

**TRATAMIENTO PENITENCIARIO DEL AUTOR
EN EL ABUSO SEXUAL CON VÍCTIMAS ADOLESCENTES
(COLOMBIA. 2016-2017)**

**SORAYA DE LA HOZ CURE
IX COHORTE**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ, D.C
2018**

**Tratamiento Penitenciario Del Autor
En El Abuso Sexual Con Víctimas Adolescentes
(Colombia. 2016-2017)**

**SORAYA DE LA HOZ CURE
IX COHORTE**

TESIS DE GRADO

Director:

Dr. DAVID VALENCIA VILLAMIZAR

Abogado Universidad Nacional de Colombia, Magíster y Doctor en Historia de la misma Universidad. Miembro del Grupo Socio-humanista de la Universidad SANTO TOMAÁS.

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Facultad de Derecho

Programa: Maestría en Derecho Penal.

BOGOTÁ, D.C

2018

Nota de aceptación:

Bogotá D.C., marzo de 2018

AGRADECIMIENTOS

A Dios por los dones recibidos, que permitieron la culminación de esta tesis.

A la memoria de mi padre, por su ejemplo de superación y
por contagiarme del amor por el estudio del Derecho Penal.

A mi Director de Tesis por su incondicional apoyo y disponibilidad.

A mi esposo e hijos por su paciencia y aliento para lograr esta meta.

CARTA DE DERECHOS DE AUTOR.

El estudiante autoriza al Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación CRAI-USTA de la Universidad Santo Tomás, para que con fines académicos su trabajo expuesto de tesis de grado sea visible y pueda ser consultado en el Repositorio Institucional por los usuarios a los que sea de su interés. La reproducción parcial del trabajo se hace de acuerdo con lo establecido por el artículo 30 de la ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993 “Los derechos morales sobre el trabajo son propiedad de los autores” los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	12
CAPÍTULO I.	19
ORIGEN DE LA FAMILIA - EVOLUCIÓN E IMPORTANCIA SOCIAL	19
1.1 La edad núbil	21
1.2 Edad núbil en Colombia	22
1.3 Edad núbil en otras culturas	23
1.4 Edad del consentimiento Sexual	25
1.5 Pronunciamientos - Corte Constitucional	31
CAPÍTULO II	39
DERECHO DE MENOR A TENER UNA FAMILIA Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PENA.	39
2.1 Derecho del menor a tener una familia	39
2.2 Principio de legalidad de la pena	41
2.3 Los principios de las sanciones penales.	42
2.4 Principio de legalidad de la pena en el punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años	47
2.5 Pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia	48
CAPÍTULO III	51
LEGISLACIÓN DE DELITOS SEXUALES	51
3.1 La Irracionalidad jurídico – formal	51
3.1.1 Noción	51
3.1.2 Aumento punitivo en los delitos sexuales y la supresión de beneficios	58
3.2 Principio de Última Ratio o Mínima Intervención	60
3.3 Criterios de diagnóstico de la pedofilia en DCM IV	63
3.4 El Principio de Oportunidad	64
3.4.1 Modalidades del Principio de Oportunidad.	65
3.4.2 Límites del Principio de Oportunidad	66
3.4.3 Tesis y antítesis	67

3.4.4	El Principio de igualdad y necesidad de la pena en el Principio de Oportunidad. ____	69
3.5	El Principio de Oficiosidad y de Obligatoriedad. _____	70
3.5.1	El Principio de Oportunidad en Los Delitos Sexuales. _____	71
3.5.2	El Principio de Oportunidad en cuanto al Abuso Sexual contra menores. _____	72
3.5.3	La Aplicación del Principio de Oportunidad con víctimas menores de 18 años. ____	73
3.5.4	Principio de Oportunidad para el Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes	74
3.5.4.1	Condiciones para cumplir durante el procedimiento de prueba _____	75
3.5.5	Ambivalencia de conceder el Principio de Oportunidad. _____	77
3.6	Función disuasiva de la pena _____	79
3.7	Política Criminal en materia de Delitos Sexuales _____	85
3.7.1	Concepto _____	85
3.7.2	Límites de la potestad configurativa y punitiva del legislador _____	87
3.8	Principios que rigen la Política Criminal _____	89
3.9	Política Criminal Punitiva en Delitos Sexuales desde el año 2004 _____	89
3.10	Principio de Necesidad de la Pena en los Delitos Sexuales. _____	98
3.11	Teorías relativas de la Pena _____	99
3.11.1	La Teoría de la prevención general _____	99
3.11.2	Teoría de la prevención general positiva _____	99
3.11.3	Teoría de la prevención general negativa _____	99
CAPÍTULO IV _____		102
LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA EN LOS DELITOS SEXUALES _____		102
4.1	Noción _____	102
4.3	La Legislación Internacional _____	105
4.4	Medidas Adoptadas en Colombia _____	106
4.5	Valor de Las Declaraciones Previas _____	106
4.6	Tarifa legal Negativa _____	109
4.7	Construcción Jurisprudencial _____	112
4.8	Los Beneficios y Subrogados en Delitos Sexuales _____	113
4.9	Suspensión Condicional De La Ejecución De La Pena. _____	115
4.10	Diferencias entre la suspensión condicional de la ejecución de la Pena y el Principio de Oportunidad. _____	115
4.11	Vínculo Práctico de opinión cerrada por Fiscales de la Unidad de Delitos Sexuales.	118

4.12	Resultados Encuesta Fiscales de la Unidad de Delitos Sexuales. _____	120
	CONCLUSIONES _____	126
	REFERENCIAS _____	131

LISTA DE TABLAS

Tabla No. 1	Estadísticas delitos sexuales adolescentes – Profamilia	58
Tabla No. 2	Materia Punitiva de los Delitos Sexuales.....	91
Tabla No. 3	Diferencias Principio de Oportunidad y Suspensión de la Ejecución de la Pena	116

LISTA DE IMÁGENES

Imagen No. 1 Producción Legislativa – Delitos sexuales..... 90

Imagen No. 2 Cuestionario Encuesta Fiscales de la Unidad de Delitos Sexuales. Bogotá. **¡Error!**

Marcador no definido.

LISTA DE GRÁFICA

Gráfica No. 1 Pregunta No. 1	120
Gráfica No. 2 Pregunta No. 2	121
Gráfica No. 3 Pregunta No. 3	122
Gráfica No. 4 Pregunta No. 4	123
Gráfica No. 5 Pregunta No. 5	124
Gráfica No. 6 Pregunta No. 6	125

INTRODUCCIÓN

“Un Estado de Derecho no sólo se debe defender a la persona mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal”. (Roxin, 1997).

Una de las principales finalidades del ordenamiento penal es el mantener una pacífica convivencia social con el fin de cumplir un ordenamiento jurídico y brindar una confianza en la justicia y; así mismo, dar aplicación a los principios constitucionales, en la coherencia de la discrecionalidad en la acción penal en cuanto resulte pertinente.

Desde luego, la legislación penal en el Capítulo Segundo, Título IV, Libro Segundo Parte Especial de los Delitos en Particular es muy clara en sancionar los delitos contra la “libertad, integridad y formación sexuales”(Ley 599, 2000) y s.s., en la cual se encuentran el: “ Acto Sexual con Menor de 14 Años (Art, 209)ⁱ y el Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años” (Art, 208)ⁱⁱ, pues el legislador colombiano dentro de la potestad configurativa, consideró que dentro en dicho rango de edad la persona no ha alcanzado el desarrollo cognitivo y volitivo suficiente que le permita ejercer libremente los derechos sexuales y reproductivos, pero no es indiferente encontrarse con situaciones reales en la sociedad, donde la mujer adolescente, con un rango de edad entre 12 a 14, tiene relaciones “consentidas” bien dentro del noviazgo y / o unión marital, y fruto de éstas se presenta el nacimiento de un hijo que al decidir darlo a luz, es objeto de derechos como lo es el de tener una familia.

ⁱ “Actos sexuales con menor

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

ⁱⁱ “Acceso carnal abusivo con menor de catorce años” modificado por el artículo 4 de la Ley 1236 de 2008: “El que acceda carnalmente a persona menor de 14 años incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años; el que realizare actos sexuales diversos al acceso carnal con menor de 14 años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20 años) (...)”

ⁱⁱ Ibid., Artículo, 3.

Se resalta, dentro de la presente investigación, los principios rectores de las sanciones penales, cuyo desarrollo legislativo se encuentra en la Ley penal, de “la imposición de la pena o de la medida de seguridad” (Ley 599, 2000, Art. 3) encontrándose que debe regirse por los principios de «necesidad, proporcionalidad y razonabilidad», recalcando que «el principio de necesidadⁱⁱⁱ», se debe entender en el marco de prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan”(Cote, 2008, p.194)

Teniendo en cuenta que en aplicación al principio de necesidad se explora en este estudio, la aplicación de tratamiento penitenciario como última ratio tratándose del delito de actos y acceso carnal abusivo con menor de 14 años en víctimas adolescentes, se estudiará como probable solución, la aplicación del principio de oportunidad o la suspensión de la ejecución de la pena, para los infractores primarios de éste delito, sin que ello implique un estudio extenso doctrinal y jurisprudencial sobre la figura, como tampoco se profundizará en los orígenes de estas instituciones, su aplicación en otros delitos y demás que no son el objeto central de nuestro análisis, pues lo que se realiza es el análisis suficiente para proponer cuál de estas figuras resulta más conveniente para conjurar los efectos de un riguroso tratamiento penitenciario respecto de los sujetos activos de las normas analizadas.

