan en la creación de reglas de trámite preferencial para los casos de procesos penales y civiles que involucren niños, niñas y

adolescentes. Este trámite preferencial se traduce en lo siguiente: los asuntos deben ser sustanciados con prelación sobre cualquier otro, excepto casos de tutela y graves violaciones a los DD.HH. y al DIH (artículo 2°); los plazos de los procedimientos en estos casos son perentorios e improrrogables (artículo 2°); en asuntos penales en los que las víctimas son menores de catorce años, o menores de dieciocho con alguna situación de discapacidad, el tiempo de indagación previo a la formulación no puede exceder los seis meses, contados a partir de la puesta en conocimiento de la noticia criminal (artículo 3°); por último, el incumplimiento de estas reglas por parte de los funcionarios judiciales constituye una falta grave disciplinaria (artículo 4°).

1.3. Proyecto de ley número 200 de 2016 Senado, por medio de la cual se modifica el artículo 208 del Código Penal, Ley 599 de 2000, y se dictan otras disposiciones para la protección de las víctimas de delitos sexuales en Colombia en especial de menores de 14 años.

El Proyecto de ley número 200 de 2016 Senado, por su parte, reconoce que “[l]a situación actual nos lleva a desarrollar herramientas para la creación de una política pública efectiva que propenda por mejorar la convivencia ciudadana, fortalecer la salud pública y agilizar y efectivizar la justicia”, con lo cual, “[p]ara la consecución exitosa de lo anterior, se requiere una fundamentación veraz, análisis riguroso y de cara al ciudadano para que el proceso sea visible”. En consonancia con los dos anteriores argumentos, el proyecto propone “implementar la pena de castración química a violadores y abusadores sexuales de niños. Adicionalmente, [así como] la creación de un comité intergubernamental que establezca una política criminal desde la salud pública y la justicia orientada a mitigar el riesgo de violencia sexual en menores de 14 años”.

En concreto, la iniciativa modifica el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 208 CP), introduciendo la castración química en los casos de reiteración de la conducta:

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.

En los eventos en que la conducta se pruebe reiterativa, además de la pena privativa de la libertad que corresponda, se le aplicará el procedimiento médico de castración química al agresor (resaltado añadido).

De otra parte, en la iniciativa se ordena al Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal, en un plazo de seis meses contados a partir de la entrada en vigencia de la ley, “establecer el conjunto de principios, decisiones y acciones estratégicas lideradas por el Estado, que busque garantizar las condiciones en la aplicación de la medida de castración química dentro de una política criminal con elementos de salud pública y administración de justicia”⁴

“1.4. Proyecto de Acto Legislativo número 211 de 2016 Cámara, por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua.

El proyecto de acto legislativo propone modificar el artículo 34 de la Constitución, con el fin de eliminar la prohibición de la prisión perpetua contenida en la

Carta, admitiéndola excepcionalmente para los casos en los que “la gravedad del delito lo amerite”.

Comparación del artículo 34 de la Constitución Política de Colombia

REDACCIÓN ACTUAL	PROPUESTA
Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua 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.	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.

2. Observaciones político-criminales de orden general

En relación con las observaciones político-criminales a las iniciativas bajo examen, el Consejo Superior de Política Criminal considera conveniente plantear algunas de carácter general, con el propósito de desarrollar criterios sobre los vínculos existentes entre la definición de problemas de política criminal –en este caso, el fenómeno de las agresiones sexuales a la infancia y la adolescencia en Colombia– el diseño de mecanismos e instituciones jurídicas de prevención y control de la criminalidad, y la actividad legislativa, relacionada principalmente con la creación o modificación de delitos, penas y procedimientos. Dicho de otro modo, esta sección busca desarrollar algunos criterios para la construcción y sostenimiento de una política criminal estatal, incluyendo el enfoque de género necesario que, al tiempo que considera todas las fases de criminalización, ofrece respuestas efectivas (las decisiones adoptadas intervienen positivamente en el fenómeno criminal definido) y ajustadas a los marcos institucionales disponibles y, en el caso de no estarlo, compatibles con los diseños constitucionales, con los desarrollos legales y sistemáticos aplicables en el derecho penal, y, finalmente, con la protección de los derechos y garantías de las víctimas de la criminalidad, teniendo en cuenta las diferentes vulnerabilidades, así como de los mismos infractores de la ley penal.

Para ello, en primer lugar, se presentará una breve descripción de las agresiones sexuales en el país, teniendo en cuenta la información disponible sobre la emergencia del fenómeno hasta el último eslabón en la cadena de criminalizaciones, como es el caso de las condenas y privaciones de la libertad que tienen como causa la investigación judicial por la comisión de este tipo de delitos.

En segundo lugar, se presenta un análisis de las conexiones entre estrategias preventivas y la persecución penal de las agresiones sexuales que afectan la infancia y la adolescencia en el país, de tal manera que se puedan valorar las iniciativas bajo examen a partir de esta articulación, lo cual, a su vez, puede contribuir con respuestas frente a preguntas centrales de la política criminal colombiana, como es el caso de ¿cómo evitar que este tipo de sucesos tengan ocurrencia en las relaciones sociales de los habitantes del territorio? y ¿cómo responder frente a estos sucesos cuando ocurren?

⁴ Artículo 2° de la iniciativa. Página 6, anexo 3.

En tercer lugar, considerando los elementos desarrollados en las dos secciones anteriores, se presenta una serie de argumentos acerca de la coyuntura actual y la necesidad de respuestas efectivas a la magnitud del fenómeno. Ello, a propósito de recientes decisiones de las Altas Cortes sobre los criterios de persecución, juzgamiento, sanciones y posteriores restricciones para el ejercicio de la libertad con posterioridad a las condenas.

En cuarto lugar, aprovechando la crucial importancia que tienen las propuestas no solo en la protección de los derechos de la infancia y la adolescencia, sino además en la restricción de los mismos en el caso de procesados, condenados y liberados, se desarrollan algunas observaciones sobre la importancia de la evidencia empírica en el trámite y deliberación democrática de las leyes penales.

Por último, en quinto lugar, desde el Consejo Superior de Política Criminal se desarrolla una exhortación a las entidades que conforman su Comité Técnico para que, dentro del marco permitido por su reglamentación, diseñe respuestas adecuadas al fenómeno, en consonancia con lo desarrollado en este concepto.

2.1. Las agresiones sexuales en contra de la infancia y la adolescencia en Colombia. Cifras de su ocurrencia y respuesta a través del sistema penal

En primer lugar, es necesario comprender el significado de los conceptos relacionados con las agresiones sexuales, más aún cuando estas se relacionan con niños, niñas y adolescentes para quienes, de conformidad con el artículo 44 de la Constitución, sus derechos prevalecen sobre los de los demás y a pesar de lo cual se siguen vulnerando.

Teniendo en cuenta que una de las modalidades de victimización de niños, niñas y adolescentes es la violencia sexual, es necesario adoptar un concepto que abarque todas las modalidades de esta victimización. La OMS ha definido la violencia sexual como “[c]ualquier acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual u otro acto dirigido contra la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de su relación con la víctima, en cualquier ámbito. Comprende la violación que se define como la penetración mediante coerción física o de otra índole, de la vagina o el ano con el pene, otra parte del cuerpo o un objeto”⁵. Dicho concepto no se limita a las conductas tipificadas en el ordenamiento jurídico nacional, dejando de manera abierta el tipo de acto sexual sin restricciones, siempre y cuando exista el elemento de la coacción.

De esta manera, abuso sexual en niños, niñas y adolescentes se ha entendido como una acción en la que “se involucra a un menor en una actividad sexual que él o ella no comprende completamente, para la que no tiene capacidad de libre consentimiento o su desarrollo evolutivo (biológico, psicológico o social) no está preparado, o también que viola las normas o preceptos sociales. Los menores pueden ser abusados tanto por adultos, como por otros menores que tienen en –virtud de su edad o estado de desarrollo– una posición de responsabilidad, confianza o poder sobre la víctima, con el fin de gratificar o satisfacer a la otra persona o a un tercero”⁶.

⁵ Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/es/>.

⁶ Disponible en: <http://www.medicinalegal.gov.co/documentos/48758/78081/G4.pdf/bc2dd6af-202b-46ad-81a9-a4ad75210c8d>.

Ahora bien, en relación a este fenómeno en el territorio nacional, según reporte elaborado por la Dirección de Investigación Criminal e Interpol, Observatorio del delito ACRIM 042 AICRI Policía Nacional, durante el periodo 2009-2016, a nivel nacional se registraron 299.113 delitos contra niños, niñas y adolescentes, siendo el 2015 el año en el que más reportes hubo, con un total de 47.903, mientras que para 2016, hubo un decremento de 26%. En este lapso, la Policía Metropolitana de Bogotá registró un total de 46.661 delitos contra esta población, seguidos por las metropolitanas de Cali y Bucaramanga, con 24.130 y 15.858 delitos, respectivamente.

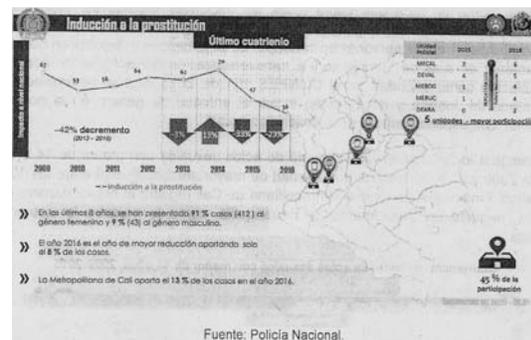
De igual forma, según el Análisis Criminológico Delitos que afectan a Niños, Niñas, y Adolescentes del Observatorio del Delito (DIJIN, Policía Nacional), se conoce que de la totalidad de conductas punibles que se cometieron entre los años 2009 a 2016, 62.226 fueron delitos sexuales, de los cuales, el 85% de los casos se presentaron en contra de niñas y el 15% en niños. De los delitos contra la libertad e integridad sexual, el acto sexual abusivo con menor de 14 años es el de mayor participación con un 38%, seguido por acceso carnal abusivo con menor de 14 años con un 34%.

Ocurrencia de delitos contra la libertad y la integridad sexual, 2009-2016



En relación con la conducta de estímulo a la prostitución de menores, consagrada en el artículo 217 de la Ley 599 de 2000, durante el lapso de 2009 a 2016, el 91% (412) de estos casos se perpetraron en contra de niñas y el 9% (43) en contra de niños. El Valle del Cauca fue el departamento con más casos, seguido de las metropolitanas de Bogotá y Bucaramanga, evidenciado lo anterior en el mismo documento.

Ocurrencia del delito de inducción a la prostitución, 2009-2016



Al considerar el abuso sexual de niños, niñas y adolescentes, y su mayor impacto sobre mujeres, es necesario entender el enfoque interseccional según el cual una persona puede ser victimizada en razón a diferen-

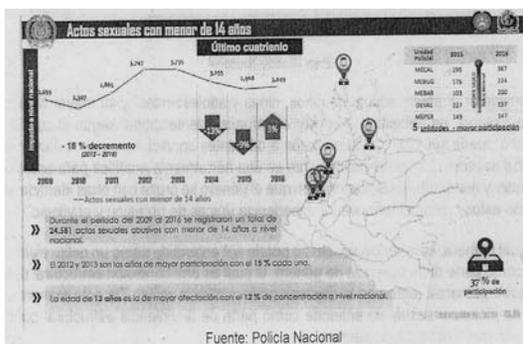
tes condiciones que confluyen en ella. Es así como, “la interseccionalidad es una herramienta analítica para estudiar, entender y responder a las maneras en que el género se cruza con otras identidades y cómo estos cruces contribuyen a experiencias únicas de opresión y privilegio”⁷.

De igual manera, la violencia sexual no puede ser entendida como un delito aislado, sino como parte de la violencia de género, la cual es una condición estructural de la sociedad patriarcal junto con la discriminación contra la mujer. De esta manera un acto de violencia sexual se entiende como parte de la violencia estructural contra las mujeres en razón de su género.

En los proyectos de ley estudiados se debe tener en cuenta, entonces, la especial vulnerabilidad de las niñas, niños y adolescentes en razón a su grupo etario, pero también en razón de su género y rol asignado socialmente. De esta manera, si bien estas propuestas no son normas para mujeres, sí deben tener el enfoque de género necesario para reconocer la especial vulnerabilidad de este grupo, así como para comprender el fenómeno delictivo. Lo anterior teniendo en cuenta que el enfoque de género no debe ser entendido únicamente como una herramienta aislada a través de la cual se implementan normas especiales para mujeres, sino que se debe emplear como un foco que cubra todas las iniciativas legislativas, incluyendo aquellas relacionadas con la política criminal, para asegurar que las necesidades y vulnerabilidades de las personas en condición de su género sean tenidas en cuenta. Lo anterior en aras de cumplir con la transversalización del enfoque de género, establecida como prioridad en el Conpes 161 de 2013, el cual recomienda al Ministerio de Justicia y del Derecho incluir el enfoque de género en la política criminal, con especial énfasis en la violencia sexual⁸.

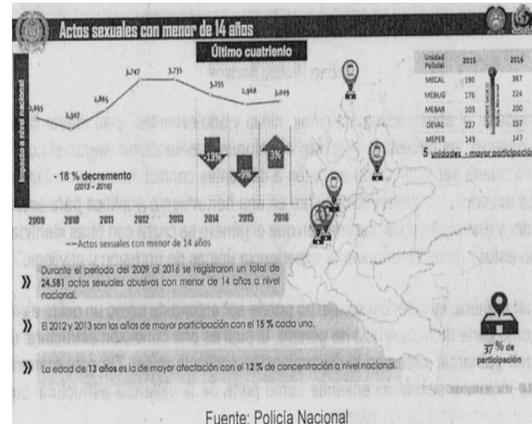
Respecto a lo que atañe a la conducta de actos sexuales con menor de 14 años entre 2009 y 2016, se resalta que la edad de mayor afectación está entre los 10 y 13 años. Finalmente, la Policía Metropolitana de Cali registró el mayor número de casos, seguido de Bucaramanga y Barranquilla, como lo muestra la siguiente gráfica:

Ocurrencia del delito de actos sexuales con menor de 14 años, 2009-2016



En cuanto a la conducta de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, se presentaron durante el periodo anteriormente señalado un total de 21.818 casos, de los cuales, en su mayoría se presentaron en la metropolitana de Cali, seguido por Bogotá, de acuerdo con el documento citado, así:

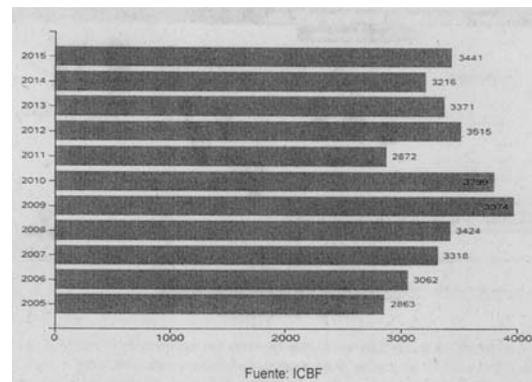
Ocurrencia del delito de inducción a la prostitución, 2009-2016



Según lo anterior, se evidencia, en primer término, un incremento significativo entre los años 2014 y 2015 de casos relacionados con delitos sexuales contra menores de 14 años. En segundo lugar, se destaca que la mayor concentración de estas conductas fue en las ciudades de Cali, Bogotá, Barranquilla y Bucaramanga, urbes de gran agrupación poblacional. En tercer lugar, se puede observar que la mayoría de los menores de edad afectados son de sexo femenino.

Por otro lado, según cifras del Sistema Único de Información de la Niñez del Sistema Nacional de Bienestar Familiar del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar⁹, se han realizado un total de 36.855 exámenes medicolegales por presuntos delitos sexuales entre los años 2005 a 2015, en menores de 5 años, conforme la siguiente gráfica:

Exámenes medicolegales por presuntos delitos sexuales en menores de 5 años 2005-2015

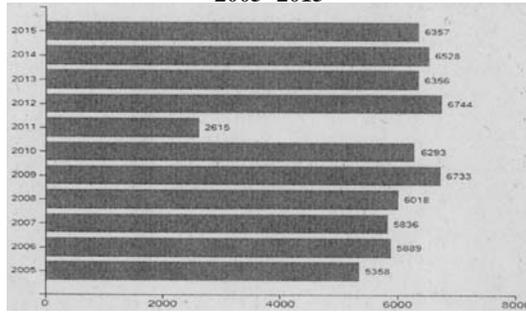


De acuerdo con la misma fuente y en el mismo periodo, se practicaron a los niños, niñas y adolescentes, en edades entre los 6 y 11 años, un total de 64.727 exámenes medicolegales por presuntos delitos sexuales en el territorio nacional.

⁷ AWID (2004) “Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica”. Derechos de las mujeres y cambio económico No. 9, disponible en: http://www.inmujeres.gub.uy/innovaportal/file/21639/1/2_awid_interseccionalidad.pdf.
⁸ Conpes 1616 de 2013, Recomendación 10.2.

⁹ Disponible en: <http://www.suin-snbf.gov.co/suin/Pages/PorIndicador.aspx?id=6>.