De igual forma se propondrá sí existe la necesidad de una reforma legislativa para el alcance de los fines propuestos, no sólo referente a las instituciones mencionadas, sino también a los tipos penales objeto de nuestro estudio (artículos 208 y 209 del Código Penal) en relación con el desequilibrio de edad entre la víctima y el agresor.

El principio de proporcionalidad, enfocado desde el principio de igualdad, como se señaló en la sentencia C -022 de 1996 busca “que un trato desigual no vulnere otro principio”(Gaviria, 1996);

ⁱⁱⁱ Estableció que el Principio de Necesidad, como limitación específica del artículo 3° de la Ley 599 de 2000, que la “...necesidad de la pena en un caso concreto debe hacerse respondiendo a la pregunta sobre si se cumplen o nos sus fines, tendrá que aceptar que una reflexión en este sentido únicamente deberá tener en cuenta los fines de prevención (tanto general como especial) o por lo menos que estos deberán primar sobre los demás, entendiéndose retribución justa y protección al condenado.”; así mismo indica: “...que el principio de la necesidad de la pena no podrá usarse para todos los casos en que aparezca como criterio de interpretación válido de uno o varios tipos penales, puesto que únicamente podrá acudir a él en los eventos en los que el Código Penal, expresamente lo menciona, es decir conforme a las instituciones que lo desarrollan.

por consiguiente, la gravedad de los hechos debe corresponder a la gravedad de la pena o de la medida de seguridad, con el fin de graduar las penas asegurando la necesidad de la proporcionalidad en el ámbito punitivo y la dosificación de la pena; por tanto en cuanto atañe a este estudio cobra importancia el quantum punitivo en relación con la edad de la víctima y del autor, así como también la necesidad de la pena intramural.

A este respecto, necesariamente se tiene que hablar también de un beneficio para el sujeto investigado que ha creado un entorno favorable para el desarrollo físico y psicológico del menor nacido de esas relaciones sexuales objeto de punición o de la madre embarazada donde quedan a salvo los derechos de uno y otro. No se trata de una propuesta para un retroceso legislativo en el sentido de salvaguardar el honor de la adolescente y suprimir la pena en caso de matrimonio, pues es precisamente por esto que cada caso sería sometido al cumplimiento de requisitos para acceder al beneficio, debiendo tenerse en cuenta no solo la edad de la víctima, sino también la del sujeto investigado para prevenir relaciones desequilibradas de poder. De manera pues, que se analizará con la normatividad vigente para los delitos de Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 años y Actos sexuales con Menor de 14 años si se cumple con el principio de necesidad o el de proporcionalidad de la pena o, si por el contrario se privilegia el principio de legalidad a costa incluso de la privación del derecho fundamental del menor infante a tener una familia.

Tampoco pretende este análisis ir en contravía de la tendencia globalizada de procurar el desarrollo integral de la mujer y de prevenir el embarazo adolescente, sin embargo, surge un interrogante: *¿Responde a los principios legales de la pena, la condena intramural en establecimiento carcelario, como consecuencia del Acceso Carnal Abusivo contra mujer adolescente entre 12 y 14 años con quien el condenado ha conformado una familia?*

Teniendo en cuenta que la sanción penal podría vulnerar el derecho fundamental del menor a tener una familia, aun cuando nazca de la relación abusiva con madre adolescente, resulta más complejo el estudio, ante la necesidad de cumplir con el Principio de legalidad de la pena, pues aunque debería primar el derecho del menor infante a tener una familia, como el núcleo esencial de la sociedad, aunque sea producto de un Acceso Carnal Abusivo (entiéndase relaciones consensuadas con víctima adolescente), por el otro lado se encuentra enfrentada esa especial

protección que la Ley ha prodigado a los menores de 14 años para mantenerlos indemnes de cualquier conducta atentatoria contra la integridad, libertad y formación sexuales.

Para absolver el interrogante se debe advertir que tampoco es una propuesta para que el legislador modifique la edad para contraer matrimonio consensuado o para sugerir el establecimiento de un nuevo límite de la presunción *iure et de iure* prevista en los artículos 208 y 209 del Código Penal (Ley 599, 2000, Arts. 208, 209) conforme declaración de exequibilidad de la Corte Constitucional, en Sentencia C -876 de 2011, sobre la ausencia de consentimiento válido de los menores de 14 años para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos (González, 2008).

Tampoco se puede ignorar el criterio de la Corte Suprema de Justicia, que, en consonancia con el precedente constitucional, entre ellos Sentencia 13.466 de 2000 viene recordando la presunción legal sobre la incapacidad de los menores de 14 años para determinarse y ejercer su sexualidad debido a la inmadurez de sus esferas intelectual, volitiva y afectiva y por ello considera no pueden asumir la actividad sexual sin que se deriven consecuencias para el desarrollo de su personalidad. (Arboleda Ripoll 2000)

Ha insistido la Corte en Sentencia en la decisión en comento, que tampoco es posible pretextar razones de política criminal invocando la falta de ajuste a la realidad social y cultural del País, respecto del referente etario que estableció el legislador para presumir la inmadurez del menor. (Arboleda Ripoll 2000)

Partiendo entonces de las pautas legales y jurisprudenciales antes reseñadas, que impiden al operador jurídico realizar un análisis sobre la madurez de la víctima adolescente o sobre los derechos del infante hijo de ésta, surge la necesidad de analizar la conveniencia de la aplicación de beneficios o subrogados penales para casos especiales, como podrían ser el «Principio de Oportunidad» o la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, para los implicados en punibles de Acceso Carnal abusivo y Actos Sexuales Abusivos con mujer víctima adolescente entre 12 y 14 años, para el efecto se estudiarían y ponderaron estos casos, bien en razón de la edad de la víctima, bien por la diferencia de edad de ésta con el agresor y donde entran en conflicto los derechos de los infantes procreados por el indiciado o imputado, a tener una familia

y en especial un padre que acompañe su desarrollo en el seno de su hogar y no en un establecimiento de reclusión, igualmente se tendrá la observación y exposición de los resultados de la encuesta realizada a los Fiscales de la Unidad de delitos sexuales de Bogotá.

Definido el problema de investigación, se exteriorizan dos hipótesis que conllevarían a concluir la respuesta al interrogante siendo la primera: La condena intramural al agresor como consecuencia de Acceso carnal abusivo o Acto Sexual con menor de 14 años, en víctima adolescente NO cumple con los principios legales de la pena y como segunda: La condena intramural al agresor en establecimiento de reclusión, como consecuencia del Acto o del Acceso carnal abusivo con menor de 14 años, con víctima adolescente, SÍ cumple con los principios legales de la pena.

El desarrollo del objetivo general de la presente investigación será determinar si el tratamiento penitenciario en lugar de reclusión impuesta al sujeto activo de los punibles de Actos y Acceso Carnal Abusivo con víctima adolescente vulnera o no los principios de la Pena. Resulta importante para este objetivo analizar en caso de procrear un hijo común con la víctima, hasta donde debe primar el derecho del infante nacido de esa relación a tener una familia y no ser separado de ella.

En tales condiciones, es discrecional obtener los siguientes objetivos específicos. (i) Determinar la importancia de la familia frente a los menores, como núcleo esencial de la sociedad (ii) Determinar los principios legales de la pena frente a los delitos sexuales (necesidad, proporcionalidad y razonabilidad). (iii) Descubrir la irracionalidad del ordenamiento jurídico enfocado en los delitos de «Actos sexuales con Menor de 14 años y de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años». (iv) Establecer cuál ha sido la aplicación de los principios en los delitos contra la libertad, integridad y formaciones sexuales en los menores de 14 años. v) determinar la conveniencia de permitir un Principio de Oportunidad frente a los Actos y Acceso carnal abusivo con menor de 14 años y/o la suspensión de la ejecución de la pena.

Cada uno de los objetivos específicos, corresponde a la dedicación de las líneas generales del tema de estudio de grado, con la finalidad de generalizar un concepto enfocado desde la doctrina,

jurisprudencia y normas legales actuales como *in fieri*, integrándose en una investigación transversal al interrogante que compete en el presente trabajo de investigación. Por otra parte, es importante tener en cuenta el resultado de la encuesta practicada a 38 fiscales de la Unidad de delitos sexuales de Bogotá; explorar el análisis a las estadísticas que sirven de criterio subjetivo para identificar el trazado de la política criminal en el tema que ocupa y desde luego será también importante el análisis desde el punto de vista sociológico de la familia.

Con lo anterior, también se examinará como consecuencia, si existe o no proporcionalidad en la pena establecida por el legislador en los tipos penales de actos sexuales y acceso carnal abusivo con menor de 14 años tratándose de víctimas adolescentes entre 12 y 14 años en contraste con infantes de 1 a 11 años, presentando ahora sí propuestas con relación de la edad de la víctima y del victimario y del daño que se presume conforme al factor etario, no soslayando que el objetivo de la construcción penal debe hacerse de manera justa y funcional.

Desde luego lo medular del presente estudio comprende el acceso carnal abusivo de que trata el Artículo 208 de la Ley 599 de 2000, como víctima el adolescente, defendiendo la tesis de la protección de la familia y el derecho del hijo habido dentro de dicha unión, a tener una familia y como tal la figura del padre, lo que conduce necesariamente a examinar el punible de actos sexuales con menor de 14 años contemplado en el Artículo 209 del ordenamiento penal señalado, ya que resultaría contrario a los postulados y fines de la pena ofrecer garantías a los agresores sexuales que cometen acceso carnal y no a quienes cometen solamente acto sexual en víctimas adolescentes, incentivando con ello la comisión de un punible de mayor entidad.