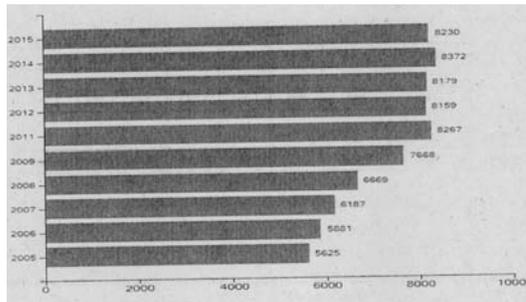
Exámenes medicolegales por presuntos delitos sexuales en menores de 6 a 11 años 2005 -2015



Fuente: ICBF.

Finalmente, se practicaron un total de 73.237 exámenes medicolegales por presuntos delitos sexuales a niños, niñas y adolescentes entre los 12 y los 17 años, en el periodo comprendido entre 2005 a 2015, esto a nivel nacional.

Exámenes medicolegales por presuntos delitos sexuales en menores de 12 a 17 años 2005 -2015



Fuente: ICBF

Se resalta que estas cifras únicamente corresponden a la cantidad de exámenes medicolegales practicados a los niños, niñas y adolescentes en los respectivos rangos de edad, lo que no quiere decir que fueron esos mismos registros los que ingresaron al sistema. Asimismo, se observa que tampoco guardan relación las cifras suministradas por la Policía Nacional y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quienes reportan en sus estadísticas únicamente el número de exámenes realizados por presuntos delitos sexuales sin que se evidencie e indique, cuántos fueron llevados ante la Fiscalía General de la Nación para que proceda a realizar la respectiva investigación.

También se logra extraer de las anteriores cifras, que mientras la Policía reporta un total de 30.108 casos por delitos sexuales durante los años 2012 a 2015, el reporte del ICBF, en relación con ese mismo periodo, da cuenta de 72.468 exámenes medicolegales practicados a niños, niñas y adolescentes. Lo que contrasta en más del doble la cantidad de delitos sexuales reportados por Policía Nacional frente a los exámenes medicolegales practicados a niños, niñas y adolescentes menores de 14 años.

En este orden, conforme al informe del Sistema de Información Misional (SIM) del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, sobre el número de niños, niñas y adolescentes que ingresaron a Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos (PARD) por ser presuntamente víctimas de delitos sexuales, durante el lapso 2010 a 2016, discriminado por sexo, edad, regional, motivo de ingreso, parentesco con el agresor y estrato social, se tiene:

Menores de edad que ingresaron al PARD, presuntamente víctimas de delitos sexuales, según sexo (2010-2016)

SEXO	PERIODO						TOTAL
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	
FEMENINO	2.131	4.706	4.361	5.683	6.229	7.267	39.483
MASCULINO	495	957	789	1.011	1.157	1.282	7.315
INFORMACIÓN SIN REGISTRAR EN SIM		1			2	6	9
TOTAL GENERAL	2.626	5.664	5.150	6.694	7.388	8.555	46.807

Fuente: Sistema de información Misional – SIM

Menores de edad que ingresaron al PARD, presuntamente víctimas de delitos sexuales, según edad (2010-2016)

RANGOS DE EDAD	PERIODO						TOTAL
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	
0-5 AÑOS	461	1.021	828	1.013	1.072	1.318	7.340
6-11 AÑOS	967	2.103	1.864	2.351	2.617	2.954	16.413
12-17 AÑOS	1.118	2.487	2.416	3.271	3.631	4.185	22.597
MAYOR DE 18 AÑOS	12	37	26	42	30	44	223
INFORMACIÓN SIN REGISTRAR EN SIM	68	16	16	17	38	54	234
TOTAL GENERAL	2.626	5.664	5.150	6.694	7.388	8.555	46.807

Fuente: Sistema de información Misional – SIM

REGIONAL	PERIODO						TOTAL
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	
AMAZONAS	8	43	24	24	85	48	275
ANTIOQUIA	22	145	191	170	396	371	1.909
ARAUCA	29	11	19	38	35	66	254
ATLANTICO	35	331	101	307	514	573	2.484
BOGOTÁ	402	1.380	1.079	1.203	1.152	1.559	9.083
BOLIVAR	119	86	71	255	313	235	1.456
BOYACA	132	203	86	234	170	179	1.131
CALDAS	42	68	125	298	241	325	1.374
CAQUETA	58	95	107	95	89	151	768
CASANARE	66	52	133	111	134	137	761
CAUCA	113	246	219	279	241	340	1.837
CESAR	46	177	159	253	323	369	1.660
CHOCÓ	9	104	21	72	79	110	492
CORDOBA	64	214	122	209	259	330	1.639
CUNDINAMARCA	201	284	369	525	605	551	3.217
GUAINIA	5	4	6	7	1	3	42
GUAVIARE			3	3	11	8	40
HUILA	109	171	269	207	248	222	1.523
LA GUAJIRA	17	107	120	176	138	166	813
MAGDALENA	134	237	250	266	326	395	2.041
META	44	73	50	61	73	140	706
NARIÑO	97	218	120	182	183	308	1.533

Fuente: Sistema de información Misional – SIM

REGIONAL	PERIODO						TOTAL
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	
NORTE DE SANTANDER	69	123	113	205	127	166	958
PUTUMAYO	13	9	13	49	60	119	371
QUINDIO	138	158	128	148	146	163	1.032
RISARALDA	170	101	156	228	236	210	1.360
SAN ANDRES	2	1	1			12	27
SANTANDER	56	145	108	95	163	123	798
SEDE NACIONAL	18	3	11	12	16	6	66
SUCRE	35	75	118	74	145	193	858
TOLIMA	232	185	207	167	248	245	1.550
VALLE DEL CAUCA	134	613	645	770	679	729	4.575
VAUPES	7		6	11	1	2	36
VICHADA		2		10	11	11	52
TOTAL GENERAL	2.626	5.664	5.150	6.694	7.388	8.555	46.807

Fuente: Sistema de información Misional – SIM

Menores de edad que ingresaron al PARD, presuntamente víctimas de delitos sexuales según motivo de ingreso (2010-2016)

MOTIVO DE INGRESO	PERIODO						TOTAL
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	
Victima de Violencia Sexual		5.221	320	42	28	7	5.624
Victima de Violencia Sexual-Abuso Sexual	2.626	424	4.659	6.436	7.204	8.315	40.031
Victima de Violencia Sexual-Explotación Sexual-Prostitución		14	91	98	53	34	291
Victima de Violencia Sexual-Explotación Sexual-Comercial		4	77	114	100	191	793
Victimas de violencia sexual en el marco de conflicto armado			2	3	3	5	19
Violación / Asalto Sexual		1	1	1		3	49
TOTAL GENERAL	2.626	5.664	5.150	6.694	7.388	8.555	46.807

Fuente: Sistema de información Misional – SIM

Menores de edad que ingresaron al PARD, presuntamente víctimas de delitos sexuales según parentesco del agresor (2010-2016)

PARENTESCO AGRESOR	PERIODO						TOTAL
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	
Abuelo	37	23	40	45	62	62	269
Compañero							
Esporádico	1	8	5	8	4	15	41
Compañero	4	12	10	4	6	16	52
Permanente	4	3	1	3	8	5	24
Conyugue	1	1	2				7
Ex conyugue	34	26	31	26	22	41	180
Hijo	8	10	8	10	6	9	51
Madrastro	138	108	94	76	114	134	664
Madre	204	162	115	67	129	249	926
Madre de Crianza				1			3
Nieto (a)	1			1		4	6
Ninguno	421	307	300	346	423	727	2.524
Padre	165	160	112	87	134	179	837
Presunto Abuelo	5	1	1	1	2	2	12
Presunto Hermano	2		1	1	1	2	6
Presunto Padre	6	6	6	3	3	6	30
Presunto Tío	5	1	1	3	2	3	15
Primo (a)	47	31	49	49	52	86	314
Sobrino (a)	4	1	1	1	1	3	11
Tío (a)	54	62	61	51	74	110	412
INFORMACIÓN SIN REGISTRAR EN SIM	2.626	4.524	4.227	5.856	6.605	7.508	40.425
TOTAL GENERAL	2.626	5.664	5.150	6.694	7.388	8.555	46.807

Fuente: Sistema de información Misional – SIM

Menores de edad que ingresaron al PARD, presuntamente víctimas de delitos sexuales según estrato (2010-2016)

ESTRATO	PERIODO						TOTAL
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	
0	489	237	271	340	387	425	2.149
1	1.096	1.332	1.704	2.027	2.468	2.867	11.494
2	1.107	1.281	1.741	2.099	2.529	3.015	11.772
3	395	446	650	743	835	1.075	4.144
4	66	95	118	129	180	177	745
5	18	7	18	23	23	27	116
6	5	10	11	11	13	9	59
Información sin registrar en SIM	2.626	2.488	1.742	2.181	2.016	2.140	16.328
TOTAL GENERAL	2.626	5.664	5.150	6.694	7.388	8.555	46.807

Fuente: Sistema de información Misional – SIM

Se puede concluir, con sustento en el reporte del Sistema de Información Misional (SIM) del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que las niñas y los adolescentes, durante el periodo 2010 a 2016, han sido las más afectadas por la comisión de presuntas agresiones sexuales, procediéndose a restablecer los derechos a 39.483 niñas o adolescentes; también se observa que la edad entre 12 y 17 años fue donde más casos se presentaron, seguidos de edades entre los 6 y 11 años, con 22.597 y 16.412 casos respectivamente; Bogotá fue la regional donde más casos se reportaron con un total de 9.083, seguido de Valle y Cundinamarca con 4.575 y 3.217 respectivamente; en lo que atañe al motivo del ingreso, el mayor número fue por violencia sexual – abuso sexual, con 40.031 registros.

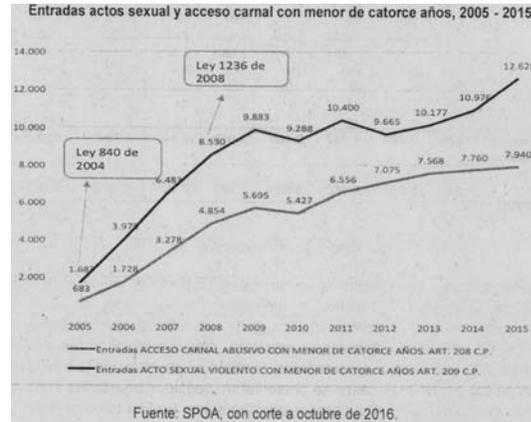
Sin embargo, la dificultad de identificación de la violencia sexual como un delito del ámbito privado y sujeto a “mitos” que no responden a la realidad del fenómeno debe ser tenida en cuenta a la hora de describir su ocurrencia. El bajo nivel de denuncia de estos casos lleva a que no se cuente con insumos suficientes para caracterizar la gravedad de la situación.

En relación con el grado de parentesco víctima – victimario, el mayor número es por parentesco “ninguno” con 2.525 registros, seguidos por la madre y padre con 926 y 837 registros respectivamente; finalmente, los estratos en los que hubo un mayor registro fueron el 1 y 2 con 11.494 y 11.772 casos respectivamente, no obstante esto, en 16.328 casos, no se registró información en el SIM.

Ahora bien, en relación a la “criminalización secundaria” esto es, la “[d]eterminación de un individuo como responsable de un crimen ya establecido por la ley, que es el problema de la judicialización o investi-

gación criminal de los hechos punibles”¹⁰, durante los años 2005 a 2015 entraron al sistema penal un total de 58.564 casos por el delito de acceso carnal abusivo en menor de 14 años y 93.688 registros por el punible de acto sexual con menor de 14 años, tal como se observa en la siguiente gráfica:

Entradas acto sexual y acceso carnal con menor de catorce años, 2005-2015



Fuente: SPOA, con corte a octubre de 2016.

De lo anterior se extrae, entre otras cosas, que incluso con la entrada en vigencia de la Ley 1236 de 2008, por medio de la cual se modificaron algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual, fundamentalmente en el incremento del *quatum* punitivo de cada uno de los tipos penales modificados por la ley en mención, no persuadió al conglomerado social a no incurrir en este tipo de conductas punibles.

En efecto, mientras que con la Ley 890 de 2004, para el acceso carnal abusivo con menor de catorce años la pena de prisión era de 4 a 8 años, se presentaron de 2004 a 2007 un promedio de 3.503 casos y 4.048 casos por acto sexual violento con menor de 14 años con una pena de 3 a 5 años. Con la entrada en vigencia de la Ley 1236 de 2008 la pena mínima pasó a 12 años y su máximo a 20, para el acceso carnal abusivo con menor de catorce años, con un promedio de casos entre 2008 a 2011 de 5892 y 9857 casos por acto sexual violento con menor de 14 años y una pena correspondiente de 9 a 13 años. Lo anterior, sin que se refleje con estas cifras una disminución de la comisión del delito, coherente con el aumento de la pena.

En lo que se refiere a la “criminalización terciaria”, entendida esta como “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”¹¹ se encuentra que no existe consonancia entre el número de conductas que ingresaron al sistema y las que salieron.

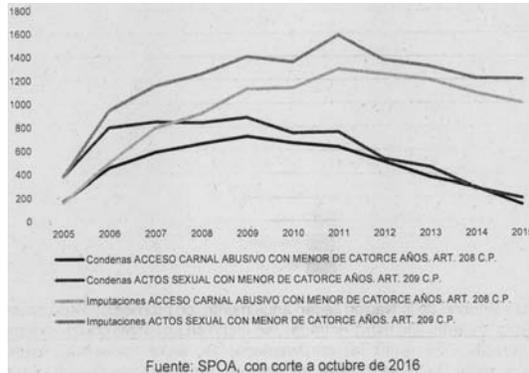
En efecto, mientras ingresaron en los años 2011 a 2015, un total de 36.899 casos, por la conducta de acce-

¹⁰ Comisión Asesora de Política Criminal, Informe Final. Diagnóstico y Propuesta de Lineamientos de Política Criminal para el Estado Colombiano. 2012. Disponible en: https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf.

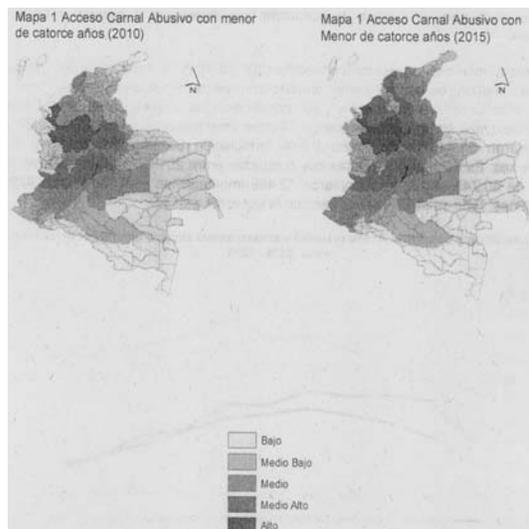
¹¹ Comisión Asesora de Política Criminal, Informe Final. Diagnóstico y Propuesta de Lineamientos de Política Criminal para el Estado Colombiano. 2012. Disponible en: https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf.

so carnal abusivo con menor de 14 años, en ese mismo lapso hubo 5.815 imputaciones y 1.907 condenas. Igual sucede con la conducta de actos sexuales abusivos con menor de 14 años; mientras en el periodo 2011 a 2015 ingresaron 53.846 casos, hubo 6.674, formulación de imputaciones y 2.188 condenas. Es decir que por estas dos conductas entre 2011 y 2015 ingresaron un total de 90.745 casos, se formularon 12.489 imputaciones y se registraron 4.095 condenas. Esto se puede evidenciar con la siguiente gráfica:

Imputaciones y condenas. Actos sexuales y acceso carnal abusivo con menor de catorce años, 2005 - 2015



En relación con el comportamiento regional registrado por las conductas punibles de acceso carnal abusivo y actos sexuales violentos registran su mayor número en los departamentos de Antioquia, Bogotá, D. C., y Valle del Cauca, ya que un 38,21% de las noticias criminales por estos delitos tienen origen en estos departamentos¹².

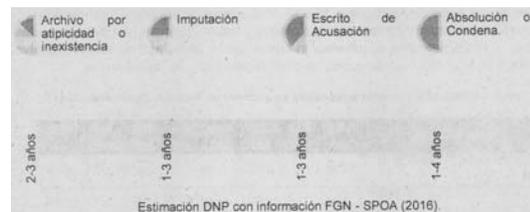


A la Fiscalía General de la Nación llegan anualmente, en promedio, 8.465 casos por acceso carnal violento. De estas entradas, se archivan por atipicidad o inexistencia 1.223, quedando 7.242 entradas efectivamente. De las entradas que realmente quedan, solo en el 19,2% se formula imputación, y solo en 8 de cada 10 casos se radica escrito de acusación, finalmente, el 12,8% termina en absolución y en el 46,1% de los casos hay sentencia condenatoria.