Visto de esta forma, se señala un rumbo básico dentro del ordenamiento jurídico y se utiliza un enfoque metodológico cualitativo, del trabajo exploratorio orientado al principio de la legalidad y necesidad de la pena en el sistema penal colombiano como «Estado Social y Democrático de Derecho»; así mismo, de manera ambivalente tiene un carácter mixto, presenta un enfoque cuantitativo, como axioma de las decisiones de los legisladores e instituciones del Estado, en el acuciante tema de los derechos de los menores, para lo cual se realiza la aplicación de la encuesta señalada como objeto de la actual investigación.

Debo subrayar que la combinación de información se obtuvo mediante fuentes de investigación secundarias y terciarias, se refleja en las estadísticas expuestas dentro de los años anteriores del objeto del presente escrito, incorporando los artículos científicos, revistas ensayos, tesis, sitios de la web, entre otros, en relación con los proveniente de los actos y cambios de la sociedad; apoyado necesariamente de las fuentes bibliográficas utilizadas por otros autores como periplo y parte del objeto de la investigación.

Frente a la investigación, como valor jurídico y social en el ámbito de los principios constitucionales, se realiza una breve revisión de las investigaciones para la contribución del desarrollo en la no vulneración del iusfundamental, en la adopción de las medidas apropiadas de la protección de los niños, niñas y adolescentes frente al debido proceso.

CAPÍTULO I.

ORIGEN DE LA FAMILIA - EVOLUCIÓN E IMPORTANCIA SOCIAL

En esta época globalizada al referirse a la familia como objeto fundamental de este análisis, debe tenerse en cuenta que además de ser una institución universal, el concepto guarda estrecha relación con estudios sociológicos que explican su origen. Es así que se retrotrae a la antropología, al origen de la familia; las sociedades humanas cuando cruzaron por una etapa primitiva que dio origen a la llamada familia poligámica, o poliándrica teniendo en cuenta las condiciones de conservación y transformación sociocultural que daba lugar a la existencia de familias numerosas, formadas por una comunidad de mujeres con escasez de hombres o una comunidad de hombres con una sola mujer; luego de pasar por estas fases de desarrollo la unión sexual (punalua, sindiásmica, matriarcado, poliandria), en su orden; el reconocimiento del padre, quien dio la conformación de familia (Engels, 1884, pp.7,9).

En ese sentido Engels, (1884), afirma que a lo largo de la historia primitiva los seres humanos dejan ver un estado de cosas en que los hombres y mujeres practicaban la poligamia y la poliandria, donde eran comunes los hijos de unos y otros, y no había un progenitor señalado, pero a su vez dentro de estos grupos hubo transformación, fase por fase estrechándose cada vez más el círculo, hasta que se manifiesta el interés de resolver el componente de los miembros de donde procede la familia monogámica o la pareja aislada que prevalece hoy (pp, 37:41).

Este análisis del tema tampoco riñe con el origen de la familia en la religión católica, pues, basta con leer algunos relatos del antiguo testamento que ilustran la familia judía de entonces en el génesis: Jacob con Raquel y su hermana Lea; Abraham con Sarah y su esclava Agar, de manera que no es extraño allí un hogar poligámico aun cuando esta concepción cambia con la presencia de Jesús de quien se observa una visión monogámica de la familia (Colunga & Nácar, 1944, pp. 28:29).

Bajo la óptica sociológica el sistema social es visto no como un objeto en sí, sino como un sistema de comunicación siendo para algunos el instrumento de esa comunicación el amor o para otros la simple satisfacción de las necesidades humanas, pero de cualquier forma la supervivencia del sistema social la garantizan los otros subsistemas y uno de ellos es la familia. Desde esta teoría de los sistemas, la familia es cambiante, hace parte frecuente del sistema social se lleva a cabo en forma catalítica, para referirse que el sistema global sólo posibilita la autoselección del sistema parcial o interno (Urteaga, 2009).

Por otra parte, como diría Durkheim, Emile. (2011) defiende una intervención del Estado en lo que llama grupos sociales secundarios como lo son la familia, corporación, la iglesia, distritos territoriales, etc. pues tienden a absorber la personalidad de sus miembros, de manera que esa intervención se justifica para recordar a esas «sociedades parciales» que no están solas y que hay un derecho por encima de ellos. Sin embargo, el autor, afirma que no hay algo que nos parezca tan natural y eterno en el hombre como lo es el afecto mutuo entre padres e hijos. (Durkheim, 2011).

En este mismo terreno, Foucault. (1974-1975), emplea el término «*les anormaux*» que significa al español individuos anormales, para indicar la representación del criminal – (i) monstruo, (ii) el incorregible - la primera, con relación a los poderes políticos y judiciales; la segunda, considera parte la anomalía del incorregible como característica de los individuos de los siglos diecisiete y dieciocho, exclusivo de su *ius natura*, al igual, el cúmulo de leyes del mundo, donde para el autor, el individuo a corregir es limitado y es restringido en la familia, que hace parte de este conflicto, en ejercicio de su formación del poder interno, del procedimiento de la gestión de la economía, está entre el micro, endo y eco sistema como es la calle, la escuela - colegio, el taller, la parroquia, la iglesia, el parque, la policía el mundo que lo rodea, lo que denomina «campo de aparición del individuo a corregir» (Foucault, p.237) que no se edifica; es reconocido por el autor como lo incorregible, a quien ni la familia misma en ejercicio de su poder interno ha logrado corregir. Se encontró Traducción en (Pons, 2001, pp. 236:248)

Dentro del sistema social según Foucault. (2017) considera que las instituciones pedagógicas, médicas e industriales se encargan de la dimensión temporal del individuo, de manera que

controlan su tiempo ya que la sociedad moderna que se conforma a partir del Siglo XIX ya no se preocupa de un control espacial de los individuos en el sentido de asignarlos a una tierra o un lugar como ocurría en la época feudal, sino que tiene la necesidad de que los hombres coloquen el tiempo al servicio de ella, para que el tiempo de los hombres se ajuste al aparato de producción. Pues de cierta forma la sociedad se percató que no era viable administrar las fábricas-prisiones y hubo que volver a la concepción de un trabajo convencional, donde los individuos llegan temprano trabajan y retornan a casa al caer la noche (Foucault, 2017, pp.58:59) Ese control temporal que preocupó a Foucault tiene en la sociedad actual un aliado en la tecnología con instrumentos como GPS, teléfonos inteligentes y audio videos que portan los trabajadores o se instalan en las fábricas y que hace posible el control social y temporal incluso desde la distancia; de ahí que el filósofo atribuye esa conformación de la familia moderna como un instrumento más de control pues es la familia la primera en disciplinar al sujeto.

1.1 La Edad Núbil

El deseo de conformar o fundar una familia una vez el ser humano alcanza cierto grado de madurez, cualquiera sea su vínculo es inherente a la esencia del hombre y es propia del proceso evolutivo de la humanidad

Se observan infinitas definiciones disímiles del término edad núbil desde la derivación básica del diccionario usual de la Real Academia Española. (RAE). 2017 de *lat. nubilis*. Adj. “Dicho de una persona y más propiamente de una mujer: Que está en edad de contraer matrimonio.” Propio de una persona núbil. Edad núbil.” (Real Academia Española, 2017)

Con referencia de la derivación de la acepción del derecho romano “*ius connubili*” que es señalada por «la Asamblea General de Las Naciones Unidas» así: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tiene derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia.” (Organización de las Naciones Unidas, 1948, Art.16).

En síntesis, se colige que es aquella época en que alcanza el hombre o mujer, la madurez sexual y se manifiesta en que se puede conformar familia y poder tener hijos.

Por otra parte, es precisamente el límite de la edad de protección a los menores, contra toda forma de abuso sexual, es una de las preocupaciones prioritarias de las sociedades civilizadas considerando la edad mínima permitida para que los menores puedan contraer matrimonio válidamente o constituir una familia cualquiera sea su forma. Se encuentra así, una primera conceptualización del abuso sexual infantil como una de las tipologías del maltrato infantil (Baita & Moreno, 2015).

1.2 Edad núbil en Colombia

Existe a través del Código Civil Colombiano (Ley 57, 1887), norma que fijó la edad de 12 años para contraer válidamente matrimonio en Colombia. Es así como el derecho comparado demuestra la distinción tradicional de familia legítima, natural y hace distinción de igualdad a los hijos frutos de ambas familias; estos derechos se han internacionalizado y constitucionalizados (Monroy, 2015, p.13).

Sin duda, este límite de edad establecido por el legislador permaneció hasta el año 2004 cuando la Corte Constitucional mediante Sentencia C-507 / 04, precisó que la edad mínima para que la mujer pueda contraer matrimonio válidamente son los 14 años siempre que medie el consentimiento de los padres y para ello manifestó tener en cuenta las reglas fijadas por el legislador en materia penal y laboral donde se consideró los 14 años de edad, como el rango a partir de la cual cesaba la protección reforzada al menor; además de la obligación constitucional de garantizar la igualdad entre ambos géneros (Cepeda, 2014).

De cualquier manera, es el Estado más propiamente a través del poder configurativo conferido al legislador, que interviene para fijar esa edad para que las personas puedan contraer matrimonio o puedan ejercer sus derechos sexuales y reproductivos. Tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional en Sentencia C -355 de 2006, han considerado razones de «*lege ferenda*» cualquier discusión que surja respecto de la edad fijada por el legislador (14 años) sobre la autonomía de la mujer para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos (Araujo, 2006).