Se tiene en cuenta también para la revisión y estudio de este concepto los tiempos de duración de las

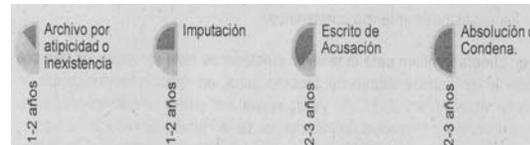
distintas etapas del proceso penal, en relación con los delitos de acceso carnal abusivo (artículo 208 C. P.) y acto sexual con menor de catorce años (art. 209 C. P.). Lo anterior con base en la información de la Fiscalía General de la Nación (SPOA, con corte octubre de 2016) relacionando el año de entrada de los delitos con la fecha en las cuales recibió alguna actuación por parte de la Fiscalía General de la Nación. Se relaciona la duración que toma cada actuación desde la fecha de entrada. El 9,53% de las entradas en el año 2010 por el delito de acceso carnal violento, recibió condena en un periodo de 4 años en promedio. Para el delito de acto sexual con menor de catorce años, recibieron condena en este mismo periodo (4 años), el 5,79%.

Tiempos procesales acto sexual con menor de catorce años y acto sexual violento con menor de catorce años Art 209. C. P.



Para el delito de acceso carnal abusivo, en la etapa de investigación encontramos que de los casos imputados a octubre de 2016 (20,69%), el 14,24% recibió imputación en los dos primeros años de ingreso al sistema.

Tiempos procesales Acceso Carnal Violento con menor de catorce años Art. 208. C. P.



Para el delito de acto sexual con menor de catorce años, la investigación puede tardar 3 años para recibir imputación y escrito de acusación. Para la absolución o condena se estima un periodo de 1 a 4 años.

Finalmente, con corte a enero de 2017, de las bases de datos del Sisipec, la información de hombres y mujeres que se encuentran actualmente condenados y sindicados en detención intramural, domiciliaria y bajo vigilancia, por las conductas punibles de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, acceso carnal abusivo con menor de 14 y estímulo a la prostitución de menores, es la siguiente:

Detención intramural por delitos sexuales con menor de 14 años (corte enero 2017)

Modalidad Delictiva	Hombre Cond.	Mujer Cond.	Total Cond.	Hombre Sind.	Mujer Sind.	Total Sind.	Total Intram.	Particip. %
ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	4.282	39	4.321	2.379	31	2.410	6.731	3,6 %
ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS	3.290	27	3.317	1.931	27	1.958	5.275	2,9 %
ESTÍMULO A LA PROSTITUCIÓN DE MENORES	15	8	23	16	4	20	43	0,0 %
TOTALES	7587	74	7661	4326	62	4388	12049	6,50%

Fuente: SISIEPEC¹³

¹³ Disponible en: <http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estad%EDsticas/Estadisticas/Tab1>

¹² Fuente: FGN, SPOA con corte a octubre de 2016.

Detención Domiciliaria por delitos sexuales con menor de 14 años (corte enero 2017)

Modalidad Delictiva	Hombre Delte.	Mujer Delte.	Total Delte.	Hombre Prisi.	Mujer Prisi.	Total Prisi.	Total Domic.	Particip. %
ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS	189	5	194	170	7	177	371	0,6 %
ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS	118	1	119	110	2	112	231	0,3 %
ESTIMULO A LA PROSTITUCION DE MENORES	2	2	4	2	6	8	12	0,0 %
Total	309	8	317	282	15	297	614	1 %

Fuente: SISIEPEC

Bajo vigilancia por delitos sexuales con menor de 14 años (corte enero 2017)

Modalidad Delictiva	Hombre Cont. Cond.	Mujer Cont. Cond.	Hombre Cont. Snd.	Mujer Cont. Snd.	Total Cont. Snd.	Hombre Vig. Cond.	Mujer Vig. Cond.	Total Vig. Cond.	Hombre Vig. Snd.	Mujer Vig. Snd.	Total Vig. Snd.	Total Cont. Vig.	Particip. %	
ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS	8	0	8	0	8	11	1	12	5	0	5	17	25	0,3 %
PORNOGRAFIA CON MENORES	0	0	0	0	0	1	0	1	0	0	0	1	1	0,0 %
ESTIMULO A LA PROSTITUCION DE MENORES	0	0	0	0	0	1	0	1	0	0	0	1	1	0,0 %
ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS	2	0	2	0	2	2	1	3	3	0	3	6	8	0,1 %
Total	10	0	10	0	10	15	2	17	8	0	8	25	35	0 %

Fuente: SISIEPEC

De acuerdo a lo mencionado en esta sección, se realizan las siguientes observaciones:

1. Los casos que están ingresando al sistema no corresponden con aquellos que salen, en términos de medición y control estadístico, por las diferentes vías posibles de terminación del proceso, ya que las cifras reportadas por la Policía Nacional, ICBF y Fiscalía General no se relacionan de manera intersectorial para llevar un adecuado seguimiento integral, que permita medir cuántos de los que ingresan al proceso de investigación efectivamente terminan condenados y cuántos han sido indebidamente acusados.

2. El aumento de las penas en los delitos de agresiones sexuales, cuando la víctima es un niño, niña o adolescente, como se ha observado, no ha generado un resultado positivo en la prevención de la comisión de estas conductas, lo que desvirtuaría que esos incrementos tengan una incidencia real en el sujeto activo del ilícito.

3. De acuerdo a las cifras arriba señaladas, se destaca la necesidad de desarrollar políticas preventivas para evitar que estas conductas lleguen al sistema judicial y, de esta manera, garantizar efectivamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes conforme los preceptos constitucionales, evitando generar daños que podrían, eventualmente, prevenirse.

2.2. La prevención y el control extrapenal de las agresiones sexuales en contra de la infancia y la adolescencia. Sobre la articulación de la política criminal con otros sectores de las políticas públicas

El Estado, de conformidad con el deber de protección y garantía que ha adquirido con la suscripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos de Derecho Internacional, tiene la perentoria obligación de configurar sus instituciones y aparatos administrativo y judicial con miras a garantizar a los habitantes del territorio el pleno goce de los derechos reconocidos en la citada convención, consagrados también como derechos fundamentales en la Constitución Política de Colombia.

El deber de garantía no significa, sin embargo, que en todo caso se pueda y deba acudir al instrumento del sistema penal para asegurar la protección de derechos, porque más importante que la reacción frente al delito cometido (que solo en algunos casos podría garantizar la reparación), resulta la prevención de las infracciones.

La política criminal es uno de los instrumentos con los que cuenta el Estado para abordar el examen de las respuestas frente al delito e incluye tanto la prevención de los delitos como la represión de los mismos. Sin embargo, las distintas intervenciones que se hagan en desarrollo de la política criminal no son siempre suficientes y efectivas para la protección de los derechos lesionados con el delito, por lo que es necesario que la política criminal se integre con otras políticas públicas que persigan el objetivo de cumplir armónicamente con los deberes internacionales del Estado.

En materia de delitos sexuales y violentos en contra de niñas, niños y adolescentes, la política criminal debe armonizarse con la política pública de protección integral de los derechos de la infancia y la adolescencia; la política de protección a las mujeres y niñas, así como con las políticas de protección a la familia y, en general, las políticas sociales que tiendan a la reducción de las causas de este tipo de crímenes. Quiere esto decir que más allá de las reformas penales, lo importante es que las autoridades públicas desplieguen acciones razonables y armónicas para la prevención de los delitos y, en caso de que estos se produzcan, sancionarlos adecuada y proporcionalmente.

De tiempo atrás, tanto la Comisión Asesora de Política Criminal como el Consejo Superior de Política Criminal y la Corte Constitucional, han venido insistiendo en la necesidad de usar el derecho penal como último recurso del Estado para confrontar las conductas que causan lesión a los bienes jurídicos fundamentales protegidos por esta área del derecho, lo que implica además del conocimiento profundo del fenómeno criminal que se pretende intervenir, el uso de medidas preventivas que resulten eficaces para combatir las causas de la violación, garantizar los derechos de las víctimas y evitar la comisión de los delitos.

En este sentido, frente al problema que se plantea con ocasión de estos proyectos, es necesario resaltar que su caracterización muestra, cuando menos, tres focos en donde especialmente se presentan las agresiones sexuales en contra de niñas, niños y adolescentes: (i) el escenario familiar o próximo del agredido; (ii) el entorno público, ante agresiones de personas que no presentan trastornos graves de conducta, y (iii) las agresiones que provienen de personas que están afectadas de alguna enfermedad mental que las induce a la realización de estas conductas (particularmente, compulsiones).

Frente a estos escenarios cabe resaltar que, en el total de exámenes realizados por Medicina Legal entre 2006 y 2015 se identificó que en el escenario familiar las principales víctimas son las niñas adolescentes entre los 10 y 14 años¹⁴. Precisamente, debido a la predominancia de estos hechos en el ámbito privado se dificulta la identificación de estos delitos, ya sea por carencia de alertas o por dificultades a la hora de determinar qué es violencia sexual y qué no lo es. Se tiene entonces que el “universo” para tomar decisiones frente a la violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes es parcial, ya que está conformado por los casos que efectivamente son reportados, dejando por fuera todos los casos que no se identifican como violencia sexual o que son resguardados en la esfera privada.

Para esto, es necesario implementar medidas de prevención primaria, que efectivamente caractericen la problemática, para así identificar sus causas. Únicamente cuando el fenómeno es caracterizado de manera correcta, es posible generar una política criminal coherente con las necesidades de los problemas sociales. Además, con estos insumos será

¹⁴ Grupo Centro de Referencia Nacional sobre Violencia, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses “Exámenes médico-legales por presunto delito sexual” Colombia, 2015.

posible generar pedagogía y concientización frente a qué es violencia sexual y activar alertas que permitan una mayor identificación de estos casos.

Es así como se aconseja la exploración de medidas que prevengan su comisión, como elemento principal de la acción del Estado para evitar la lesión de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en razón de que las medidas meramente represivas como los incrementos punitivos, al parecer, no han resultado efectivas como mecanismos de protección, tal como lo muestran las cifras disponibles según las cuales, en los últimos años ha crecido el número de casos (de 2.366¹⁵ entradas a la Fiscalía en el año 2000, a 20.568 noticias criminales en el año 2015, por delitos tipificados en los artículos 208 y 209 del Código Penal¹⁶) pese a que entre el año 2000 y el año 2016 la pena máxima para el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 208 del Código Penal), se incrementó en un 150% al pasar de 8 a 20 años de prisión, y durante el mismo período el delito de actos sexuales con menores de catorce años (artículo 209) pasó de tener una pena máxima de cinco (5) años a la pena máxima de trece (13) años.

Por fuera del sistema penal las medidas de reacción no son más prometedoras, ya que según lo informa el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar¹⁷, entre el año 2010 y el año 2015 han ingresado al proceso administrativo de restablecimiento de derechos apenas 36.077 menores que han sido, presuntamente, víctimas de delitos de violencia sexual, que representan solo un 34.2% de las 105.460 entradas que reporta la Fiscalía en el mismo periodo. Si bien este bajo nivel de procesos administrativos podría explicarse en que no en todos los casos se presentan las condiciones necesarias para iniciar el proceso de restablecimiento de derechos, sí muestra que las medidas reactivas tienen poca efectividad, si se tiene en cuenta que muchos casos de delitos sexuales contra menores de edad se producen en el entorno familiar o cercano de las víctimas¹⁸, con lo cual deberían ser un poco más próximas las cifras.

Las razones de la poca eficiencia del sistema penal y del sistema de restablecimiento de derechos frente a la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, pueden ser variadas. El Consejo no ha explorado, en concreto, dichos motivos, pero puede colegir que los bajos niveles de procesamiento y sentencia se deben en mayor medida a las deficiencias estructurales que presentan los órganos de investigación y juzgamiento del delito (pocos funcionarios, exceso de carga laboral, limitada capacidad de la policía judicial, entre otros), que a la función que cumplen las penas, en la medida en la que con el aumento de estas no se incrementan las sentencias condenatorias, que han venido descendiendo desde el año 2009, según se deriva de las cifras del SPOA, a octubre de 2016.

Acorde con el panorama anterior, el Consejo Superior de Política Criminal, hondamente preocupado por la protección de los niños, niñas y adolescentes en el país, aconseja adoptar mejores medidas de prevención de los delitos

y robustecer las capacidades operativas de los entes encargados de la judicialización de los ofensores sexuales contra menores de edad, con la finalidad de obtener sentencias efectivas y prontas en los casos que lo ameriten, en lugar de intervenir exclusivamente en el monto de las penas. Así, si se trata de prevenir los ataques en el seno familiar o próximo de la víctima, el derecho penal puede significar una estrategia poco efectiva, en la medida en que la solidaridad familiar, la dependencia, o los patrones recurrentes de abuso, pueden evitar la denuncia de la conducta y profundizar las condiciones propicias para el delito. En las conductas realizadas en los entornos públicos, el uso del derecho penal puede tener una mayor efectividad, pero se avizora el problema de la identificación del victimario, su localización y judicialización efectiva. En las conductas que se atribuyen a quienes padecen enfermedades mentales, el derecho penal puede ser una medida efectiva para la judicialización del caso, pero la respuesta punitiva resulta ineficiente en razón de la escasa científicidad de los tratamientos siquiátricos prodigados por el sistema penitenciario.

Con fines de prevención efectiva, podría, entonces, considerarse la posibilidad de adoptar medidas tales como: (i) la implementación de programas específicos y concretos que permitan a los menores de edad permanecer más tiempo en entornos protectores seguros, como es el caso de la escuela; (ii) fortalecer la protección de las mujeres contra los abusos de sus parejas y empoderarlas para que no dependan de los abusadores, porque en muchas ocasiones callan el abuso para no perder la protección del abusador; (iii) garantizar a las víctimas seguridad, transporte, ingresos estables y vivienda, lejos del abusador; (iv) proveer a los menores de edad y a sus padres y cuidadores, materiales escritos sobre la prevención de los abusos y la violencia; (v) imponer a los abusadores la obligación de someterse a tratamientos psicológicos y médicos adecuados y diferenciados que les permitan superar las condiciones que los llevan a la comisión de los hechos delictivos (programas educativos y terapéuticos); (vi) tomar las enfermedades mentales en serio, esto quiere decir que los psicólogos y psiquiatras, cuando adviertan signos de tendencias al abuso y la violencia en jóvenes y adultos, deben poner esta condición en conocimiento de las familias, el sistema de salud y las autoridades, con el fin de que se tomen las medidas necesarias para evitar la comisión de conductas punibles, pero también que se debe implementar un modelo de seguimiento a la conducta de quienes den muestras de tendencia al abuso y la violencia, así como de menores que hayan sido abusados; (vii) implementar programas del modelo “hermano mayor”, en los que adolescentes capacitados, con familias estables y condiciones especiales, asuman un rol de protección reforzada de niñas y niños en riesgo de ser víctimas de delitos, y mantengan comunicación con ellos en un clima de confianza, para detectar escenarios de posibles abusos y violencias; (viii) incluir en los programas escolares temas que enseñen a los niños y niñas la autoprotección frente al abuso infantil; (ix) fortalecer las relaciones en la familia y, en particular, enseñar cómo deben conformarse los “círculos de confianza” en ella, para evitar que en tales círculos se encuentren personas que puedan abusar de los menores de edad, cualquiera que sea su grado de parentesco o cercanía con la familia.

En una adecuada articulación entre la política criminal y la política pública de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, los términos de la discusión no deben estar relacionados con la forma como puede implementarse la cadena perpetua para los ofensores sexuales de los menores de edad, sino cómo debe proceder el Estado, en correspondencia con la familia y la sociedad, en la protección de los derechos a la vida, la integridad personal, la

¹⁵ En Forensis 2015 se reporta un total de 19.181 reconocimientos médico-legales por presunto abuso sexual en menores de 18 años durante el año 2015.

¹⁶ Fuente: SPOA, con corte a octubre de 2016.

¹⁷ Oficio S-2017-044286-0101.

¹⁸ Según información del ICBF en el oficio citado, en promedio el 14% de la información registrada en casos de delitos sexuales contra menores de edad arroja la intervención de un pariente o miembro del entorno cercano de la víctima. En similar sentido lo hace Forensis 2015, que para el año 2015 reporta que 16.813 casos, de los 19.081 de los reconocimientos, (sin discriminar la edad de la víctima), se produjeron en el entorno familiar o cercano de la víctima.

seguridad, la formación y la libertad sexuales de esta población, de manera efectiva y eficiente.

Medidas sancionatorias muy elevadas (entre las cuales se encuentra la prisión perpetua), pueden tener efectos nefastos no deseados en los fines que ha de perseguir el Estado, porque pueden dar lugar a la transformación de las modalidades delictivas hacia conductas más graves (desaparición forzada, por ejemplo), que el ofensor podría poner en práctica para evitar el descubrimiento, investigación y judicialización de su conducta.

Adicionalmente, operadores judiciales han identificado que en casos de violencia sexual dentro del círculo familiar los denunciantes, por lo general, se retiran del proceso, que a pesar de ser un delito de oficio, trunca la investigación donde el testimonio es lo más importante¹⁹. Al tener penas más altas, resulta más difícil denunciar a un familiar.