Sin embargo, en la práctica al mismo tiempo que se defiende el derecho del menor a tener una familia, también se le niega a los infantes fruto de las relaciones “*sexuales consentidas*” con mujeres adolescentes entre 12 y 14 años el derecho a crecer junto a su padre, ya que en la mayoría de los casos son condenados penalmente en establecimiento de reclusión, sino se prueba rigurosamente un error de tipo, negando beneficios que bien podrían ser aplicados según el estudio de cada caso específico, como sería a manera de ejemplo el Principio de Oportunidad o la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como mecanismos consagrado en Colombia mediante la Ley 906 de procedimiento penal que implantó el Sistema Penal Acusatorio, figura hoy en día está en bastante desuso debido a la irracionalidad jurídico formal de los delitos sexuales tema del cual nos ocupa el acápite pertinente (Ley 906, 2004)

1.3 Edad núbil en otras culturas

Con referencia a la etapa núbil o edad de contraer matrimonio a nivel mundial hoy en día prima su regulación a los 18 años, y está sujeta a factores de actividad sexual de los adolescentes, consentimiento, edad apropiada según criterios médicos, si bien es cierto que la legislación a nivel internacional de los estados miembros estandariza la edad a 18 años, también se permite el matrimonio cuando hay consentimiento de los padres en edades inferiores a los 18, denominándose matrimonio infantil, planteamiento que considera el Fondo de la Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) va inverso a la protección del menor (Unicef, 2016, p.11). También se considera matrimonio forzado cuando uno o ambos no han dado consentimiento para casarse.

La recomendación de las entidades como «la Convención de los Derechos del Niño (CDN) y Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW)» para fijar la edad núbil con o sin consentimiento de los padres es de 18 años, y la edad absoluta por circunstancias excepcionales se enmarca en los 16 años. Igualmente, «la Unicef, Unesco, la ONU y el Departamento de Estado de EE. UU», han determinado que la disposición de edad para contraer matrimonio como decisión propia debe ser de los 16 a 18 años; del muestreo realizado a nivel latinoamericano y caribe realizado en el 2015, demuestra y afirma que la edad promedio es de doce (12) a diez y ocho (18) años. Como respuesta a ese estudio y en

protección al menor, se ha declarado que la edad mínima de capacidad y madurez sexual debe ser de diez y ocho años (18) y sugiere el ajuste de las edades entre niñas y niños para evitar la discriminación, pues desde la percepción de la protección al menor adolescente hay una edad de niñas-mujer y otra edad para niño-varones observación del Comité de Derechos del Niño (Unicef, 2016, p.1:25).

Una revisión de la reglamentación civil de América Latina y del Caribe, indica que hasta hace muy poco tiempo las edades mínimas para contraer el matrimonio: para niños y para niñas, con o sin consentimiento de los padres, dependiendo de diversos factores como el embarazo, el nacimiento de un niño o niña de un grupo miembro de origen étnico u indígena se encuentra que en países tales como Argentina, Brasil, Costa Rica, República Dominicana, Guyana, Paraguay, Santa Lucía y Uruguay el límite es a los 14 años de edad con el consentimiento de los padres y 16 años sin el consentimiento de estos. Los Países del Caribe la edad es 18 años sin consentimiento y con consentimiento de los padres la edad mínima es de 15 años. En países como Ecuador, Bolivia, Trinidad y Tobago a los 12 años; en Siria la coordinadora de protección infantil revela que a los 12 años las niñas son forzadas por condiciones de guerra, pero las niñas mueren por no tener un cuerpo preparado para tener hijos a los 12 años pues es una edad temprana de riesgo para la salud física y mental al derivarse consecuencias psicológicas. Guatemala fiel a la tradición de comunidad maya establece una edad de 16 años para niños y para las niñas de 14 años con consentimientos de sus padres, igualmente el requisito de consentimiento parental, varía y enmarca la excepción, por ejemplo en Perú se requiere la edad de 16 años para casarse con consentimiento de los padres, en República Dominicana 15 años; en Cuba no se establece la edad pero se tienen que argumentar razones válidas y una buena causa, en el Salvador la ley dispone excepciones a la regla de 18 años de edad, con consentimiento de los padres. En el salvador la ley dispone los 18 años si los contrayentes han alcanzado la pubertad o sostienen o están esperando un hijo en común pueden casarse con el consentimiento de los padres. La edad para prestar el consentimiento para sostener relaciones sexuales es de 15 años (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2016, p.17:32).

Con respecto a la nación Argentina, instituye el Código Penal en el Título VIII. Libro II., Artículo 119, el “abuso sexual” sin importar el consentimiento de la víctima cuando ésta tiene 13

años y ha fijado la edad de 16 años para la víctima cuando el autor no tiene una proximidad en edad o grado de desarrollo, consagrando que «El consentimiento libre del menor de dieciséis (16) años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez» (Fiscalía General del Estado, 2017).

Otras culturas como los musulmanes la edad mínima por regla general es a los doce años; en Siria por la situación de guerra son obligados a casarse a los doce (12) años; para los hindúes a edad de dieciséis años; en Surinam con la legislación asiática sobre el matrimonio, las personas que pertenecen la misma etnia el grupo, la edad esta entre (15) quince a (19) diecinueve años (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2016, p.20).

En consonancia con los estudios realizados, cada vez más países ajustan sus legislaciones al marco genérico de la UNICEF, donde se sugiere los dieciocho años como la edad mínima para contraer matrimonio, sin embargo se resalta que la existencia de múltiples excepciones y su alcance, se traduce en una falta de protección para los adolescentes respecto del matrimonio infantil, pues en muchos países se presume la emancipación por el hecho del matrimonio, lo que significa que la adultez del niño o niña a veces para contraer obligaciones jurídicas no va acorde con la madurez médica ni biológica del adolescente. (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2016, p.15).

1.4 Edad del Consentimiento Sexual

Teniendo en cuenta las precisiones del acápite pertinente, cabe aquí reflexionar que una cosa es la edad para contraer matrimonio y otra la edad para ejercer los derechos sexuales. Pues mientras el ejercicio de los derechos sexuales requiere en buena medida solamente algún grado de desarrollo fisiológico y de madurez mental para comprender la naturaleza de la relación sexual y poder prestar válidamente su consentimiento, comprendiendo las consecuencias de su decisión como el embarazo precoz y las enfermedades de transmisión sexual, el matrimonio requiere ciertas responsabilidades y cargas jurídicas que exigen mayor preparación y en no en

pocas ocasiones renuncias y sacrificios al propio desarrollo personal de sus contrayentes menores de edad.

En este sentido Colombia, es coincidente en la edad de 14 años para prestar el consentimiento en las relaciones sexuales y la edad para contraer matrimonio con consentimiento de los padres.

Llama la atención que en gran parte de países difiere este concepto, pero se encuentra el rango límite entre los 14 y 16 años, aun cuando como se observa hay países que aún tienen un rango de inferior (12 y 13 años).

Aun cuando «El Fondo de Naciones Unidas para la infancia o Unicef», ha recomendado a los países legislar para que la edad del consentimiento sexual no sea demasiado bajo ni demasiado alto; también ha recomendado consagrar disposiciones que tengan en cuenta la diferencia de edad entre las parejas (a manera de ejemplo tres años) y deben eliminarse las disposiciones discriminatorias resaltando las basadas en género y orientación sexual.

Para este estudio, esta recomendación de la «UNICEF» cobra valor si se tiene en cuenta precisamente que muchos jóvenes de 18, 19 y 20 años generalmente de estratos socioeconómicos populares son condenados por sostener relaciones sexuales “consentidas” muchas veces dentro del contexto de un noviazgo, con menores de 12, 13 y edad cercana a los 14 años, en algunos casos la conducta sólo abarca los actos sexuales, sin que se llegue a configurar acceso carnal.

Se ha verificado que la pena establecida en el artículo 208 del Código Penal, para el “ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS” en forma general contempla un ámbito punitivo de 12 a 20 años y en caso de agravación de la conducta se incrementará de un cuarto a la mitad de la pena, extendiéndose un categoría punitiva entre 16 y 30 años, pudiendo además aumentarse la pena hasta en otro tanto en caso de concurso homogéneo o heterogéneo de la conducta.

Por consiguiente, la circunstancia de agravación bien puede darse entre otras por el parentesco y por el embarazo. Llama la atención que la sanción penal básica es igual para quien vulnera sin

violencia el bien jurídico de la formación sexual de una adolescente de 13 años o que se encuentre en la frontera de los 14, para quien haga lo mismo con una infanta que no ha alcanzado su grado de desarrollo, como lo es una niña de 4, 6 u 8 años, donde resulta evidente una mayor lesión al bien jurídico.

La Unicef, fundamenta que de acuerdo con la protección y seguridad de los niños y niñas incluso de adolescentes que se ven en riesgo de un embarazo precoz, cuando hay diferencias de edades que oscilan entre dos y tres años en el que sea mayor la pareja del adolescente puede ser posible demostrar que hay consentimiento. Se apunta que "... las tasas más altas del mundo en términos de principios de iniciación sexual de las niñas. Más del 22 por ciento han tenido su primera relación sexual antes de cumplir los 15. En algunos países, la tasa alcanzar el 25 por ciento" (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2016, p.35).

Se han verificado los datos expuestos por la Unicef de «una aproximación a la situación de Adolescentes y Jóvenes en América Latina y el Caribe, a partir de evidencia cuantitativa reciente» de datos suministrados por La Organización de Estados del Caribe Oriental (OECS). 2011, de indicadores de valores que reflejan la actividad sexual de las niñas puede comenzar a los diez años. La actividad sexual entre alumnos de edades de trece a quince años en Santa Lucia 26 % y Granada el 35,7 % en las Islas Británicas el 44% es activo con su primera experiencia antes de cumplir los 15 años (p. 27:28) La edad no debe ser demasiado alta ni demasiado baja y debe tener en cuenta la diferencia de edad de la pareja. Se considera por norma internacional que el consentimiento es a la edad de dieciocho (18) años y que el abuso infantil sexual se configura cuando esta persona no alcanza a comprender las situaciones de la actividad sexual, pero en Costa Rica, ha señalado "la baja mínima de consentimiento sexual es de 13 años" (citado por Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2016) igual Guyana .

Valga resaltar que en algunos países latinoamericanos y del Caribe hay diferencias de edad para el consentimiento heterosexual y el consentimiento homosexual de manera que se establece para el primero un límite predominante que oscila entre los 12 y los 16 años según la legislación interna de cada país, siendo permitido el homosexual sólo hasta los 18 años; en países como "Belice, Guyana, Jamaica, Tobago países del Caribe oriental se prohíbe totalmente el sexo

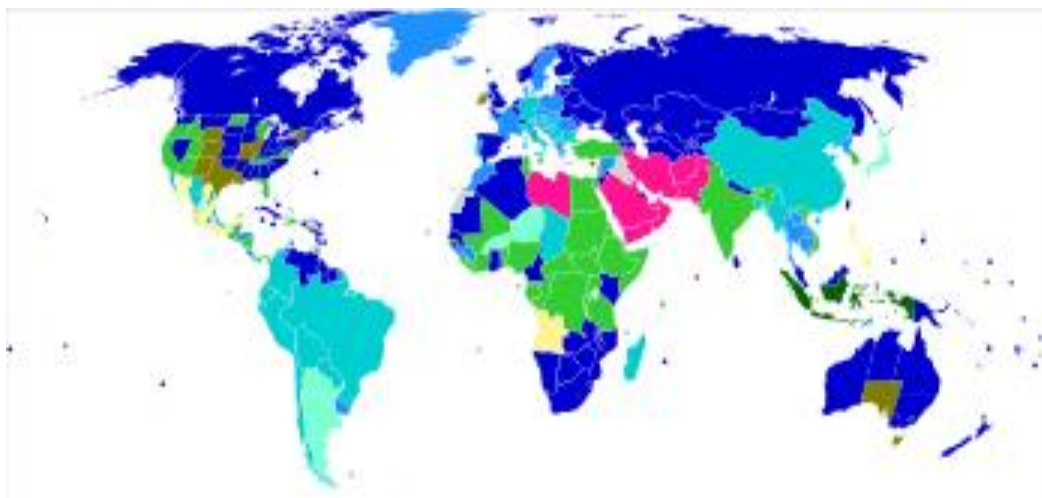
homosexual y constituye delito penal donde se sancionan tanto a adultos como adolescentes” (citado por Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2016, p.28).

La situación de la edad núbil del oriente medio es diversa. La investigación de la Universidad de Sana revela que Yemen y Arabia Saudita son los únicos países que no tienen leyes que prohíban el matrimonio infantil, se considera una horda en el siglo XXI, que no establezcan edad mínima para contraer matrimonio, presentándose casos de niños de 8, 9, 10, igualmente revela que en el año 2016 profirieron sentencia judicial que permite anular el matrimonio de niñas entre 8 y 9 años debido a la alarma detonada cuando una niña de 8 años muere en el acto sexual, la noche de bodas con un hombre de cuarenta años (Guerrero, 2016).

Frente a esta situación real es importante para la actividad sexual no dejar a un lado la edad del consentimiento médico, el indicador en la mayoría de los países de América Latina y el Caribe, la tasa de fecundidad en las mujeres se encuentra en el rango de quince (15) a diecinueve (19) años, este indicador por región se considera alto sin importar si es de zona rica, pobre, rural o urbana los ingresos aquí no dan el quintil es estrechamente con no tener planificación y sí fruto de la relación sexual hay hijo, permite hacer una medición cuando hay embarazo o se presentan enfermedades sexuales. La legislación médica no establece una edad mínima para asesoría médica, pero sí indica debe ser asistido en compañía de un adulto tutor padre presente, tiene confidencialidad al brindar la atención a niños niñas adolescentes en relación con la actividad reproductiva (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2016, pp.30:35).

En algunos países del mundo, como se indica en la imagen No. 1 el consentimiento sexual de los adolescentes es válido respecto de individuos que no tengan una diferencia de edad muy superior, incluso pueden ser víctimas de abuso sexual personas con rango de edad de 14 A 17 años, sí la edad del autor es muy superior con respecto a ésta y contrario sensu, puede permitirse una relación sexual entre una menor que tenga una edad de 12, 13 o 14 años si el autor no presenta una diferencia de edad o madurez muy notoria (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2016).

Imagen No. 1 Edades de consentimiento sexual en el mundo



Leyenda: Edad de consentimiento sexual en el mundo.

Pubertad	18 años	Obligatoriedad de estar casados
12 años	19 años	Sin legislación
13 años	20 años	Sin datos / otro
14 años	21 años	
15 años	Varía según estado, región, provincia o territorio	
16 años		
17 años		

Fuente: Edad de consentimiento sexual en el mundo. (2017).

Disponible en: <http://www.ageofconsent.com> - Un sitio de investigación legal. © 1998-2000

Se observa que, el Código Penal español, igual que recientemente la legislación argentina, fija la validez del consentimiento sexual del menor de dieciséis, excluyendo la responsabilidad penal por esta clase de abuso sexual, cuando el autor tiene una proximidad con el menor por edad y grado de desarrollo o madurez.

Es así como se encuentra en la legislación Argentina, el artículo 120 del Código Penal, que fija la validez del consentimiento del menor hasta los dieciséis (16) años, excluyendo la responsabilidad penal por esta clase de abuso sexual, cuando el autor tiene una proximidad con el menor por edad y grado de desarrollo o madurez, sancionando en cambio su relación de preeminencia con respecto de la víctima. Consideramos que ésta norma le deja cierto grado de discrecionalidad al operador jurídico debido a la vaguedad del concepto, aunque pueda estar prevalido seguramente de prueba pericial, ya que no indica cuantos años se considera “edad próxima” (Congreso Argentina, Ley 25087, 1999)

En la legislación chilena encontramos en el Artículo 363 del Código Penal, además de la presunción legal de la falta del consentimiento sexual del menor de catorce (14 años, la tipificación del Estupro como delito autónomo entendido como el abuso sexual que se da contra mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años cuando la víctima padece de anomalía o perturbación mental, aun transitoria, siempre que: 1) por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno, pues ya se trataría de un delito distinto; 2) exista una relación de dependencia de víctima con el agresor; 3) se abuse del grave desamparo de la víctima; 4) medie el engaño de la víctima aprovechándose de su inexperiencia o ignorancia sexual (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2010)

Se considera que ésta norma le deja cierto grado de discrecionalidad al operador jurídico debido a la vaguedad del concepto, aunque pueda estar prevalido seguramente de prueba pericial, ya que no indica cuantos años se considera “edad próxima” sujeta a interpretación en el entendido al inicio de su pubertad.

1.5 Pronunciamientos - Corte Constitucional

Sobre el tema la Corte Constitucional se ha pronunciado en Sentencia C-507 de 25 de mayo de 2004 y trae un desarrollo histórico de las reglas, estableciendo que la edad mínima para que contraer matrimonio la mujer es de catorce años (Cepeda, 2014). Se encuentra también la Sentencia C-821 de 2012 de 18 de octubre de 2012 donde la misma Alta Corporación, renombra y cita los reiterados pronunciamientos sobre la capacidad para contraer matrimonio (Palacio, 2012), y el escenario internacional que se ocupa del tema; corresponde también señalar la Sentencia de Unificación SU 214 de 2016 del matrimonio entre parejas del mismo sexo (Ríos, 2016).

En primer lugar, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-507 de 25 de mayo de 2004, presenta un esbozo de reglas y conceptos sobre la capacidad de las personas, la capacidad para contraer matrimonio (Código Civil, Art 1504) y en un pormenorizado análisis atribuye un origen histórico al artículo 140 del Código civil, analizando el numeral segundo en cuatro partes primero advirtiendo cómo la norma denota un trato diferencial entre hombres y mujeres; atribuye a la norma un origen romano acorde con la época del código civil colombiano donde se establecía la diferencia entre una mujer y un hombre en razón de la pubertad, indicando normas de límite y normas relativas a la fertilidad, posteriormente diferencias y categorías, definición del menor adulto, el impúber tal como lo estipula el Código Civil. Artículo 34 “ (...) se llama infante o niño todo aquel que no ha cumplido 7 años, e impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce: adulto el que ha dejado de ser impúber (...)” (Ley 57, 1887, Art. 34). Resalta finalmente, que la norma establece una causal de nulidad del matrimonio, cuando los contrayentes son menores de la edad permitida para contraer matrimonio, dejando a salvo la regla del artículo 117 del Código Civil respecto del matrimonio de menores que excedan dicha edad (Cepeda, 2014).