2.3. Tensiones entre derechos de agresores y niños y adolescentes víctimas de violencia sexual. A propósito de recientes decisiones judiciales sobre el tema

2.3.1. Algunos elementos de la protección a la infancia y la adolescencia en la legislación penal colombiana

En el nuevo siglo la protección penal de la infancia y la adolescencia presenta una serie de características que muestran la importancia que tiene para el Estado y la sociedad la integridad de los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes, y al mismo tiempo revelan algunas tensiones, al momento de la persecución y sanción de las agresiones a este sector poblacional, situación que en el último tiempo ha concentrado la atención de la ciudadanía y también de los poderes públicos.

Así en el caso del catálogo de delitos vigentes en el Código Penal se encuentran las siguientes conductas punibles en las que los intereses de infantes y adolescentes tienen una consideración explícita:

1. En materia de protección a la vida y a la integridad personal, el traslado de niños de un grupo a otro es considerado genocidio (artículo 101, núm. 5); valerse de los niños y adolescentes menores de 18 años, al ejecutar un homicidio, es considerado como una circunstancia de agravación (artículo 104, núm. 5); es un feminicidio agravado cuando el caso involucra a una víctima mujer menor de 18 años (artículo 104B, lit. b); la muerte de un hijo que es fruto de una de las agresiones sexuales descritas en la ley es punible (artículo 108), así como los actos de abandono (artículo 128); las lesiones personales cometidas contra niños y niñas menores de 14 años se consideran agravadas y se aumentan las penas establecidas en el doble (artículo 119); y los actos de discriminación u hostigamiento, cuando son realizados en contra de los niños, las niñas y los adolescentes, se consideran agravados (artículo 134C, núm. 5).

2. En materia de protección a las personas y bienes protegidos por el DIH, existen los tipos penales de actos sexuales con persona protegida menor de catorce años (artículo 139-A) y de reclutamiento ilícito (artículo 162).

3. En materia de protección de la libertad individual, la desaparición forzada es agravada cuando se ejecuta en contra de un menor de 18 años (artículo 166, núm. 3), lo cual también es una circunstancia de agravación en los casos de secuestro, simple y del extorsivo (artículo 170, núm. 1), de la tortura (artículo 179, núm. 3), del desplazamiento forzado (artículo 181, núm. 2), del constreñimiento para delin-

quir (artículo 185, núm. 2), del tráfico de migrantes y de la trata de personas (artículo 188-B). De otra parte, también se han establecido los delitos de tráfico de niños, niñas y adolescentes (artículo 188-C) y de uso de menores de edad en la comisión de delitos (artículo 188-D), y es de resaltar que el primero de estos tiene una modalidad agravada que castiga la infracción con pena de 40 a 90 años de prisión.

4. En materia de protección a la libertad, integridad y formación sexuales es importante destacar que, además de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años (artículo 208) y de los actos sexuales con menor de 14 años (209), que son objeto de reforma en los Proyectos de ley número 197 y 200, ambos de Senado, hay otras modalidades delictivas más graves que no fueron consideradas en la propuesta. Además de estos dos actos abusivos es preciso considerar los actos de violación que describe la legislación penal, como es el caso del acceso carnal violento (artículo 205) y del acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (artículo 207), los cuales se agravan cuando se ejecutan con contra de niños y niñas menores de 14 años²⁰, lo cual también sucede con varios delitos de explotación sexual (artículo 216).

5. En materia de protección a la familia, los delitos de violencia intrafamiliar (artículos 229-230-A), adopciones irregulares (artículo 232) e inasistencias alimentarias (artículos 233-236), contemplan a los niños menores como víctimas, y en algunos casos tal circunstancia agrava las penas.

6. En materia de protección a la seguridad pública, el delito de terrorismo resulta agravado cuando se hace partícipe de la comisión criminal a un menor de 18 años (artículo 344).

7. En materia de protección a la salud pública es punible suministrar drogas a menores (artículo 381) y también todos los delitos asociados con el tráfico de estupefacientes contemplan la circunstancia de agravación punitiva en los casos de utilización de menores (artículo 384, núm. 1).

8. Por último, en materia de protección a la Administración de Justicia, el delito de omisión de denuncia de particular incluye la omisión en los casos de explotación sexual, contemplados en el Capítulo IV, del Título IV de la parte especial del Código Penal.

Ahora, en relación con algunas reglas especiales relacionadas con el procedimiento penal y la ejecución penitenciaria de sujetos condenados y procesados por delitos de violencia sexual contra menores de edad, es importante resaltar dos aspectos significativos, relacionados con la prescripción de la acción penal y con el establecimiento de reglas especiales de concesión de beneficios penales y aplicación de determinadas instituciones procesales.

Como regla general, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, sin que en ningún caso sea inferior a cinco años, ni superior a veinte. Los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tienen una regla especial, según la cual “la acción penal prescribirá en veinte años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad”, de acuerdo con la adición al Código Penal realizada por el artículo 1° de la Ley 1154 de 2007.

²⁰ Sobre el respeto del principio de non bis in idem en la interpretación de esta circunstancia de agravación punitiva, en los casos de tipos penales de protección a la integridad sexual que involucran menores de 14 años como víctimas, ver la sentencia de la Corte Constitucional C-521 de 2009. M. P. María Victoria Calle Correa. Disponible en: <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-521-2009.html#1>.

¹⁹ Ministerio de Justicia y del Derecho. Dirección de Política Criminal y Penitenciaria. Taller Mesa de Justicia y Organizaciones de Mujeres del Valle del Guamuez. Ministerio de Justicia y del Derecho. Noviembre 28, 29 y 30.

El segundo punto se relaciona con una disposición de la Ley 1098 de 2006 que establece reglas especiales para la detención preventiva en establecimientos carcelarios y la sustitución de la misma, para la aplicación del principio de oportunidad, de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la libertad condicional, y para los descuentos punitivos en los casos de preacuerdos y negociaciones, entre otras figuras:

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:

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** prevista 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 (énfasis añadido).

A propósito del numeral 8 de este artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 se han presentado dos importantes discusiones en la jurisprudencia nacional que tocan directamente con la política criminal y el modo de judicialización de las agresiones sexuales en contra de los niños, niñas y adolescentes. Debido a que la exclusión del mencionado numeral expresa como objeto “ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo” se han presentado dos cuestiones interpretativas, la primera en relación con la redención de penas por trabajo, estudio y enseñanza, entendida como beneficio penitenciario o como derecho de las personas condenadas; la segunda, en relación con la garantía judicial del plazo razonable aplicable a cualquier tipo de procedimiento penal.

2.3.2. La ejecución de las sanciones penales. El debate sobre la redención de pena

En el 2015, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia conoció una tutela²¹ con la que un condenado a ocho

años de prisión por tentativa de acceso carnal abusivo -a quien el juez de ejecución de penas reconoció una redención de 1 mes y 20.5 días, pero que luego fue revocada por la Sala Penal de un Tribunal Superior- solicitaba se le reconociera la redención.

El problema jurídico que configuró la Corte para analizar y resolver el caso está planteado directamente sobre la naturaleza jurídica de la redención de penas y su situación respecto de la cláusula de exclusión establecida en el numeral 8 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

En la exploración hermenéutica para establecer si la disposición de la redención establecida en el artículo 103-A del Código Penitenciario y Carcelario²² “hacía parte” de las exclusiones del numeral 8 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, la Corte encontró que esta primera no es un subrogado o mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, la cual se continúa ejecutando en las mismas condiciones; tampoco responde a la estructura propia de un beneficio, que implica el otorgamiento de una facultad a la autoridad para su concesión; por el contrario, la redención de pena es exigible y de obligatorio reconocimiento, siempre y cuando se cumplan las condiciones fijadas por la ley.

Adicional a lo anterior, reconoció la Corte que en estos casos la interpretación ha de ser restrictiva y no extensiva²³; con lo cual, dado que no hay una referencia explícita a la exclusión de la redención de las penas en estos casos, no hay razón para extender la disposición para excluir tal posibilidad.

2.3.3. Las reglas de procedimiento penal. El debate sobre el vencimiento de términos y la libertad provisional

El año pasado la Corte Suprema de Justicia conoció un caso²⁴ en el que el juez de instancia negó la solicitud libertad por vencimiento de términos, así como su apelación y una acción constitucional de *habeas corpus*, junto con su impugnación, a un ciudadano al que le había sido imputada la comisión de un delito de acto sexual con menor de catorce años, pero que transcurridos 60 días no se había presentado la acusación, bajo el argumento de que la causal de libertad invocada en el asunto no era aplicable en virtud de la exclusión establecida en el numeral 8 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

Frente a lo anterior, la Corte Suprema sintetizó la controversia jurídica en el siguiente interrogante: “¿Existe una prohibición legal para que los jueces de control de garantías reconozcan a los procesados por delitos sexuales contra menores de edad, cobijados con medida de detención preventiva, la libertad provisional por vencimiento de términos

de 2015. M. P. José Luis Barceló Camacho. STP 8442-2015, radicación número 80488.

²² Artículo 103A. Derecho a la Redención. “Artículo adicionado por el artículo 64 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente: La redención de pena es un derecho que será exigible una vez la persona privada de la libertad cumpla los requisitos exigidos para acceder a ella. Todas las decisiones que afecten la redención de la pena, podrán controvertirse ante los Jueces competentes.

²³ “De emplearse una interpretación extensiva podría llegarse al extremo de excluir también la aplicabilidad del instituto de la acumulación jurídica de penas, que ha sido definido por la jurisprudencia como un derecho que genera beneficio al condenado (CSJ. SCP. 19-04-2002, Rad. 7026 y 28-07-2004, Rad. 18654)”.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 11 de mayo de 2016. Impugnación de tutela. M. P. José Francisco Acuña Vizcaya. STP 6017-2016, radicación número 84957.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala Segunda de Decisión de Tutelas. Sentencia de 2 de julio

estipulada en el numeral 4° del artículo 317 del Código de Procedimiento Penal?”.

Para resolverlo la Corporación reconoce que en los años recientes (2014-2016) se ha presentado un giro doctrinal²⁵ en relación a la comprensión de garantías fundamentales como la de ser juzgado dentro de un término razonable, lo cual no solo es aplicable a la exclusión que trae el numeral 8 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, sino a otras regulaciones que plantean una exclusión en el mismo sentido, como es el caso del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006²⁶. Frente a ello, argumentó la Corte que,

i) El enunciado “ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo”, contenido en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 y el numeral 8° del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, no puede ser empleado, dada su amplitud, para eliminar la posibilidad de aplicar cualquier instituto que pueda favorecer al procesado;

ii) Las disposiciones legales que preventivamente autorizan la privación o restricción de la libertad del imputado son excepcionales y su interpretación restrictiva, de conformidad con el artículo 295 de la Ley 906 de 2004.

iii) El derecho al plazo razonable se encuentra reconocido en los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia y, por tal motivo, su validez no puede ser suspendida sino previa declaración de un estado de excepción;

iv) Por esa misma razón, es un derecho y no un beneficio;

v) Finalmente, frente a los argumentos expuestos por los jueces de instancia e intervinientes dirigidos a señalar que, de conformidad con la Constitución y los Tratados Internacionales sobre la materia, existe una prohibición de orden superior para conceder cualquier beneficio —léase derechos— a los condenados por delitos sexuales en contra de niños, niñas y adolescentes, se impuso la tesis de que la protección de las garantías fundamentales de los menores de edad no puede traducirse en la negación absoluta de los derechos básicos de los condenados.

Siendo ello así, la respuesta a la cuestión jurídica planteada es que no existe una prohibición por vía de la ley para reconocer a este tipo de procesados la libertad provisional por el vencimiento de términos, lo que implica, a su vez, un doble reconocimiento, lo cual, enfatiza la Corte Suprema, es perfectamente compatible con los derechos de los menores de edad, bajo el entendido de que la tensión entre garantías de procesados o condenados no genera una re-

²⁵ En la sentencia del 11 de mayo de 2016 reconoce ese giro en las siguientes decisiones: de la Corte Suprema de Justicia, en las Sentencias de 2 de julio de 2015, Rad. 80488, STP8442-2015 y de 20 de abril de 2016, Rad. 85216, STP4883-2016; de la Corte Constitucional, en la Sentencia T-718 de 2015.

²⁶ Artículo 26. *Exclusión de beneficios y Subrogados*. “Ver en Jurisprudencia Vigencia destacado de la C-073-10” Cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea eficaz.

lación inversamente proporcional, o, lo que es lo mismo, están relacionadas en un juego de suma cero, con el interés de protección de los derechos de los infantes y adolescentes víctimas de este tipo de comisiones delictivas²⁷.

2.3.4. La vida de los liberados después del cumplimiento de las condenas. El debate sobre las inhabilitaciones de condenados por delitos sexuales contra menores de catorce años, el hábeas data penal y la protección de los derechos de los niños niñas y adolescentes.

En la Sentencia T-512 de 2016²⁸ la Corte Constitucional conoció el caso de un rector de una institución educativa en el Departamento del Tolima que en años anteriores había sido condenado a 60 meses de prisión por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso con pornografía con menores. Frente a esta situación, un ciudadano de manera oficiosa presentó una acción constitucional de tutela con el objetivo de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes que hacían parte de la comunidad educativa y, así remover de sus funciones al funcionario directivo docente.

Luego de encontrar ajustado a los términos de la acción de tutela la agencia oficiosa en el caso particular²⁹, la Corte examinó (i) si se vulnera el hábeas data penal al revelarse en un proceso público de selección docente los antecedentes de una persona condenada por un delito de agresión sexual en contra de menores de edad, y (ii) si del diseño constitucional de protección de la niñez y la infancia se desprende la imposibilidad de que una persona luego de estar conde-

²⁷ Sobre esta idea, el Consejo Superior de Política Criminal comparte la argumentación de la Corte: “Un entendimiento ponderado del problema llevaría a concluir que **un proceso judicial sin dilaciones injustificadas redundaría en beneficio de todos**: De la sociedad, porque con la condena o la absolución se esclarece prontamente un hecho que encendió las alarmas y causó pública desazón; de las víctimas, al obtener una justicia, verdad y reparación coetánea con su proceso de sanación y, finalmente, del procesado, para quien concluye una etapa de angustias, en particular si es absuelto de las acusaciones, porque obviamente se libra de unos injustos señalamientos y de la restricción de sus derechos fundamentales” (énfasis añadido).

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-512 de 2016. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-512-16.htm>.

²⁹ “En suma, el precedente de la Corte Constitucional que aquí se reitera dispone que quien acude a la acción de tutela deberá legitimar su actuación e indicar expresamente: a) si solicita la defensa de sus propios derechos fundamentales, b) si actúa como representante de la persona a la que le han vulnerado o amenazado sus derechos, c) o por el contrario, si busca la protección de derechos ajenos. En este último caso, se trata de una agencia oficiosa, situación en la cual deberá indicarse expresamente en la acción de tutela que se actúa bajo dicha calidad, y adicionalmente, dejar en claro que la persona objeto de vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales no tiene la capacidad de ejercer su propia defensa. No obstante lo anterior, cuando se trata de agenciar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, la Corte indicó en su precedente que los requisitos para acreditar la agencia oficiosa no tienen la misma aplicación, en tanto que se asume que: a) en principio, las personas menores de edad no tienen la capacidad para ejercer ni representar a otros en la defensa de sus derechos fundamentales, y b) no resulta pertinente exigirle a quien busca la defensa y protección de los derechos fundamentales de los niños explicitar la condición de agente oficiosa, en tanto que la familia, la sociedad y el Estado tienen a su cargo, la guarda y protección de los derechos fundamentales de las personas menores de edad”.

nada por esta clase de delitos se ocupe de actividades educativas con menores de edad³⁰.

La Corte encontró que la revelación de los antecedentes penales asociados a agresiones sexuales contra menores de edad en certámenes como el proceso público de selección docente no vulnera el hábeas data penal. Luego de reconocer que no existe un derecho al olvido en los mismos términos que sí existe en el hábeas data crediticio, dado que los intereses de las víctimas y la protección reforzada de sus derechos no admiten la supresión total de la información, la revelación del dato negativo es justificado siempre y cuando se ajuste a los estándares constitucionales (presencia de una finalidad constitucional legítima), lo cual, reconoce la Corte, no sucedió en el caso, porque fueron circulados con posterioridad al nombramiento, durante el proceso de selección.

También es de resaltar que, más allá de la decisión en el caso concreto, la Corte Constitucional formuló una exhortación al legislador para consagrar una inhabilidad para personas condenadas por violencia sexual para desempeñar labores que impliquen una relación continua y permanente con menores de edad, dado que encontró un vacío legal en materia disciplinaria, al no existir una norma que disponga un régimen de inhabilidades aplicable a los docentes. Al respecto señaló:

A partir del marco de protección constitucional sobre los derechos de los niños que hacen parte del bloque de constitucionalidad, el Estado, la sociedad y la familia deben procurar las mejores condiciones para el desarrollo de los niños, aún más dentro del ámbito escolar, en donde se llevan a cabo los procesos de educación no solo desde una perspectiva académica, sino también formativa de ciudadano en principios éticos y respeto por los derechos fundamentales. Un cargo como el de Directivo Docente tiene importantes responsabilidades y funciones, en tanto máxima autoridad al interior de la Institución Educativa, que tiene un relacionamiento directo con todos los estamentos escolares, entre ellos a los docentes, acudientes y principalmente, los estudiantes. Estos últimos tiene en la figura del Rector a la máxima autoridad dentro del Colegio, de quien se espera los más altos estándares éticos ante la responsabilidad que asume en el ejercicio de su cargo. En consecuencia, se espera que el proceso de selección del personal docente y directivo en las Instituciones Escolares, ya sean públicas o privadas, respondan a los estándares más altos de idoneidad, no solo en sus capacidades profesionales y directamente relacionados con los asuntos académicos, sino también éticos, y especialmente humanos para lo cual los empleadores o las entidades nominadoras deberán contar con las suficientes herramientas jurídicas que les permita realizar un proceso de selección en donde las consideraciones sobre la idoneidad del cargo puedan ser evaluadas a profundidad³¹.