Invoca la sentencia de Constitucionalidad mencionada los derechos fundamentales del niño y niña en especial el derecho de Igualdad de protección, sin distinción de géneros de manera que se basa con acierto la providencia de inexequibilidad de la norma, en la transgresión que la misma hace a dicho derecho respecto de las menores adolescentes, a quienes sólo brinda protección

hasta los doce años y no hasta los catorce como ocurre el género opuesto, pues considera la alta Corte que el matrimonio precoz afecta un desarrollo libre armónico e integral, debido a las altas “cargas y responsabilidades que transforman” su vida en forma radical poniendo en riesgo no solamente su salud cuando ocurre un embarazo precoz sino también que truncan su desarrollo educativo, social y económico.

Señala como corolario los deberes correlativos del estado para garantizar el desarrollo integral armónico del niño, la protección constitucional (art.44), derecho igualdad (art.13), especial que tienen y el fundamento internacional de los derechos de los adolescentes, de las edades mínimas, fijación que forja criterios de edad y madurez, de la igualdad de protección a los menores sin distinción de género a fundar una familia, la libertad de fundar la misma en el consentimiento, capacidad y madurez; el matrimonio precoz y el derecho a la educación pues como ya se anotó, el estudio es abandonado para compartir las labores de familia y cuidado de los hijos frutos de estas relaciones precoces que traen consigo gastos económico.

Finalmente, la sentencia de la Corte Constitucional C -507 de 2004 estableció como regla, que la edad mínima para que la mujer pueda contraer matrimonio es de catorce (14) años y no doce (12) años, pues aun cuando el derecho a formar una familia es un derecho fundamental no solo de los adultos sino también de los menores de edad, el ejercicio de éste derecho puede ser reglamentado por el legislador a fin de garantizar la protección del menor, de manera que pueden fijarse las edades para determinar la capacidad de contraer nupcias.

Con la declaratoria de inexecutable parcial de los artículos 34 y 140, del Código Civil en la Sentencia C-507 de 2004 se asegura una protección igualitaria entre infantes de ambos géneros, pues las normas atacadas establecían una diferencia de la edad entre niños y niñas para prestar el consentimiento válido para casarse pues los varones alcanzaban esa capacidad legal a los 14 años, mientras las mujeres a los 12, pesando más para la Corte el derecho a la igualdad de protección de los niños y niñas.

Consideró la Corte que la norma impugnada supone tener en cuenta: (1) el derecho al desarrollo libre armónico e integral de las menores (2) el derecho a la protección por parte del estado (3) el

derecho a la igualdad de protección de los niños y las niñas. Contrariamente prohibir el matrimonio de las mujeres a los 12 años, afirma que afecta levemente sus otros derechos: (4) el derecho a conformar una familia, y (5) el derecho a la autonomía, y (6) no desconoce el margen de configuración del legislador en materia de matrimonio. Al balancear estos derechos determinó la alta Corte que pesa el derecho de asegurar la igual protección de niñas y niños, resultando leve la afectación leve de los otros derechos de la adolescente.

“ (...) Teniendo en cuenta (i) que las reglas fijadas por el legislador en materia penal y en materia laboral fijan la edad de catorce (14) años como el momento a partir del cual se deja de brindar una protección reforzada al menor, mediante reglas de incapacidad; y (ii) la obligación constitucional de garantizar igualdad de derechos y obligaciones, así como la igualdad de trato y de protección entre hombres y mujeres, específicamente en lo que se refiere a la institución del “matrimonio”, la Corte Constitucional precisará que la edad mínima para las mujeres en esta materia será igual a la fijada por el propio legislador para los hombres (es decir, 14 años), hasta tanto el propio Congreso de la República no decida reformar las normas relevantes. (...)” (Cepeda,2014)

En un lineamiento exhorta al legislador al señalar en la *ratio decidendi –decisum* que se implemente una política pública de protección al menor y adecúe las normas de manera que eleve dicho rango de edad o incluso establezca la mayoría de edad en ambos sexos para contraer matrimonio, porque considera que es ahí cuando es mayor la capacidad de discernir y no a los doce (12) años. Sin embargo, reconoce la Corte que el derecho a conformar libremente una familia es un derecho fundamental de la cual también son titulares los menores de edad, sin perjuicio precisamente de ese derecho de protección de que gozan los menores y conmina al legislador para que establezca condiciones para su ejercicio, fijando las edades en que se adquiere la capacidad para contraer matrimonio, como una de las formas de constituir familia.

Para el caso concreto la sentencia objeto de análisis fue inhibitoria en lo referente al Artículo 34 del Código Civil, considerando que el concepto de menor adulto por sí mismo no genera en

materia de capacidad, efectos y consecuencias jurídicas, pues sólo se trata de definiciones especulativas y su importancia depende sólo de esos efectos y consecuencias.

Igualmente declara exequible “las expresiones un varón menor de catorce años y una mujer menor” implícitas en el numeral 2 del artículo 140 del Código Civil, siempre y cuando se entienda que la edad para la mujer sea también de catorce años.

Para la Corte la regla acusada, no muestra que quien se perjudica es a los hombres por limitar “su libertad de casarse dos años más que a las mujeres”, encontrando en cambio un perjuicio para las mujeres pues quedan desprotegidas por el término mencionado en relación con los varones cuando se declaran “nulos y sin efectos”, el vínculo matrimonial de contrayentes con rango de edad entre 12 y 14 años, sin que el legislador considere lo propio tratándose de mujeres. De esta manera estima la alta Corporación, lo que debe ponderarse es sí es razonable dar protección a la mujer dos años más para equiparar el rango fijado para los hombres, en lugar de disminuir la edad de los hombres para alcanzar la capacidad para contraer matrimonio y así fijar ponderar el criterio de igualdad. C-276/93.

Mediante Sentencia C 821 de 2012, La Corte Constitucional, anuncia el desarrollo legislativo en el escenario de la edad mínima para contraer matrimonio y su reconocimiento en la competencia de los Tratados de Derecho Civil Internacional (TDCI) y Tratados de Derecho Comercial, (TDC), señalando las pautas jurídicas en línea de la capacidad para contraer matrimonio (Palacio, 2012).

Al resolver sobre la inconstitucionalidad presentada, en una acción pública promovida con la finalidad de modernizar las normas de Derecho Internacional Privado referente a la edad mínima para que la mujer pueda contraer matrimonio en igualdad de condiciones que el hombre, esto es los (14) años, reitera las pautas indicadas en la Sentencia C-507 de 2004, y la postura del TDCI, argumentando un trato discriminatorio para la mujer, ofreciendo concepciones de discriminación y desigualdades, formulando hipótesis de trato igual y de previsión constitucional, concluyendo que la edad debe ser la misma catorce (14) años para hombres y mujeres, consignando en obiter dicta que debe prevalecer en el ordenamiento jurídico interno, el ius cogens,

concretamente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, también tiene en consideración los pronunciamientos del Instituto de Bienestar Familiar (ICBF) y de la UNICEF, sobre lo que se podría denominar matrimonio prematuro y realiza el consentimiento para contraer nupcias los dieciocho (18) años de edad vigente tanto en Francia como en Perú, e indica los márgenes mínimos de edad y que en pro de garantizar el respeto a la mujer se debe adecuar la edad a los 14 años y por las razones sustanciales se declara inhibida porque para el caso concreto las demandantes no fueron claras en sus pretensiones y es procedente por lo tanto este resuelve (Palacio, 2012).

Como se apunta en la Sentencia de Unificación SU 214 de 2016 de abril 28 de 2016, expediente que corresponde de la revisión de las acciones de tutela formuladas y acumuladas por ser unidad de materia el matrimonio y del vínculo entre parejas del mismo sexo en lo referente a la edad núbil, o edad de contraer matrimonio invoca el principio de dignidad humana y la plena autonomía del ser humano para sostener “un vínculo permanente marital” con la persona de su elección y con el propósito de “acompañarse, socorrerse y disfrutar de una asociación íntima en el curso de la existencia y conformar una familia” dejando por fuera cualquier distinción de raza, color, nacionalidad, pero eso sí con las limitaciones constitucionales para cualquier vínculo matrimonial como la edad, falta de consentimiento, existencia de otro vínculo matrimonial, impedimento (Rojas, 2016). A través de éste importante pronunciamiento la Corte acuña el concepto del matrimonio igualitario y por ende quedan a salvo las limitaciones referentes a la edad o vínculo de consanguinidad y todas aquellas que se exigen para cualquier clase de matrimonio.

Sustento importante de la decisión comentada es el bloque de constitucionalidad, por cuanto se acoge a las normas de forma clara y armónica de los estándares internacionales de la Organización de las Naciones Unidas el consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1948 en el artículo 23 (Resolución, 2017 A (III), 1948, Art.23) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Resolución, 2017 A (III), 1948, Art. 17 y 24).

El aporte del Artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), indica:

“Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio” (Resolución, 2017 A (III), 1948, Art. 16).