2.3.5. Síntesis

De acuerdo con lo desarrollado en esta sección del concepto para el Consejo Superior de Política Criminal es claro

que las reglas penales, de procedimiento penal y de ejecución penitenciaria en el caso de agresiones sexuales contra menores de edad en Colombia están en una constante tensión entre dos elementos polares. De un lado la interpretación de la protección constitucional reforzada de los derechos e intereses de la infancia y la adolescencia y, de otro, la interpretación de las garantías y derechos involucrados en el acto de adscripción de responsabilidad penal a los sujetos implicados en la comisión de conductas de relevancia criminal.

No obstante, esta tensión, como ya se había anotado, no se resuelve en un juego de suma cero en el que, si gana *absolutamente* un elemento de la relación, el otro pierde del mismo modo, *absolutamente*. Las recientes decisiones de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, se inscriben en la posibilidad de que la protección de los derechos de los niños y de los adolescentes no necesariamente tengan como consecuencia la disminución del reconocimiento de las garantías penales y penitenciarias de modo absoluto, es decir, sin la mediación u observación de un criterio constitucional que así lo permita. Este es el caso, por ejemplo, de la interpretación restrictiva de la cláusula “tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo”, establecida en el numeral 8 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, que permite afirmar que ni la redención de penas, ni la libertad por vencimiento de términos, hacen parte de la exclusión referida.

Lo anterior también es aplicable para comprender e integrar a una estrategia de política criminal la observación acerca del vacío legal en la regulación de las inhabilidades de personas condenadas para vincularse a trabajos educativos de estrecha relación con menores de edad. Así, el hábeas data penal no se vulnera por la circulación restringida del dato negativo cuando se trata de proteger los intereses de este sector de la población, lo cual no implica un desconocimiento total de los derechos y las garantías que tienen los liberados luego de la ejecución de las respectivas condenas.

Finalmente, ello permite entender con claridad lo imperativo que resulta diseñar y ejecutar una política criminal integral, que para este caso implica una articulación robusta entre los mecanismos de prevención (evitación que el suceso ocurra) y de represión (pronta y adecuada respuesta a los casos que ocurren) de los fenómenos criminales. Este necesario encuadre debe permitir superar la comprensión del problema como un asunto de suma cero, como lo ha destacado la Corte Constitucional en la consideración 8.2.5.1 de la Sentencia T-383 de 2013³²:

Los niños, las niñas y sus familias, no tienen derecho a que sometan a tratos crueles, inhumanos y degradantes a las personas que puedan abusar de ellos o ellas. Su principal y primordial derecho es que las personas no abusen de ellos y ellas. Un Estado social y democrático de derecho no confiere al Estado o a las víctimas el derecho a que se someta a tratos crueles, inhumanos y degradantes a las personas que delinquen. Confiere, ante todo, el derecho a que tal situación no ocurra. Ese es el cometido básico de un Estado comprometido a garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales. La necesidad de un Sistema criminal y un Sistema penitenciario y carcelario de grandes magnitudes es, en tal medida, la prueba del fracaso del Estado en este cometido básico de sus funciones. Los familiares de las personas asesinadas por riñas callejeras, por robos de celulares o por violaciones se ven pobremente resarcidas cuando lo que se protege efectivamente es su derecho a que se persiga

³⁰ La sección 3.11 de la sentencia se formulan los problemas así: “i) ¿Se vulnera el derecho fundamental al hábeas data penal, a la resocialización y el derecho al olvido, de una persona condenada a la que le fue declarada extinta su pena, al revelarse sus antecedentes penales por delitos sexuales con menores de edad en el proceso de selección objetiva para el cargo de Directivo Docente de una Institución Educativa? [...] ii) ¿El marco constitucional de protección reforzada sobre los niños, niñas y adolescentes, en especial cuando se trata de delitos sexuales, impide que una persona condenada por tales delitos, que ha cumplido la pena y demostrado buena conducta, desempeñe de manera habitual y permanente actividades educativas con menores de edad?”.

³¹ Consideración número 27, Sentencia T-512 de 2016.

³² Corte Constitucional. Sentencia T-383 de 2013. M. P. María Victoria Calle Correa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>.

y condene efectivamente a las personas que cometieron el crimen del cual se trate. Ni el dinero que se pague, ni los años en prisión de la persona, que en muchos casos carga con una historia, de exclusión y violencia social, pueden restaurar la pérdida de la vida o de la integridad que se fue violentada. La ausencia de la violación es lo que demandan las personas y es a lo que se tiene derecho. Que, para empezar, la vida, la integridad o cualquier otro derecho no sea objeto de acciones criminales. El principal derecho de las personas, como se dijo, no es reclamar plena protección a sus derechos, en caso de llegar a ser víctimas de un delito, su principal derecho es no ser víctimas. En tal medida, las políticas criminales de un Estado social y democrático de derecho deben ser preventivas antes que punitivas. Es lo que la Comisión Asesora de Política Criminal ha denominado 'la *prevención en serio*'. Dice al respecto: "La política criminal debe ser una política pública estructurada de prevención y lucha contra la criminalidad, basada en principios y reglas que impidan '*la fuga al derecho penal*' en búsqueda de soluciones que podrían lograrse por otros medios." (Notas suprimidas).

2.4. Exhortación al Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal.

Finalmente, en el marco de las funciones de este órgano colegiado definidas en el Decreto número 2055 de 2014, específicamente el numeral 7, del artículo 3° "Preparar proyectos de ley para adecuar la normatividad a la política criminal y penitenciaria del Estado y presentarlos al Ministerio de Justicia y del Derecho, para que este estime la procedencia de su radicación", el Consejo Superior de Política Criminal exhorta al Observatorio de Política Criminal y a su Comité Técnico a través de los delegados de cada una de las instituciones que lo conforman, para que diseñen una propuesta normativa que responda a las exigencias ciudadanas relacionadas con los diferentes hechos de violencia contra los niños, niñas y adolescentes.

En este sentido debe atender al estándar mínimo de constitucionalidad, a una selección de los medios de intervención –no necesariamente penales– vinculados con la definición del problema de política criminal aquí planteado y con su superación, y en general, que esté acorde con los lineamientos político-criminales impartidos, esto es, una propuesta con alto enfoque preventivo dirigida a la anticipación de los hechos y a la victimización, a la promoción y garantía de los derechos de los menores de edad, al tiempo que debe ser razonable, proporcional, coherente, con enfoque restaurativo y resocializador, y fundamentada en amplios estudios interdisciplinarios.

3. Algunas observaciones particulares a las iniciativas

3.1. Observaciones al Proyecto de ley número 199 de 2016 Senado, por la cual se establece el Procedimiento de Fast Track Judicial en favor de la niñez y adolescencia

En relación con el proyecto de ley que propone reglas de procedimiento judicial para hacer más ágil y pronta la resolución de asuntos civiles y penales en los que están involucrados niños, niñas y adolescentes, el Consejo Superior de Política Criminal reitera el criterio general que había expuesto en su concepto número 15.05, a propósito del Proyecto de ley 19 de 2015 Senado³³.

³³ Consejo Superior de Política Criminal. Estudio al Proyecto de ley número 019 de 2015 Senado, por el cual se establece un procedimiento preferencial en procesos judiciales en favor de la niñez y adolescencia y se dictan otras disposiciones. Referencia 15.05. Disponible en: [http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/conceptos/CSPC%20PL%20019%20de%202015%20Senado%20\(Procesos%20Judiciales%20en%20favor%20de%20la%20ni%C3%B1ez\).pdf?ver=2015-12-04-102808-427](http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/conceptos/CSPC%20PL%20019%20de%202015%20Senado%20(Procesos%20Judiciales%20en%20favor%20de%20la%20ni%C3%B1ez).pdf?ver=2015-12-04-102808-427).

Para el Consejo Superior de Política Criminal es claro que existen dificultades en la administración de justicia en la que derechos e intereses de niños, niñas y adolescentes están comprometidos. Esta situación requiere de la acción decidida del Estado a través de mecanismos integrales y contundentes que permitan su eliminación definitiva de los estrados judiciales.

La existencia de estos ha sido evidenciada por la Corte Constitucional y ha reseñado unos mínimos de actuación de las autoridades de justicia:

En relación con los deberes negativos, las autoridades judiciales que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores deben: (i) abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos; (ii) en materia probatoria, el funcionario judicial se debe abstener de decretar pruebas cuya práctica termine afectando aún más emocional y psicológicamente al niño.

En relación con los deberes positivos: (i) los funcionarios deben ser particularmente diligentes y responsables con la investigación y sanción efectiva de los culpables y restablecer plena e integralmente los derechos de niños víctimas de delitos de carácter sexual; (ii) en materia probatoria, el poder discrecional con que cuenta el funcionario judicial para decretar y practicar pruebas de oficio necesariamente debe ser empleado para alcanzar la verdad, la justicia y una reparación, integral al menor agredido sexualmente cuando quiera que exista una duda razonable derivada del análisis del acervo probatorio y; (iii) cada prueba en la que el menor intervenga debe ser realizada de forma tal que respete la dignidad humana del niño.³⁴

El Comité de Derechos del Niño también se ha pronunciado sobre las dificultades que experimentan los niños en los procesos cuando son víctimas. Así, en el Segundo Informe sobre nuestro país, en el 2000, manifestó:

Así mismo, el Comité manifiesta preocupación por la insuficiente asignación de recursos, tanto financieros como humanos, así como por la falta de personal capacitado adecuadamente para prevenir y luchar contra dicho abuso. Otros temas de preocupación son la insuficiencia de medidas y facilidades de rehabilitación de las víctimas y su limitado acceso a la justicia.

46. A la luz de los artículos 19 y 39 de la Convención, entre otros, el Comité recomienda al Estado Parte tomar medidas eficaces, incluido el hecho de fortalecer los programas pluridisciplinarios actuales y las medidas de rehabilitación, para prevenir y combatir el abuso y el maltrato infantil en la familia, en la escuela y en la sociedad en general. Sugiere, entre otras medidas, fortalecer las acciones tendientes a que se apliquen las leyes relativas a dichos crímenes; fortalecer los procedimientos y mecanismos destinados a tratar las quejas sobre abuso infantil, a fin de ofrecer a los niños acceso oportuno a la justicia para evitar la impunidad de los delincuentes (...)³⁵.

Para lograr este objetivo, es indispensable revisar profundamente y ajustar los procedimientos en los que los

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-554 de 2003. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-554-03.htm>.

³⁵ Comité de los Derechos del Niño. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Colombia. Octubre 2000. CRC/C/15/Add.137- Vigésimoquinto período de sesiones. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/nino.html>.

niños, niñas y adolescentes son parte. La iniciativa, en tal sentido, abarca parcialmente solo una parte del problema y no contiene medidas que causen un impacto determinante en la búsqueda de una solución, pues el establecimiento de unos términos preferentes no significará de suyo una administración de justicia efectiva, que reivindique la dignidad de las víctimas.

Por lo anterior, el Consejo Superior de Política Criminal considera adecuado revisar la iniciativa con el fin de construir una integral que involucre una serie de medidas tendientes a atacar todos los obstáculos señalados y otros que se presenten en la administración de justicia contra los niños, niñas y adolescentes.

El punto de partida de este proceso deben ser las Directrices aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en 2005, sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, que establecieron una serie de medidas a adoptar por los Estados en la Administración de Justicia y de Derechos que deben reconocerse a las víctimas en estos procesos, entre otros los siguientes:

- Derecho a la protección contra la discriminación.
- Derecho a un trato digno y comprensivo o Derecho a ser informado.
- Derecho a ser oído y expresar opiniones y preocupaciones. En particular, sobre cómo prefieren que se lleve a cabo el procedimiento, sus inquietudes acerca de su seguridad en relación con el acusado, sus sentimientos acerca de la conclusión del proceso. La debida consideración de estas opiniones y preocupaciones supone que, si no es posible atenderlas, debe explicarse la razón al niño o la niña.
- Derecho a una asistencia eficaz.
- Derecho a la intimidad.
- Derecho a ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia.
- Derecho a la seguridad.
- Derecho a la reparación para conseguir su plena indemnización, reinserción y recuperación.
- Derecho a medidas preventivas especiales. Añadidas a las medidas preventivas y aplicables a todos los niños y las niñas para los casos en que se trate de víctimas particularmente vulnerables a reiterados actos de victimización o ultraje (entre este tipo de medidas especiales cabría incluir las medidas a adoptar en los casos en que son los propios padres o tutores los responsables de la victimización del niño o la niña).

Por último, el Consejo Superior de Política Criminal recomienda prudente revisar la estrategia de establecer plazos o términos preferenciales en los asuntos penales como está propuesto, no por el hecho de que resulten inapropiados en sí mismos, sino porque es preciso considerar un número mayor de variables involucradas en la administración de justicia, como es el caso de la disponibilidad técnica (cámaras de Gesell, por ejemplo), cargas de trabajo de los funcionarios judiciales, complejidades de los casos que llegan a conocimiento –que no siempre será la misma–, elementos que la exposición de motivos desconoce por completo. La razón principal de ello es que la configuración de un fin político-criminal como es mejorar la administración de justicia para la infancia y la adolescencia, a través de una medida como la del establecimiento de plazos preferenciales y especiales, puede generar dos resultados colaterales y contrarios a la finalidad establecida: decisiones apresuradas para lograr cumplir con los términos, en especial en casos

complejos, y riesgos de preclusiones en los casos en que los plazos se venzan³⁶.

3.2. Observaciones a los proyectos que proponen la castración química para algunas conductas punibles relacionadas con la integridad, formación y libertad sexuales de menores de 14 años³⁷

En relación con los dos proyectos que proponen incorporar la castración química, el Consejo Superior de Política Criminal se permite presentar dos observaciones puntuales relacionadas con (1) la cobertura de la criminalización propuesta y (2) con la relación que tiene un tipo de modificación como la propuesta con la parte general del derecho penal colombiano.

3.2.1. Cobertura de la propuesta de la criminalización. Sobre el alcance de las iniciativas para considerar las formas más graves de abuso sexual en contra de infantes y adolescentes

El Proyecto de ley número 197 de 2016 Senado propone adicionar a la pena de prisión la pena de inhibición hormonal del deseo sexual para los delitos de acceso carnal abusivo y para los actos sexuales con menor de catorce años. Del mismo modo, el Proyecto de ley número 200 de 2016 Senado propone la aplicación de un procedimiento médico de castración química en los casos de accesos carnales abusivos con menor de catorce años. En ambos proyectos se plantea argumentos para endurecer los castigos frente a los “violadores y agresores” de niños.

Sin embargo, vista desde el punto de vista del derecho penal, las dos propuestas, que se concentran en dos conductas típicas relacionadas con el abuso sexual, dejan por fuera de su consideración las agresiones más graves que contempla la legislación penal al respecto. Esto trae como consecuencia serias incoherencias de política criminal, como es el caso de la proporcionalidad de las penas, como se tratará de mostrar a continuación.

El Título IV del Libro II del Código Penal, en el que se desarrollan los delitos sexuales, se compone de cuatro capítulos. El primero se denomina “De la Violación”, el segundo “De los actos sexuales abusivos”, el tercero contiene dos disposiciones aplicables a los dos capítulos anteriores relacionados con las circunstancias de agravación punitiva y con la definición de acceso carnal; por último, el capítulo cuarto se denomina “De la explotación sexual”.

Dentro de los delitos de violación existe el de acceso carnal violento (artículo 205) y el acto sexual violento (artículo 206)³⁸. En el caso de los delitos de actos sexuales

³⁶ Ello se desprende de la redacción del artículo 3° de la iniciativa, según el cual en *ningún caso* la investigación previa a la imputación excederá los seis meses: “Artículo 3°. Término preferencial. Sin perjuicio del artículo 2° de la presente ley, para los delitos de homicidio, acceso carnal violento, secuestro, explotación sexual o feminicidio, donde la víctima sea un menor de 14 años o de 18 años con discapacidad, la indagación o investigación que precede a la audiencia de formulación de imputación de cargos, en ningún caso, podrá superar un término máximo de seis meses, contados a partir de la noticia criminal.”

³⁷ **Proyecto de ley número 200 de 2016 Senado**, por medio de la cual se modifica el artículo 208 del Código Penal, Ley 599 de 2000, y se dictan otras disposiciones para la protección de las víctimas de delitos sexuales en Colombia en especial de menores de 14 años. **Proyecto de ley número 197 de 2016 Senado**, por medio de la cual se modifica la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones (castración química para violadores y abusadores de menores)."