Por lo tanto, con los pronunciamientos de la Corte Constitucional se verifica y enfatiza que no puede haber discriminación alguna a partir de la orientación sexual que tenga el individuo que es sujeto y objeto de derecho. En el ordenamiento civil, e internacional, debe interpretarse los criterios de edad núbil, el contraer matrimonio, conformar vínculo de hecho o de derecho, sea para la conformación de familia, celebración en materia estándar internacional por la cual alienta el derecho constitucional y en función de principios y derechos de dignidad humana, libertad, igualdad que genera efectos en el ordenamiento ya sean personales o patrimoniales en protección del menor y el adolescente. La resolución en los casos concretos pretende demostrar que la edad es de 14 años sin importar si se es hombre mujer o cual orientación sexual tenga. SU-214/16

Para este estudio se encuentra de vital importancia la Sentencia C-008 de 2010 sobre la demanda de inconstitucionalidad de las expresiones “*cuando la mujer, aunque impúber haya concebido*” contenida en el artículo 143 del Código Civil. La demanda sobre la expresión acusada se fundamentó por desconocimiento de “los artículos 13, 16, 29, 42, 43, 44 y 229 de la Constitución Política (Gómez, 2017) así como por vulnerar los principios consignados en los artículos 1, 8, 9, 11, 18, 22, 26, 33 y 41 del Código de la Infancia y Adolescencia (Ley 1098, 2006); tanto como lo señalado por la Corte Constitucional C -008 de 2010 cuando señala los artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 3º, 9º, 12, 14, y 16 de la Convención de los Derechos del Niño” (González, 2010).

El texto original de la norma demandada preveía que el padre o tutor del menor o de los menores podía incoar la nulidad de que trata el numeral 2 del artículo 140 del Código Civil o podía ser intentada por los mismos menores representados con curador ad Litem, imponiendo un término

de caducidad cuando la acción de nulidad se intenta después de tres meses de la llegada de la pubertad de los menores o cuando la mujer hubiere concebido aun cuando se encuentre en etapa de pubertad. (González, 2010, p.4).

Dentro de esta configuración, la Corte no encuentra un fin constitucional justificado para que la decisión de la “nulidad del matrimonio contraído entre impúberes” o al menos de mujer impúber, dependa de que ésta no haya concebido, explicando que si lo que se pretende es proteger la familia como fin constitucional, la decisión de nulidad no conlleva a privar al ser que ésta por nacer del derecho a tener una familia o de gozar de la protección que brinda ese vínculo.

Recalca la alta Corte que “los lazos familiares no dependen, ni pueden depender de la existencia de un acuerdo formal”, y que “la unidad familiar no significa necesariamente indisolubilidad del matrimonio” (Corte Constitucional T-608 de 1995; T-277 de 1994; T-566 de 2007 entre otras)

Consideramos que tampoco se equivoca la decisión en comento al señalar que la institución de la familia no depende de un acuerdo formal ni conlleva necesariamente a la indisolubilidad del matrimonio, obsérvese como el Artículo 42 Superior reconoce a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad y su constitución por vínculos naturales o jurídicos o por la voluntad responsable de conformarla, luego el hecho de que la víctima adolescente no haga vida en común con el padre del menor no significa que no se haya conformado una familia y que el estado no esté en obligación de garantizar al menor ese derecho de no ser separado de ella.(Gómez, 2017, Art. 42)

Cobra relevancia este precedente para el estudio que nos ocupa, si se tiene en cuenta que para el análisis jurisprudencial de la familia, la Corte Constitucional hace un estudio juicioso del precedente horizontal y de la exposición de motivos de la Constitución del 91, donde si bien se observa un concepto tradicional de familia en cuanto a los sujetos que la conforman, no se desconoce que el mismo fue evolucionando conforme el desarrollo jurisprudencial a tono con los cambios sociales y los instrumentos internacionales, tema que si bien no es el objetivo principal de estudio, si puede rescatarse para nuestro estudio, el modo en que puede conformarse ese vínculo familiar, pues basta con la sola voluntad responsable de conformar; de manera que aun

cuando la adolescente víctima de acceso carnal abusivo decida no contraer matrimonio, ni convivir con el padre de su hijo, no por ello hay ausencia del vínculo familiar y no por ello deja de ser digno de protección el derecho del menor nacido de esa relación para conservar sus vínculos familiares y la protección, contacto y afecto con sus padres.

De manera pues, que la concepción de familia desligada incluso de la vida en común no puede desconocerse dado ese vínculo familiar entre padre e hijo fruto de relaciones sexuales “consentidas” con madre adolescente con edad entre 12 y 14 años, e incluso entre los mismos padres y es ahí precisamente que cobra importancia el interrogante ¿si el derecho penal es la solución? Sí la sanción penal impuesta en estos caso se ajusta a los principios que la rigen, o sí por el contrario se hace necesario que en determinados casos se pueda renunciar o suspender la acción penal en beneficio de los derechos del infante de tener una familia y a no ser separado de ella. Sí se cumple o no con el interés superior del menor imponiendo tratamiento punitivo en este tipo de situación. Al respecto se considera que aun cuando no es deseable un matrimonio precoz, no por ello se puede negar que el infante fruto de esa relación tiene derecho a tener un padre que pueda cumplir con sus obligaciones fuera de un establecimiento carcelario, pues resulta un contrasentido invocar el interés superior del menor para imponer la sanción intramural al tiempo que se le priva de ese derecho de tener contacto y protección de su propio padre como parte de su familia, problemática a que incluso ni siquiera los países más desarrollados han podido dar una solución al analizar el matrimonio infantil o precoz.

En atención a la problemática expuesta llama por eso la atención los estudios de Unchained at Last, 2010 organización estadounidense que lucha contra la erradicación del matrimonio infantil denominado así en Estados Unidos, cuando uno de los contrayentes tiene menos de 18 años encontrando que en dicho País, entre los años 2000 y 2010 hay una cifra de 167.000 matrimonios infantiles en 38 estados y aun cuando las reglas en cuanto a la edad de los contrayentes menores de edad varían en cada Estado para casarse con autorización de sus padres, se estableció que los niños más jóvenes a los cuales se le autorizó casarse tenían una edad de 12 años(Guibreteau, 2017), hecho que no deja de sorprender si se observa que se trata de unos de los países más desarrollados del mundo (Publimetro, 2016).

CAPÍTULO II

DERECHO DE MENOR A TENER UNA FAMILIA Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PENA.

2.1 Derecho del Menor a Tener Una Familia

Las distintas significaciones de familia en un sentido general, de un pasado y un futuro, desde lo que implica considerar que es la familia en cualquier sociedad, tanto concepto moderno, amplio donde se considera la médula, el organismo jurídico esencial; es la aptitud de ser padre o madre e hijos bajo autoridad, protección, manutención y especial cuidado, por sus progenitores y por convivencia, tiene origen el concepto de familia en el derecho de Colombia que incluye lo anterior y sus diferentes vínculos jurídicos, como el de matrimonio, parentesco, filiación, unión intersexual, unión marital, entre otros, que tiene asidero en lo que define hoy familia “... núcleo esencial fundamental de la sociedad...”(Gómez, 2017) expuesto en el artículo 42 de la Constitución Política de 1991, consagró los principios esenciales (i) que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y (ii) el Estado y la sociedad garantizan protección integral a la familia. Por otra parte, la Carta en el artículo 44, les otorga prevalencia a los derechos de los menores sobre los derechos de los demás (Monroy, 2015, pp.1-7).

El carácter de derecho fundamental de la familia, como núcleo de la sociedad, se encuentra consagrado en diversos instrumentos del derecho internacional. El señalamiento del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, establece:

(...) 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio (Resolución, 2017 A (III), 1948, Art. 16).

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (...) (Resolución, 2017 A (III), 1948, Art. 16).

Hay que observar que además de la Constitución, la costumbre, la doctrina, la jurisprudencia, existen los principales tratados y declaraciones sobre derechos humanos de los que Colombia es Estado Parte y que se integran al derecho interno en lo relativo a familia lo ha ratificado la Sentencia C – 683 de 2015 (Palacios, 2015). Hoy en día el derecho al menor prevalece por encima de cualquier otro es autónomo; la expedición del código del menor regula los conflictos sociales y se encuentra enriquecido de los aportes que la jurisprudencia y la doctrina tienen en cuenta a nivel internacional: la Declaración de Ginebra, 1924, La Declaración de los Derechos del Niño 1959 la adopción de la convención sobre Derechos del Niño de 1989, Convenciones sobre derecho adopción de menores, 1989, Tráfico internacional de menores, 1994 y obligaciones alimentarias 1989 normas que refuerzan la protección al menor y al derecho del menor; y la legislación interna civil y de familia y complementarias, como fuentes derecho a la familia y al menor (Monroy, 2015, pp.30-37).

En ese sentido, la Corte Constitucional reitera la sentencia C-577 de 2011 y se pronuncia recientemente al derecho que tiene todo menor a tener una familia “se encamina a propiciar las condiciones para su desarrollo armónico e integral en un entorno de amor y cuidado por vínculos naturales o jurídicos de lo que es una familia” (Mendoza, 2011).

Es así que estima la Corte Constitucional en Sentencia C-071 de 2015, que por eso, cuando un niño no tiene una familia que lo asista, ya sea por el abandono de sus padres biológicos o por cualquier otra causa, y los demás familiares directos incumplen sus deberes de asistencia y socorro”, señalando consideraciones como estas: “ (...) es el Estado quien debe ejercer la defensa de sus derechos al igual que su cuidado y protección”, (5.2), en la misma sentencia refiere “al principio de solidaridad y al derecho de los menores a tener una familia y a no ser

separados de ella, aclaró que aun cuando lo normal es que el niño nazca y crezca en el seno de una familia, y lo excepcional es que sea expósito, en todo caso el derecho del menor a tener una familia no significa necesariamente que deba ser consanguínea y legítima”. Es también el derecho a que provisionalmente el niño tenga su hogar amigo, su familia sustituta, por eso el Código del Menor emplea el término colocación familiar (6.2)” (Palacio, 2015).