³⁸ Acompañan a los mencionados tipos penales, el acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir, artículo 207 del Código Penal.

abusivos, se contemplan los tipos penales de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 208) y actos sexuales con menor de catorce años (artículo 209)³⁹. De acuerdo con ello hay cuatro elementos que el legislador tiene en consideración al momento de configurar los tipos penales de violación (cap. 1) y de actos sexuales abusivos (cap. 2). Se trata de dos acciones y dos modalidades: “acceso” y “acto”, de un lado, y “violento” y “abusivo”, de otro lado.

1. ACCESO	3. VIOLENTO
2. ACTO	4. ABUSIVO

Un acceso violento (1-3) es un acto criminal que involucra la penetración de la víctima de la agresión sexual, situación que está mediada por la violencia, patente en el hecho de que la víctima no consiente desde ningún punto de vista lo que suceda con ella. Es lo que en el uso cotidiano se conoce como violación y desde el punto de vista del derecho penal colombiano es un acceso carnal violento, consagrado como tipo penal en el artículo 205 de la Ley 599 de 2000.

Un acceso abusivo (1-4), por su parte, es un acto criminal que involucra la penetración de la víctima, pero que tal hecho no está mediado por la violencia. Es más, puede que entre los involucrados consentan la relación sexual. Sin embargo, el legislador considera que el sostener relaciones sexuales, aunque sean consentidas, con menores de catorce años es reprochable desde el punto de vista penal porque el desarrollo sexual de estos aún no es suficiente, lo cual trae como consecuencias significativas a su vida en el futuro. El derecho penal colombiano establece esta conducta como delictiva en el tipo penal de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en el artículo 208 de la Ley 599 de 2000.

Un acto violento (2-3) es el desarrollo de una acción diferente a la penetración que tiene contenido sexual y a su vez está mediada por la violencia, como es el caso de los eventos de sometimiento de una persona para tocar sus órganos genitales u otra parte de su cuerpo, sin ningún tipo de consentimiento. El artículo 206 de la Ley 599 de 2000 establece el tipo penal de “acto sexual violento”.

Por último, la combinación 2-4 permite describir los actos en contra de menores de catorce años que no involucran penetración y tampoco involucran violencia, como es el caso de los actos sexuales con menor de catorce años, según el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, que criminaliza los actos sexuales diversos al acceso carnal con estos menores, o en su presencia, o la inducción de estos a prácticas sexuales.

Luego de esta breve descripción es claro que las dos iniciativas solo contemplan unas modalidades de agresión sexual en contra de los menores de catorce años. Al concentrarse solo en los delitos de accesos abusivos y actos sexuales dejan por fuera los delitos relacionados con violaciones, los cuales deben observarse en conjunto con las circunstancias de agravación punitiva, en especial la consagrada en el numeral 4 del artículo 211 de la Ley 599 de 2000.

Suponiendo que cualquiera de las iniciativas se convirtiera en ley de la República, tal como está planteada al mo-

mento de ser analizada por el Consejo Superior de Política Criminal, se puede advertir la siguiente incoherencia:

1. Sin contar con un evento de concurso de conductas punibles, un delito de violación en contra de un menor de catorce años sería, desde el punto de vista jurídico-penal, un acceso carnal violento agravado y tendría una pena de 16 a 30 años de prisión.

2. Sin contar con un evento de concurso de conductas punibles, un delito de acceso carnal abusivo contra un menor de catorce años tendría una pena de prisión de 12 a 20 años y una pena de inhibición hormonal por el doble de tiempo de la pena impuesta.

En tal sentido, el Consejo Superior de Política Criminal solicita que se examine con mayor cuidado esta situación advertida.

3.2.2. Definición de la naturaleza de la pena de castración química o inhibición hormonal

Otro aspecto que el Consejo Superior de Política Criminal se relaciona con la definición de la naturaleza jurídica de las penas propuestas. De acuerdo con la legislación colombiana las penas son principales, sustitutivas o accesorias privativas de otros derechos, tal como se establece en el artículo 34 de la Ley 599 de 2000. También, en relación con las penas principales, el artículo 35 de la mencionada ley establece solamente dos: la prisión y la multa.

Con ello, resulta de vital importancia que los proyectos que introducen nuevas formas de sanción a las infracciones criminales tengan en consideración la sistemática con la que se han diseñado las consecuencias jurídicas de la conducta punible en la Parte General del Código Penal. En el caso particular, no es claro qué clase de pena resultaría ser la propuesta de castración química, lo cual podría entrar en contradicción con la estricta legalidad de las penas que rige en el derecho penal colombiano.

Finalmente, debe señalarse la posibilidad de que este tipo de medidas sean inconstitucionales, al constituirse en castigos corporales y degradantes, prohibidos en el orden constitucional colombiano, a lo que se suma que no existe consenso sobre la efectividad de este tipo de medidas, más si se considera que en algunos de los casos internacionales en que se aplica, se considera un tratamiento médico y no un castigo, y en esa medida se lleva a cabo solo por la voluntad y autorización del condenado. Igualmente, el Consejo Superior de Política Criminal advierte que no hay estudios de impacto en la salud mental y física de las personas sujetas a este tipo de tratamientos, por lo que, el solo riesgo de afectar desmesurada e irrazonablemente los derechos de las personas condenadas es una razón más para definir la inconveniencia de este tipo de medidas.

3.3. Observaciones al Proyecto de Acto Legislativo número 211 de 2016 Cámara, por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua.

3.3.1. La prisión perpetua no solo compromete una reforma al artículo 34 de la Constitución

Antes de entrar en consideraciones de fondo sobre el proyecto de Acto Legislativo, el Consejo Superior de Política Criminal advierte que el texto adolece de una omisión que no puede pasar desapercibida. Frente al propósito perseguido por la iniciativa no es suficiente modificar el artículo 34 de la Constitución, sino que sería imprescindible reformar también el artículo 28 de la misma.

En efecto, el citado artículo 28 consagra la redención de todas las penas y medidas de seguridad, de manera que se opone

³⁹ Del mismo modo que en el caso anterior, acompañan a los mencionados tipos penales el acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir, artículo 210 del Código Penal.

radicalmente, así como lo hace el artículo 34, a la idea de una prisión perpetua que, por sus efectos, sería irredimible.

Luego del análisis del articulado, el Consejo se ocupó de debatir algunos de los puntos centrales de la iniciativa, considerando necesario revisar los siguientes aspectos que se estiman de importancia al momento de pronunciarse sobre el proyecto: (i) “gravedad del delito”; (ii) la revisión de las condenas de prisión perpetua y la tensión subyacente entre las finalidades de resocialización y retribución justa de las sanciones penales en Colombia; (iii) la paradoja del actual límite temporal de las penas y la posibilidad de revisión de condenas de prisión perpetua; (iv) la interpretación del artículo 77 del Estatuto de Roma como argumento de respaldo para la admisión de la prisión perpetua; (v) la formulación de una política criminal coherente: la evidencia empírica y las consecuencias no pensadas en la propuesta de Acto Legislativo.

3.3.2. Sobre la “gravedad del delito”

El proyecto de acto legislativo establece, en el inciso segundo de la propuesta de artículo 34 constitucional, la posibilidad de imponer la pena de prisión perpetua en eventos en los que la gravedad de la infracción lo amerite. En relación con ello, a partir de la discusión en el Consejo Superior de Política Criminal se plantean dos interrogantes: en primer lugar ¿esta autorización que el constituyente derivado propone, será desarrollada posteriormente por el Legislador o, por el contrario, por el juez de conocimiento, quien al momento de la fijación de la pena puede considerar que la infracción que examina puede ser catalogada como “grave”?; de otra parte, desde el punto de vista jurídico, ¿se dispone de criterios para predicar que un delito es grave?

En relación con el primer interrogante, la formulación que propone el Acto Legislativo es lo suficientemente ambigua como para permitir una respuesta en cualquiera de los dos sentidos que se plantea. En este sentido, si correspondiera al legislador el desarrollo legal, tendría que modificar no solo la estructura de la parte general del derecho y del código penal colombiano (los límites de la pena; los fines de las sanciones penales; los criterios para imponer las penas, etc.), sino también, para los delitos que entonces fueran a ser considerados graves, el desarrollo de la parte especial (previando la posibilidad de la pena de prisión perpetua dependiendo, en cada caso, de criterios concretos), en la medida en que tal posibilidad, a pesar de ser excepcional, tendría que fijarse previamente para determinadas hipótesis delictivas⁴⁰, en virtud del principio de legalidad estricta que

⁴⁰ Como, por ejemplo, en el Código Penal Español (disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>), a partir de la aprobación de la Ley Orgánica 1 de 2015, admite la posibilidad de condena permanente revisable en casos de modalidades agravadas de asesinato (artículo 140), la muerte del Rey o de la Reina o a la Princesa de Asturias (artículo 485), la muerte de un Jefe de un Estado extranjero, o persona internacionalmente protegida que se halle en España (artículo 605), genocidio (artículo 607) y delitos de lesa humanidad (artículo 607 bis). También se puede mencionar el ejemplo del Código Penal Alemán (*Strafgesetzbuch*, StGB, disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/>), que establece en la parte general, artículo 38, la posibilidad de prisión perpetua de manera excepcional, en caso de que la ley lo establezca concretamente, lo cual hace para los delitos de preparación de una guerra de agresión (artículo 80), alta traición a la República Federal (artículo 81), casos especialmente serios de traición (artículo 94 [el mismo artículo establece dos hipótesis de qué puede considerarse como “caso especialmente serio”]), casos especialmente serios de involucramiento en relaciones que amenacen la paz (artículo 100), abuso sexual de niños con consecuencia de muerte (artículo 176b), abusos

informa la fijación del delito y de las penas en un Estado democrático.

Si se deja la imposición al juez de la causa, la admisión de esta hipótesis presentaría dificultades a nivel de protección de las garantías penales, en particular del principio de legalidad, dado que no es posible imponer una pena que no haya sido prevista por la ley previamente, en consonancia con lo establecido en el artículo 29 de la Constitución, donde encuentra soporte en el ordenamiento jurídico el principio de *nulla poena sine lege*. Adicionalmente, una previsión de esta manera dejaría al sentenciado expuesto a la arbitrariedad judicial, pues el juez no contaría con hipótesis y criterios definidos para la aplicación de la consecuencia jurídica prevista en el Acto Legislativo.

Lo anterior indica, entonces, que la fijación de la “gravedad” de las infracciones debe establecerse por ley y previamente a la interpretación judicial, como debería quedar claro en la propuesta de reforma a la Constitución. Esta fijación, como decisión político-criminal, debe ser clara, en especial teniendo en cuenta la falta de un criterio jurídico interno que funcione como herramienta hermenéutica para precisar el alcance de la expresión contenida en la propuesta de nuevo artículo 34 de la Constitución.

En efecto, dentro de la política criminal del Estado no hay claridad sobre qué conductas hacen parte de la “criminalidad grave”. Por ejemplo, el ordenamiento jurídico no establece los tipos penales que revisten una mayor gravedad (por lo que frente a esta categoría habitualmente se recurre al monto máximo de la pena establecida por el legislador) ni se fijan criterios para su determinación y, con ello, la gravedad de la conducta es un juicio incierto que puede variar conforme a la discrecionalidad de quien impone la condena, en el marco de su competencia, que bien puede acudir a la naturaleza de la infracción o a la repercusión que la conducta en concreto haya tenido en la audiencia social.

La gravedad de la conducta es uno de los parámetros que debe tener en cuenta el órgano legislativo al momento de establecer la sanción que merece un acto reprochable y, sin embargo, el texto propuesto hace alusión al factor “gravedad” al momento de la imposición de la pena, no al momento de la determinación legislativa de los delitos que merecen ese castigo, olvidando los otros criterios que debe tener en cuenta el operador judicial al imponer la pena.

De otra parte, al revisar las regulaciones internacionales que pueden ser relevantes en la materia, se encuentra una definición de “delito grave” que podría servir para llenar el vacío de interpretación abierto con la posibilidad de la modificación. Se trata del literal b) del artículo 2° de la Convención de Palermo⁴¹, que propone entender como delito grave “la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro

sexuales y accesos carnales violentos con consecuencia de muerte (artículo 178), circunstancias específicas de agravación de homicidio (*Mord*, artículos 211 y 212), secuestro extorsivo con consecuencia de muerte (239a), hurto con consecuencia de muerte (artículo 251), incendio con consecuencia de muerte (artículo 306c), causación de explosión nuclear con consecuencia de muerte (artículo 307-3-1), causación de explosión distinta a la nuclear con consecuencia de muerte (artículo 308), abuso de radicación con consecuencia de muerte (artículo 309-4), piratería terrestre y marina/aérea con causa de muerte (316a-3 y 316c-3, respectivamente).

⁴¹ *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Resolución número 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000. Disponible en: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

años o con una pena más grave”. Esta definición, que parte de una consideración cuantitativa de la pena, sin embargo, no contribuye a la determinación de la gravedad en el caso colombiano, teniendo en cuenta que el número de delitos con penas menores a cuatro años es bastante reducido, lo que obligaría a considerar como “delito grave” alrededor del 95% de las infracciones establecidas en el Código Penal y, además, porque de acuerdo con las reglas que rigen el bloque de constitucionalidad, este criterio sería aplicable en el ámbito de la delincuencia organizada transnacional, que es el tema regulado en dicha Convención.

Todo lo anterior lleva a concluir que la formulación de una reforma constitucional donde el criterio para considerar la prisión perpetua como pena principal es la característica de “crimen grave”, resulta inconveniente desde el punto de vista del diseño y la ejecución de una política criminal coherente y objetiva.

3.3.3. Sobre la revisión de las condenas de prisión perpetua y la tensión subyacente entre las finalidades de resocialización y retribución justa de las sanciones penales en Colombia

El Consejo Superior de Política Criminal no desconoce que, desde lo político, existe un movimiento muy fuerte al endurecimiento de las penas, en particular las relacionadas con algunos delitos que la comunidad, los medios de comunicación o sectores de la sociedad civil consideran especialmente reprochables. Este movimiento está, además, comprometido implícitamente con una visión que parte de la dicotomía entre crímenes imperdonables y delitos que pueden ser objeto de medidas menos radicales, tal como se demuestra con el hecho de que para los primeros no solamente se aumentan las penas (incluso más allá de los límites legales), sino que también se eliminan los beneficios judiciales que existen para otro tipo de infracciones.

Esta situación pone de presente que existe una divergencia entre el contenido de las reglas constitucionales y las normas internacionales sobre derechos humanos, que legitiman la pena en tanto conduzcan a la resocialización del delincuente, y el contenido de la política nacional que impulsa sanciones muy graves (en algunos casos, incluso, se demanda la pena de muerte), la eliminación de beneficios y la reivindicación de la sola retribución para algunos comportamientos delictivos.

La retribución, por otra parte, se consagra legalmente como uno de los fines de las penas, pero aun en este caso tiene un importante límite, en razón de que se permite siempre y cuando dicha retribución sea “justa”, es decir, acorde con los criterios constitucionales de justicia que, para el caso particular, se integran con un conjunto de normas constitucionales como las referidas al derecho penal de acto, la imposibilidad de imponer penas irredimibles, el respeto a la dignidad humana, la proporcionalidad entre el daño ocasionado con el delito y la pena que corresponde a la infracción de la ley penal, la correspondencia entre la pena y la culpabilidad del autor, etc.

Bajo esta perspectiva, el Consejo Superior de Política Criminal estima que no es conveniente adoptar este enfoque punitivista, no solamente porque resulta incompatible con el contenido general del ordenamiento jurídico superior, sino también porque en la escalada punitiva se van perdiendo garantías para los ciudadanos y menoscabando los principios democráticos que deben legitimar y sostener un régimen de Estado constitucional y democrático de derecho.

El Proyecto de Acto Legislativo plantea la revisión de las condenas en “los términos y condiciones que establezca la ley”. De acuerdo con ello, se establecería desde la Constitución la posibilidad, de acuerdo con una ley que desarrolle posteriormente el contenido del mandato constitucional,

de condenas que pueden ser revisadas, y otras que no lo pueden ser. Esto de entrada plantea una fuerte tensión entre la resocialización y la retribución de las sanciones penales, porque significa que en algunos casos el legislador va a considerar que algunos sentenciados a prisión perpetua son incorregibles, y otros pueden regresar a la sociedad luego de la ejecución de su sentencia.

En principio, es importante destacar que las normas vigentes en Colombia privilegian la resocialización como fin principal de la pena privativa de la libertad, lo cual es compatible con las consignas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴² y de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴³, instrumentos ratificados por Colombia. Así mismo, en los términos de la Ley 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario, la pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización, y el tratamiento penitenciario es el conducto por el cual se alcanza tal objetivo.

La posibilidad de una pena de prisión perpetua como la propuesta conduce necesariamente a examinar la capacidad resocializadora del sistema penitenciario en Colombia y las circunstancias actuales de los establecimientos de reclusión del país, ya que los condenados no pueden asumir las falencias del Estado. El sistema carece de recursos técnicos y humanos suficientes para que se prodigue un verdadero tratamiento penitenciario; la reinante sobreocupación, la falta de medidas de acompañamiento después de cumplida la pena, y las condiciones mismas en las que se puede acceder a las oportunidades y a los mercados de trabajo en la vida libre, entre otros factores, impiden que se provea a las personas privadas de la libertad de las herramientas adecuadas para su reinserción social.

Las dificultades resocializadoras del Estado colombiano adquieren una mayor dimensión al observar el párrafo del artículo 144 del Código Penitenciario y Carcelario, el cual supedita el fin principal de la pena privativa de la libertad a las disponibilidades del personal y de la infraestructura de los centros de reclusión⁴⁴. De esta forma se condiciona el cumplimiento de la finalidad y objetivo del tratamiento penitenciario al talento humano existente y a las condiciones particulares del establecimiento, lo cual carece de fundamento razonable pues, como quedó dicho, la resocialización es, entre los fines que la ley le atribuye a la pena, el primordial, cuya gestión recae de manera exclusiva en el Inpec, entidad estatal que para lograr tal finalidad tiene la obligación de proporcionar los medios indispensables a la persona que ha sido condenada a pena de prisión.

Teniendo esto en consideración, legítimamente se puede preguntar cuál puede ser el criterio para la revisión de las condenas a prisión perpetua, porque si se responde que este está cifrado en un eventual proceso de resocialización de

⁴² Ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, en su artículo 10 numeral 3, contempla la readaptación social como la finalidad principal de la pena. “Artículo 10. 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados...”

⁴³ Ratificada por Colombia el 21 de junio de 1985, como parte del derecho a la integridad personal, se establece que la resocialización es el fin principal de la pena. “Artículo 5°. Derecho a la Integridad Personal, ...6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados...”

⁴⁴ “Párrafo. La ejecución del sistema progresivo se hará gradualmente, según las disponibilidades del personal y de la infraestructura de los centros de reclusión”.

los ciudadanos condenados⁴⁵, es fácil advertir que se tienen grandes dificultades para evidenciar tales progresos, lo que convertiría, de facto, cualquier revisión de las condenas de este tipo en un fracaso del sistema penitenciario. En otros términos, las posibilidades de que la revisión de una condena de prisión perpetua resulte en la libertad del peticionario se reducen ampliamente.

Lo anterior conduce a considerar la otra opción, la de las condenas no revisables. Además de que no existe claridad respecto de cuál o cuáles serían los beneficios para la sociedad que traería la prisión perpetua en relación con la prevención de delitos que revisten mayor gravedad, surgen dudas respecto de su correspondencia con los principios de dignidad humana, de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la pena.

La pena en un Estado social tiene finalidades que sirven para justificarla y que van más allá de la justa retribución por el daño infligido. Así por ejemplo el artículo 3° de la Ley 599 de 2000 consagra que la imposición de la pena debe responder a los principios de “necesidad, proporcionalidad y razonabilidad”. A renglón seguido, el artículo 4° de la citada ley establece como funciones de la pena las de “prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado”.

Así las cosas, dos de las funciones señaladas de la pena son la “reinserción social” y la “protección al condenado”, a ninguna de las cuales respondería la prisión perpetua. En estas circunstancias, se crea una tensión insuperable al interior del sistema jurídico. En efecto, en un Estado social de derecho como el colombiano, las obligaciones no se limitan a la protección de los bienes, derechos y libertades de la sociedad, sino también abarca el conjunto de obligaciones derivado de los principios y funciones de la pena en orden a posibilitar la reinserción social del condenado.

Frente a este aserto, la prisión perpetua se avizora como una medida extrema que carecerá de la idoneidad y capacidad necesarias para frenar las expresiones más graves de la delincuencia en Colombia, como ha sucedido en otras ocasiones. En cambio, implicará una limitación en el desarrollo de medidas que tiendan a desarrollar los deberes del Estado en orden a la reforma y reinserción social de los ciudadanos condenados.

Así mismo, el hecho de que la pena cumpla una función social y que sea limitada en el tiempo y en el espacio se constituyen en desarrollos del principio de proporcionalidad, bajo el cual se imponen límites a la aplicación de la facultad coercitiva del Estado con el fin de que la misma sea considerada legítima y no simplemente como un acto de venganza. Así las cosas, por más grave que sea un delito, el Estado no puede imponer sanciones que desconozcan los postulados superiores de la dignidad humana.

Por último, podría decirse que la medida cuestionada afecta considerablemente la dignidad humana al autorizar al Estado a usar a los perpetradores de las formas delictivas más graves como instrumentos ejemplarizantes de la sociedad y de esta forma convencer a otros miembros de la misma para que se abstengan de cometer este tipo de delitos, hecho que desconoce la función social de la pena.

⁴⁵ Como en efecto se hace en la exposición de motivos: “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, anteriormente enunciado”.

Al contrario de lo que se plantea en la exposición de motivos, con lo mencionado en este apartado es posible sostener que la propuesta de reforma a la Constitución viola compromisos internacionales contenidos en el Pacto de San José, en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴⁶.

En el caso de la Convención Americana, las normas sobre derechos humanos deben ser interpretadas, entre otros, teniendo en cuenta el principio persona y el principio de interpretación del efecto útil. En cuanto al primero, la interpretación de la Convención debe configurarse de tal manera que muestre el compromiso de los Estados Partes con el respeto de los derechos y libertades de todas las personas sujetas a su jurisdicción (artículo 1°), así como la adecuación de las reglas del derecho interno con la Convención (artículo 2°). En cuanto al principio de interpretación del efecto útil⁴⁷, este exige la efectividad de los contenidos de los derechos y libertades de las personas al momento de la interpretación de la Convención.

Adicionalmente a ello, la cláusula hermenéutica establecida en el artículo 29 de la Convención sugiere, en su conjunto, una interpretación progresiva y evolutiva de los derechos y libertades contenidos en la misma, lo que quiere decir que no se permite una interpretación que autorice a los Estados Partes a “suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella” (artículo 29-a), a limitarlos a partir de leyes internas (artículo 29-b), o a excluir o limitar garantías y derechos que son inherentes al ser humano o que se derivan de las formas democráticas y representativas de gobierno (artículo 29-c).

La Convención no prohíbe expresamente la prisión perpetua, como sí lo hace con la pena de muerte⁴⁸ y la prisión perpetua impuesta a personas menores de dieciocho años⁴⁹.

⁴⁶ En la exposición de motivos se argumenta, sin profundizar, que “la pena de prisión perpetua es respetuosa de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y se encuentra prevista como sanción por parte de la Corte Penal Internacional. 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”.

⁴⁷ La Corte Constitucional lo ha entendido de la siguiente manera: “entre dos posibles sentidos de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro a nada conduce, debe preferirse el primero”. Sentencia T-001 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-001-92.htm>

⁴⁸ El artículo 4° de la Convención proscribía la pena de muerte, impide que se restablezca en los Estados Partes donde se ha abolido, y en los que aún existe circunscribe su aplicación a reglas concretas y restrictivas: solo se puede aplicar a los delitos más graves de acuerdo con una ley preexistente; no es posible extenderla a nuevos delitos a la cual no estaba contemplada; no se puede aplicar a delitos políticos o conexos; no se puede aplicar a menores de dieciocho años, mayores de setenta o a mujeres en estado de embarazo; toda persona condenada a pena de muerte tiene derecho a amnistía, indulto o conmutación de la sentencia y, finalmente, la sanción no puede ser ejecutada si hay una solicitud pendiente por resolver ante la autoridad competente.

⁴⁹ De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, la prisión perpetua impuesta a menores de dieciocho años, viola el artículo 1 (obligación de respetar los derechos), artículo 19 (Derecho de niño), artículo 2° (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), artículo 25 (Protección Judicial), artículo 5 (derecho a la Integridad Personal), artículo 7° (derecho a la libertad personal), artículo 8° (Garantías Judiciales), así como

Sin embargo, una interpretación que siga los parámetros mencionados en los dos párrafos anteriores, muestra que la Convención aboga por que los Estados Partes establezcan sanciones penales respetuosas de la dignidad humana, la integridad física, síquica y moral de las personas, y, en el caso de las penas privativas de la libertad, que se orienten a la reforma y a la readaptación social de los condenados, como “finalidad esencial”. Sobre la relación entre integridad personal y sanciones penales, el artículo 5° de la Convención dispone:

Artículo 5°. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

En el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se puede plantear un ejercicio similar al que se ha hecho con la Convención. En primera instancia, el artículo 5° del Pacto establece una pauta de interpretación por medio de la cual ninguna disposición contenida en el mismo autoriza a ningún Estado, grupo o individuo, a desarrollar acciones para desconocer o limitar el alcance de los derechos contenidos en este instrumento, ni siquiera en el caso de que se argumente que “el Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”. Con ello, y en el mismo sentido de la Convención, la comunidad internacional aboga por una concepción de la privación de la libertad como sanción penal circunscrita a una finalidad esencialmente preventiva y respetuosa de la dignidad humana. En esto, el artículo 10 del Pacto es claro cuando dispone:

Artículo 10

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

(...)

3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

una variedad de instrumentos interamericanos e internacionales, como es el caso del Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Convención sobre los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, específicamente su artículo 37. Al respecto, ver la sentencia de la CIDH en el caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, del 14 de mayo de 2013, párrs. 174-183, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf

3.3.4. La paradoja del actual límite temporal de las penas y la posibilidad de revisión de condenas de prisión perpetua

De acuerdo con el código penal, la duración máxima de la pena de prisión es de cincuenta años (artículo 37 CP) y en casos de concurso de delitos puede llegar a los sesenta años (artículo 31 C. P.). Además de ello, hay situaciones en que su cumplimiento es estricto o total, ya que el legislador ha excluido la aplicación de beneficios o subrogados judiciales o administrativos frente a ciertas conductas punibles (art. 68 A). Así, resulta paradójico que a pesar de que hoy el artículo 34 de la Constitución prohíbe las penas a perpetuidad, en nuestro país se han impuesto condenas aún más altas que en aquellos países en donde existe la condena permanente —una pena de 50 o 60 años—. Atendiendo a la expectativa de vida de los colombianos, que según indica el DANE es de 70.95 años para hombres y de 77.10 años para mujeres⁵⁰, y el hecho de que las sanciones penales no se pueden imponer sino a mayores de dieciocho años, la aplicación de la pena máxima en Colombia es una pena perpetua de facto.

Partiendo del análisis de las normas actuales, la medida de prisión perpetua revisable tras un cierto término podría incluso considerarse más razonable que la pena máxima prevista en el artículo 37 del Código Penal actual⁵¹. Al respecto, no sobra recordar las infracciones penales que contemplan la posibilidad de imponer la pena máxima de cincuenta años, así como los tipos penales que desbordan tal límite⁵²:

Tráfico de niñas, niños y adolescentes. Artículo 188C.	30 a 60 años. En caso de agravación, la pena será de 40 a 90 años.
Homicidio en persona protegida. Artículo 135.	El segundo inciso establece una pena de 53,3 a 75 años.
Circunstancias de agravación para homicidio. Artículo 104.	33,3 a 50 años.
Circunstancias de agravación punitiva de Secuestro extorsivo. Artículo 170.	37,3 a 50 años.
Genocidio. Artículo 101.	40 a 50 años.
Homicidio en persona protegida. Artículo 137.	40 a 50 años.
Circunstancias de agravación punitiva de Desaparición forzada. Artículo 166.	40 a 50 años.

3.3.5. Sobre la interpretación del artículo 77 del Estatuto de Roma como argumento de respaldo para la admisión de la prisión perpetua

En la exposición de motivos se menciona en dos lugares el Estatuto de Roma como respaldo a la prisión perpetua: en un primer momento, para señalar que la figura no riñe con la dignidad humana, en tanto que “es un tipo de medida coercitiva (...) aceptada a nivel internacional”; en un segundo momento para señalar que la posibilidad de revisión de condenas permanentes garantiza la función resocializadora de la pena, replicando de este modo lo dispuesto en el Estatuto de Roma.

En relación con ello, para el Consejo Superior de Política Criminal es claro que existen profundas diferencias entre las penas en un escenario internacional y uno de tipo

⁵⁰ Disponible en caché: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZD8TOYeiC68J:https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/series_proyecciones/provecc3.xls+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co

⁵¹ Sin embargo, la propuesta no solo somete la pena a un plazo, sino también a una condición que no se prevé dentro del texto, y que por tanto es discrecional. Se menciona la revisión de la pena, pero no se indican las razones por las cuáles una persona debe continuar en prisión o puede recobrar su libertad.

⁵² Generando, de paso, una profunda contradicción entre la parte general y la parte especial del Código Penal.

doméstico, que hacen que las situaciones no sean equiparables. Para especificar esto se examinan tres puntos: el carácter de la pena, los criterios de fijación de la pena y los criterios de revisión de la condena en el ámbito internacional.

En relación con el carácter de la pena en el derecho penal internacional, a diferencia de la reacción punitiva en el ámbito doméstico, esta tiene un acento preferentemente retributivo, más que resocializador, aunque no se niegan las posibilidades de generar escenarios en el que la pena tiene una función preventiva. Kai Ambos, por ejemplo, ensaya una conexión entre los dos ámbitos, reconociendo, sin embargo, sus especificidades.

Las funciones y fines del Derecho penal nacional no son susceptibles de ser fácilmente transferidas al Derecho penal internacional. Sin perjuicio de lo anterior, las similitudes entre ambos planos son inequívocas. Mientras el Derecho penal nacional sirve a la pacífica convivencia de las personas dentro de un Estado, el Derecho penal internacional persigue esta finalidad cruzando las fronteras, y solo en el evento de graves violaciones a los derechos humanos o grandes amenazas a la paz y seguridad de la humanidad. Por otra parte, mientras el Derecho penal nacional pretende generar el mismo efecto, tanto para el individuo como para la sociedad en su conjunto, el Derecho penal internacional sirve más bien, atendidas las especiales características de sus delitos y de quienes los ejecutan, al propósito de crear una conciencia jurídica universal; esto en el sentido de una prevención general positiva e integradora que llama a la reconciliación, con el reconocimiento de que no se renunciará a la esperanza de alcanzar un efecto de prevención general negativo, esto es, a la consecución de una disuasión general íntegra.⁵³

Teniendo en consideración lo anterior, se puede indicar que la prisión perpetua encuentra su justificación en el escenario internacional porque se plantea, no en términos de mecanismo amplio para la convivencia, sino como mecanismo de persecución y sanción de crímenes que la comunidad internacional considera especialmente graves. Tanto así que circunscribe ese criterio a cuatro crímenes, de acuerdo con el artículo 5° del Estatuto; el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.

Ahora bien, de acuerdo con la fijación de la pena en el ámbito internacional, es fácil advertir que la prisión perpetua no se aplica en todos los casos de delitos de mayor trascendencia para la comunidad internacional⁵⁴, sino cuando se considera que ejecución de los crímenes reportan una extrema gravedad.

Por último, es importante señalar que el examen de reducción de la condena que establece el Estatuto nada tiene que ver con la resocialización, como se intenta proponer en la exposición de motivos. A diferencia de ello, los factores establecidos muestran que la revisión de la condena está relacionada con criterios de colaboración que permitan la persecución y juicio de crímenes internacionales, así como el cumplimiento de las decisiones de la Corte Penal Internacional. Los siguientes factores tienen poco que ver con un proceso de resocialización verificable que permita predicar el logro de “la resocialización del individuo de manera cabal, [para que] pueda ingresar nuevamente a la sociedad rehabilitado plenamente”, como se anota en el Proyecto de Acto Legislativo:

Artículo 110. Examen de una reducción de la pena:

1. El Estado de ejecución no pondrá en libertad al recluso antes de que haya cumplido la pena impuesta por la Corte.

2. Solo la Corte podrá decidir la reducción de la pena y se pronunciará al respecto después de escuchar al recluso.

3. Cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la Corte examinará la pena para determinar si esta puede reducirse. El examen no se llevará a cabo antes de cumplidos esos plazos.

4. Al proceder al examen con arreglo al párrafo 3, la Corte podrá reducir la pena si considera que concurren uno o más de los siguientes factores:

a) Si el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua, su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos;

b) Si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a esta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas; o

c) Otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio en las circunstancias suficientemente claro e importante como para justificar la reducción de la pena.

5. La Corte, si en su examen inicial con arreglo al párrafo 3, determina que no procede reducir la pena, volverá a examinar la cuestión con la periodicidad y con arreglo a los criterios indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba.

3.3.6. Sobre la formulación de una política criminal coherente: la evidencia empírica y las consecuencias no pensadas en la propuesta de Acto Legislativo

En relación con la formulación de una política criminal coherente, la exposición de motivos resalta que la presente propuesta se inscribe en esa línea. Sin embargo, en el Proyecto de Acto Legislativo no hay ningún tipo de evaluación del impacto de la decisión, ni desde el punto de vista social, ni tampoco desde la perspectiva de los costos económicos y las consecuencias para los sistemas judicial y penitenciario. En tal sentido, se reitera que, como política pública, “la política criminal debe estar basada en criterios de derechos humanos, presentar objetivos y metas razonables, contar con presupuesto suficiente y contar con un cronograma de implementación y seguimiento verificable”⁵⁵. De esta manera, un proyecto de esta envergadura debe tener como prioridad conocer e identificar los impactos en el fenómeno de criminalidad que quiere enfrentar, así como en los efectos negativos que puede ocasionar.

En consecuencia, una revisión panorámica de las investigaciones empíricas relacionadas con penas severas que buscan un efecto disuasorio, como es el caso de la prisión perpetua y la pena capital, arroja dudas sobre su efectividad para reducir las comisiones delictivas, es decir para lograr cometidos que una política criminal ha de plantearse⁵⁶. A continuación se presenta un cuadro que recoge algunos estudios recientes a través de los cuales se evidencian dudas teóricas y metodológicas sobre la efectividad de penas severas, como es el caso de la prisión perpetua y la pena de muerte:

⁵⁵ Comisión Asesora de Política Criminal. *Informe final, diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Ministerio de Justicia y del Derecho, 2012, p. 23. Disponible en: <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL/FINAL23NOV.pdf>

⁵⁶ En el mismo sentido, ver Comisión Asesora. *Op. cit.*, pp. 33 y 34.

⁵³ Ambos, Kai. *Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional*, 2003. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_14.pdf

⁵⁴ Al respecto, es indicativo mencionar que a la fecha la Corte Penal Internacional no ha sentenciado a ninguna persona a prisión perpetua.

ESTUDIO	OBJETIVO	RESULTADO
Laughram, Paternóster y Thomas (2014) ⁵⁷	Analizar la precisión del método BTS (Bayesian Truth serum) ⁵⁸ para medir el efecto disuasorio de las penas.	Hay una amplia diferencia en las respuestas a los cuestionarios por parte de las personas, al momento de reportar las infracciones propias. Además, la correlación negativa (de desincentivo) entre la percepción del riesgo y la voluntad de ofender, supuesta en las teorías de la disuasión, no es evidente al momento del reporte personal.
Schulz (2013) ⁵⁹	Analizar si hay variaciones individuales en la influencia de la disuasión (deterability), estudiando el efecto de las experiencias criminales en la percepción de riesgo de condena y su relación con la propensión criminal.	Los análisis demuestran que los modelos de aprendizaje contribuyen a la percepción de riesgo, así como también influyen en la variación de la misma. Sin embargo, la propensión criminal también afecta la formación de un proceso disuasorio, al punto que personas que han ganado experiencia delictiva, así como las personas con fuerte resistencia a dejarse influenciar por la disuasión, tienen mayores posibilidades de reducir la percepción de captura o detección.
Durlauf, Fu y Navarro (2013) ⁶⁰	Investigar cómo diferentes modelos han conducido a resultados contrapuestos en la literatura relacionada con el efecto disuasorio de la pena capital.	En primer lugar, los efectos disuasorios exhiben gran dispersión a lo largo de múltiples modelos de análisis. En segundo lugar, el subconjunto de modelos de análisis lineales predice efectos positivos, mientras que los otros modelos arrojan resultados negativos.
Chalfin, Haviland y Steven (2013) ⁶¹	Revisar la literatura sobre investigación empírica relacionada con el efecto disuasorio de la pena capital en los Estados Unidos.	Los resultados de la revisión de las investigaciones empíricas no permiten llegar a evaluaciones concluyentes. Hay problemas metodológicos que se manifiestan en instrumentos de recolección de información débiles, fallas en el control de factores obvios y cálculos incorrectos de errores estándar que generan inferencias estadísticas erradas.
Charles y Durlauf (2013) ⁶²	Evaluar el uso de varios métodos de series temporales para medir el efecto disuasorio de la pena capital.	Los métodos de series temporales para estudiar el efecto disuasorio de la pena capital tienen grandes limitaciones, relacionadas con la falta de identificación de problemas, que afecta la credibilidad de sus resultados.
Apel (2012) ⁶³	Analizar cuán preciso es el conocimiento de las personas en relación con las sanciones penales, cómo adquieren y modifican sus probabilidades subjetivas en relación con el riesgo de castigo.	La investigación sobre la precisión de la percepción del riesgo sugiere que las personas hacen un trabajo razonable para conocer las penas existentes, pero no hacen lo mismo al estimar la probabilidad y magnitud del castigo. En relación con la modificación de las percepciones, las experiencias personales directas, aunque también las indirectas en menor proporción, son fundamentales en la variación de la percepción del riesgo de castigo. Así, personas que cometen crímenes y eluden exitosamente la captura, tienden a reducir su percepción subjetiva de posibilidad de castigo.

⁵⁷ Loughran, Thomas, Paternóster, Ray y Thoman, Kyle. Incentivizing Responses to Self-report Questions in Perceptual Deterrence Studies: an investigation of the validity of deterrence theory using bayesian truth serum. *Journal of Quantitative Criminology*, n. 30, pp. 677-707, 2014.

⁵⁸ De acuerdo con la descripción de la patente, es un método de recopilación de información de personas encuestadas que incluye la presentación de una pregunta principal a la cual se da respuesta, generando a partir de ella preguntas secundarias, que se analizan en función de i) la respuesta pregunta primaria recibida del encuestado seleccionado y ii) las respuestas a las preguntas primaria y secundarias recibidas por parte de los encuestados. Número de publicación US8588676 B1. Disponible en:

<http://www.google.com/patents/US8588676>

⁵⁹ Schulz, Sonja. Individual differences in the deterrence process: which individuals learn (most) from their offending experiences? *Journal of Quantitative Criminology*, n. 30, pp. 215-236, 2013.

⁶⁰ Durlauf, Steven, Fu, Chao y Navarro, Salvador. Capital Punishment and deterrence: understanding disparate results. *Journal of Quantitative Criminology*, n. 29, pp. 103-121, 2013.

⁶¹ Chalfin, Aaron, Haviland, Amelia y Raphael, Steven. "What do panel studies tell us about a deterrent effect of capital punishment? A critique of the literature". *Journal of Quantitative Criminology*, n. 29, pp. 5-43, 2013.

⁶² Charles, Kwerwin y Durlauf. "Pitfalls in the use of time series methods to study deterrence and capital punishment". *Journal of Quantitative Criminology*, n. 29, pp. 45-66, 2013.

⁶³ Apel, Robert. Sanctions, perceptions, and crime: implications for criminal deterrence. *Journal of Quantitative Criminology*, n. 29, pp. 67-101, 2013.

ESTUDIO	OBJETIVO	RESULTADO
Radelet y Lacoock (2009) ⁶⁴	Analizar si la investigación empírica respalda la tesis de que las penas severas, como la prisión perpetua y la pena de muerte, tienen un efecto disuasorio, en especial si la pena capital tiene un factor de disuasión superior.	La revisión muestra que la pena capital no tiene un efecto de disuasión adicional respecto a penas como la prisión perpetua. Además de ello, el efecto de disuasión de la pena de muerte, en contra de las tesis afirmativas de las <i>deterrence theories</i> , puede llegar a considerarse un mito.
Dölling, Entorf, Hermann y Rupp (2009) ⁶⁵	Desarrollar un meta-análisis de diversas investigaciones en las que se cuestiona, desde un punto de vista empírico, los postulados de las propuestas de prisión perpetua y pena de muerte.	Los efectos disuasorios que pueden lograrse se pueden presentar en crímenes menores y no en las infracciones graves. Concuerdan, así mismo, en que la pena de muerte no tiene mayor efecto disuasorio en los casos del homicidio.

Estos estudios sugieren que no hay una confianza absoluta en los efectos disuasorios que pueden tener las penas graves en los ciudadanos, debido a que las razones subjetivas al momento de la decisión en el plano práctico no dependen exclusivamente del dato que provee la amenaza estatal. Ellos demuestran que existen más factores motivacionales como la sensación de inseguridad, la experiencia previa en la comisión de un delito, la propensión a resolver situaciones con índices de reflexión bajos, la percepción del funcionamiento del sistema judicial, etc. Además de ello, la discusión teórica y metodológica muestra dificultades para la evaluación y el seguimiento de la efectividad de las medidas.

Aunque a partir de esta muestra de estudios no se predica el fracaso radical de tales medidas, en gracia de la deliberación pública que caracteriza la discusión en el Estado constitucional, sí es importante tener en consideración las dudas y vacíos que arrojan los estudios académicos en la materia, más porque se trata de derechos fundamentales en juego. Al respecto, vale la pena traer a colación la observación de Hans-Jörg Albrecht, uno de los directores del Instituto Max Planck de derecho penal internacional y extranjero, sobre los hallazgos académicos de la relación entre ciudadanía y castigos penales:

La investigación reciente en los países occidentales ha demostrado que las actitudes punitivas están estrechamente vinculadas a los sentimientos de inseguridad. La sensación de inseguridad está más estrechamente relacionada con la desconfianza.

Cuanto mayor es la desconfianza hacia el Estado y las instituciones del Estado, más se ve el público afectado por la inseguridad. Esta ruta –cambios rápidos, desconfianza, inseguridad y demanda de castigos severos– se puede explicar. Sin embargo, provoca la pregunta de qué alternativas existen para responder a la inseguridad y desconfianza que sin duda no se puede evitar totalmente en periodos de transiciones económicas. La investigación internacional comparada muestra que la desconfianza está fuertemente correlacionada con la inseguridad social y la incertidumbre de cara al futuro. Cuantas más personas se sientan seguras y menos se sientan inseguras de su destino, más confiarán en las instituciones del Estado y menos van a reclamar un castigo severo. Casi más importante es, sin embargo, el hecho de que la preocupa-

ción conlleve a que en tales condiciones los políticos no acudirán a un castigo severo.⁶⁶

Lo anterior permite plantear la última observación sobre el presente Proyecto de Acto Legislativo. Si bien el Consejo Superior de Política Criminal no desconoce la preocupación ciudadana ante algunos hechos criminales particularmente violentos, propuestas como la prisión perpetua tiene consecuencias que en este caso no se evidencia que hayan sido consideradas. Puntualmente, el problema de lo que se ha denominado “efecto de brutalización”⁶⁷, con el que se entiende el efecto contrario al esperado: en lugar de reducir la comisión delictiva, sanciones especialmente graves, como es el caso de la pena de prisión perpetua o la pena de muerte, pueden contribuir a su aumento, dado que la relación entre la infracción y la sanción es de suma cero, lo que provoca en ocasiones que personas puestas en circunstancias en la que se perciben altas posibilidades de fracaso, opten por hacer lo que sea necesario para revertir esa relación estadística, lo que en otras palabras significa que la amenaza de castigo severo puede no desincentivar, sino por el contrario, ser una razón para la comisión delictiva.

4. Conclusión

1. En relación con el fenómeno de agresiones sexuales en contra de los niños, las niñas y los adolescentes resulta imperativo, antes de tomar decisiones de reformas a la legislación penal, obtener un diagnóstico más completo para ajustar las estrategias de prevención, de tal modo que pueda mejorarse su articulación con las estrategias de investigación, persecución y represión penal. Esto, especialmente porque la complejidad del fenómeno requiere intervenciones en todas las instancias de la política criminal, con el fin de garantizar la efectividad y protección de los derechos e intereses de la infancia y la adolescencia.

2. Una política criminal preventiva no implica el abandono del uso de la represión penal, pero sí exige que las acciones estatales se encuentren debidamente articuladas de tal modo que los esfuerzos para enfrentar el fenómeno se traduzcan en resultados efectivos que sean verificables en la reducción de la frecuencia de este tipo de abusos, así como en la judicialización de los que suceden en la realidad.

3. La protección reforzada de la infancia y la adolescencia no necesariamente implica la reducción de las garantías fundamentales que hacen parte de las reglas de

⁶⁴ Radelet, Michael y Lacoock, Traci. “Do executions lower homicide rates?: the view of leadings criminologists”. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern University, v. 99, n. 2, pp. 489-508, 2009.

⁶⁵ Dölling, Dieter, Entorf, Horst, Hermann, Dietyer Rupp, Thomas. “Is deterrence effective? Results of a Meta-analysis of punishment”. *European Journal on Criminal Policy and Research*, v. 15, i. 1-2, pp. 201-224, 2009.

⁶⁶ Albrecht, Hans-Jörg. *Pena de muerte, efecto disuasorio y formulación de política*. Disponible en: http://www.academicsforabolition.net/repositorio/ficheros/423_234.pdf

⁶⁷ En relación con ello, ver Cochran J, Chamblin M, Seth M. Deterrence or brutalization? An impact assessment of Oklahoma’s return to capital punishment. *Criminology*, n. 32, pp. 107-134, 1994.

procesamiento y sanción penal de este tipo de conductas, que hacen parte de la tradición jurídica en la que se configuran las instituciones del derecho penal en Colombia. Por ello, resulta imperativo diseñar y ejecutar una política criminal integral, que para este caso implica una articulación robusta entre los mecanismos de prevención (evitación que el suceso ocurra) y de represión (pronta y adecuada respuesta a los casos que ocurren) de los fenómenos criminales. La concentración en solo uno de los elementos de la estrategia (represión penal) no asegura el éxito completo de los fines propuestos, como es el caso de la protección de los derechos e intereses de la infancia y la adolescencia.

4. En casos como los examinados, como lo es la prisión perpetua y la pena de inhibición hormonal o castración química, resulta importante que, en el marco del respeto a la configuración democrática de las leyes penales, la deliberación cuente con argumentos respaldados por evidencia empírica acerca de la eficacia de las medidas. Esto, principalmente, por los elementos de garantías y derechos involucrados, así como por las expectativas de mejora de la administración de justicia que subyacen a este tipo de medidas.

5. En relación con el Proyecto de ley número 199 de 2016, Senado, resulta adecuado revisar la iniciativa con el fin de construir una integral que involucre una serie de medidas tendientes a atacar todos los obstáculos señalados y otros que se presenten en la administración de justicia contra los niños, niñas y adolescentes.

6. En relación con los Proyectos de ley número 200 de 2016 y 197 de 2016, ambos de Senado, resulta importante analizar las incoherencias que el Consejo ha detectado en las modificaciones a los tipos penales, así como los fundamentos empíricos que los sustentan, tal como fueron desarrollados en la sección correspondiente.

7. En relación con el Proyecto de Acto Legislativo número de 211 de 2016 Cámara, que propone la introducción de la prisión perpetua revisable como pena en el derecho colombiano, el Consejo considera:

7.1. La propuesta compromete principios generales del derecho penal, como el principio de proporcionalidad de las sanciones, razonabilidad e igualdad;

7.2. La propuesta no cuenta con un fundamento empírico suficiente para respaldar una propuesta con dicho alcance;

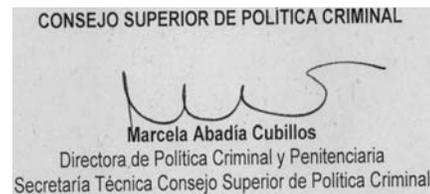
7.3. No es claro cómo el legislador posteriormente puede establecer una catalogación de delitos graves que admitan la prisión perpetua;

7.4. Contrario a lo señalado en la exposición de motivos, la prisión perpetua sí desconoce el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana de Derechos Humanos;

7.5. La fijación y revisión de la prisión perpetua en el ámbito del derecho penal internacional tienen configuraciones específicas que impiden equipararlas en el ámbito doméstico;

7.6. El proyecto no estudia el impacto social que puede tener esta medida, ni las consecuencias que esta decisión de política criminal puede tener en el ámbito de la política penitenciaria.

8. Finalmente, en el marco de las funciones de este órgano colegiado definidas en el Decreto 2055 de 2014, específicamente el numeral 7, del artículo 3°, el Consejo Superior de Política Criminal exhorta al Observatorio de Política Criminal y a su Comité Técnico a través de los delegados de cada una de las instituciones que lo conforman, para que diseñen una propuesta normativa que responda a las exigencias ciudadanas relacionadas con los diferentes hechos de violencia contra los niños, niñas y adolescentes. Tal propuesta ha de atender al estándar mínimo de constitucionalidad, a una selección de los medios de intervención –no necesariamente penales– vinculados con la definición del problema de política criminal y con su superación, y en general, que esté acorde con los lineamientos político-criminales impartidos, esto es, una propuesta con alto enfoque preventivo dirigida a la anticipación de los hechos y a la victimización, a la promoción y garantía de los derechos de los menores de edad, al tiempo que debe ser razonable, proporcional, coherente, con enfoque restaurativo y resocializador, y fundamentada en amplios estudios interdisciplinarios.



CONTENIDO

Gaceta número 158 - Miércoles, 22 de marzo de 2017
 SENADO DE LA REPÚBLICA
 CONCEPTOS JURÍDICOS Págs.

Concepto jurídico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al informe de ponencia para segundo debate al proyecto de ley número 5 de 2016 Senado, por medio de la cual se reglamenta la Seguridad Social para los conductores del servicio público de transporte terrestre automotor en vehículos taxi, transporte terrestre automotor de carga y transporte terrestre automotor mixto.....	1
Concepto jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho a los Proyectos de ley número 197 de 2016 Senado, 199 de 2016 Senado y 200 de 2016 Senado	3