Con estas razones confina el amparo de los derechos del menor a tener una familia y la finalidad de esta no excluye el derecho que tiene el menor en ejercicio de todos sus derechos.

2.2 Principio de Legalidad de la Pena

Hay quienes reconocen el primer referente del Principio de Legalidad en Inglaterra con la Constitución de Juan Sin Tierra, mediante la cual consagró este monarca a favor de los señores feudales, el derecho a no ser privado de la libertad, ni de sus otros derechos o confiscados sus bienes, ni declarado fuera de la Ley, ni desterrado o despojado o descendido de su rango de cualquier forma, ni usar la fuerza contra éste, sino en virtud de sentencia judicial y con arreglo a Ley del reino (López, 2004, p.107). De esta manera iniciando el Siglo XIII se observan los primeros pilares del Principio de Legalidad, aun cuando lo fuera sólo para brindar seguridad jurídica a una cierta categoría de los súbditos.

El Principio de Legalidad viene a ser definido por el filósofo y criminalista alemán Paul Johan Feuerbach bajo el aforismo “*regla nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*” (Villavicencio, 1990, p.59) de manera que el principio viene a garantizar la seguridad jurídica y la libertad individual de las personas. Está considerado como una de las Teorías Clásicas de la Pena al considerar su función como preventiva, pues la ley penal previa es disuasiva al predecir la acción delictiva.

Desde la anterior visión el principio de legalidad presenta las siguientes características identificadas y abstraídas por Ernst Von Beling: *lex certa*, *lex praevia*, *lex stricta*, *lex scripta* (Escuela Nacional de la Judicatura, 2007).

Lex Certa. *Prohibición de conceptos jurídicos indeterminados.* El legislador deberá describir en forma clara, nítida y precisa las conductas y sus consecuencias, aun cuando exista un ámbito de punibilidad que permita al juez dosificar la pena dentro de un rango determinado, conforme a la gravedad del hecho y las reglas de individualización.

Stricta. *Exclusión de analogía.* Proscripción de analogía en mala parte. Se permite únicamente la interpretación literal. Se ha venido aceptando la analogía in Bonam partem.

Scripta. *La ley como fuente única del Derecho Penal.* Se proscribe la costumbre como fuente del Derecho penal, como sí procede en otras ramas del Derecho. (Ej. Derecho Comercial)

Praevia: Prohibición de retroactividad de la ley penal. Ley promulgada anterior a su comisión, sólo se aplicará en la parte favorable.

2.3 Los Principios de las Sanciones Penales.

El “Artículo 3 de la Ley 599 de 2000, consagró los Principios de las sanciones penales, preceptuado:

“la imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los *principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.* El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan” (Ley 599, 2000, Art.3)

La proporcionalidad de la ley tiene que ver conforme las pautas de la Corte Constitucional según Sentencia C -072 de 1996, como la prohibición de excesos, la cual se obtiene a través de un juicio de los medios.

Como principio para la delimitación y concretización de los derechos constitucionales, la proporcionalidad exhibe una naturaleza diferencial, o sea, que admite una diversa libertad de configuración legislativa dependiendo de la materia. Así, por ejemplo, en el ejercicio de la

reserva legal establecida para la reglamentación de derechos constitucionales, sólo la restricción excesiva e imprevisible de los mismos implica la ilegitimidad del medio escogido para la realización de los fines constitucionales” (Mendoza, 1996).

De acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional, no es ajena al Principio de Proporcionalidad la dosimetría de la pena y exige un juicio de razonabilidad o ponderación de los medios para delimitar y concretar los derechos constitucionales.

Es así como lo ha avizorado la Corte al estudiar la necesidad de la restricción de la libertad, exige contrastar esa necesidad de restricción con otras medidas preventivas también idóneas, pero menos restrictivas de la libertad. También se refiere al principio de proporcionalidad requiriéndose un daño efectivo al bien jurídico tutelado (C- 070 de 1996)

La antijuridicidad y la culpabilidad en el derecho constitucional se introducen en el derecho Constitucional a través de este Principio. Se exige entonces una lesión efectiva a los bienes jurídicos tutelados, como consecuencia de la obligación constitucional “del estado de proteger a las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades” (Gómez. 2017, Art. 2).

Pero de relevancia para este estudio, es lo expuesto por la Corte Constitucional según Sentencia C -591 de 1993 donde se rescata cómo la “aplicación de la pena consagrada en la ley” deberá efectuarse conforme “grado de culpabilidad del sujeto”, es así que “el juicio de proporcionalidad es, por lo tanto, necesariamente individual y el castigo impuesto debe guardar simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al que se imputa” (Cifuentes, 2004)

El Principio de lesividad o principio de antijuridicidad material está íntimamente ligado al Principio de Proporcionalidad, al de Mínima Intervención Penal y al de Razonabilidad. Es un Principio que limita el ius puniendi de manera que solamente deben ser objeto de sanción penal las conductas que lesionen o dañen o pongan en peligro de manera significativa el bien jurídico tutelado en forma individual o colectivamente. Pero la selección de las conductas exentas del

reproche penal no es facultad exclusiva del legislador, sino también del operador jurídico, en el momento de valorar la conducta (Espinosa, 2004).

Entendido de esta manera **el principio de lesividad**, asume que el daño para el caso del abuso sexual se vincula con el bien jurídico de la integridad, libertad y formación sexuales, sin embargo también ha dicho la Corte Suprema de Justicia que el daño en los delitos sexuales tratándose de menores de 14 años se presume, no obstante por tratarse el daño de un elemento subjetivo, consideramos no es el mismo en todas las víctimas no sólo por lo que signifique en su fuero interno, sino que también porque está íntimamente ligado a la edad de las víctimas, pues no es lo mismo el impacto del abuso sexual aún con consentimiento de la víctima en menores infantes que en menores adolescentes.

Como también ha sido enfática la Corte Constitucional en Sentencia C -591 de 1993 precisa:

Que "el carácter social del estado de derecho, el respeto a la persona humana, a su dignidad y autonomía, principios medulares del ordenamiento constitucional, se sirven mejor con leyes que encarnen una visión no disociada del principio de proporcionalidad y de subsidiariedad de la pena, de modo que ésta sólo se consagre cuando sea estrictamente necesario"(Cifuentes, 1993).

Salta de bulto que el principio de proporcionalidad no sea solamente una obligación del juzgador, sino también del legislador ya que su labor debe estar delimitada por el mismo, y no sólo por argumentos de la política criminal que existan sobre el tema.

Enseña la Corte Constitucional en la Sentencia C-213 de 2004, que no basta la comparación entre unos delitos y otros o entre unas penas y otras para fundar una supuesta infracción a la Constitución, sino que ésta debe ser manifiestamente desigual e irrazonable de manera que se vulneren los límites constitucionales de Política Criminal (Montealegre, 2004).

2.3.1 El Principio de Legalidad en la Legislación colombiana.

El principio de Legalidad se encuentra consagrado en los incisos 2 y 3 del Artículo 29 de la Constitución Política de 1991 cuando prevé: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” (Gómez, 2017)

Desde luego su desarrollo legislativo encuentra apoyo bajo cuatro reglas (i) “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al *acto* que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” (ii) “La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.” (ii) “la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. (iv) “la analogía sólo se aplicará en materias permisivas” (Ley 599, 2000).

Resulta claro para la Corte constitucional según Sentencia C -530 de 2003, que el principio de legalidad, en términos generales, puede concretarse en dos aspectos: el primero, que exista una ley previa que determine la conducta objeto de sanción y, el segundo, en la precisión que se empleó en ésta para determinar la conducta o hecho objeto de reproche y la sanción que ha de imponerse (Montealegre, 2003)

En efecto. La Corte Constitucional en Colombia como guardiana de la Constitución, ha sido consecuente en recordar la importancia del principio de legalidad, manifestado desde la Sentencia C -843 de 1999 que las conductas punibles y las penas deben estar “inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la Ley” (Martínez, 1999). De esta manera recuerda la Corte, que sólo así cumple el Principio de legalidad su función garantista y democrática protegiendo la libertad de las personas y asegurando la igualdad del poder punitivo estatal.

Siendo innegable que el Derecho Penal se constitucionalizó a partir de 1991, hay que tener presente que la interpretación normativa o la hermenéutica Constitucional se ha desligado de la exégesis pregonada por Savigny (en contraposición a Ihering) siempre y cuando la misma responda a los fines sociales del estado.

La interpretación finalísima o teleológica ha sido considerada por algunos como un fetichismo a la ley escrita y no a un respeto del Principio de Legalidad (López, 2006, p.23), sin embargo los defensores de esta hermenéutica finalista o teleológica han reconocido que existen instituciones que no podrán ser sometidas a ponderación alguna, manifestándose de acuerdo con postulados esbozados por la Corte Constitucional y como ejemplo de esta intangibilidad se menciona la prohibición de la pena de muerte, la proscripción de la tortura y el ***principio de la legalidad de la pena*** pues deberán aplicarse directamente, desplazando cualquier otra norma que las limite.

La Corte suprema de Justicia según Radicación. 13466 de 2000, congruente con ésta posición ha señalado que el juzgador no puede dejar de aplicar la norma, pretextando que las razones que llevaron al legislador a incriminar penalmente la conducta son equivocadas, y que no las comparte y recuerda que la obligación constitucional del juez es someterse al imperio de la ley, y darle aplicación cuando corresponde hacerlo, no entrando en consideraciones de lege ferenda (sobre lo conveniente o deseable de la norma) para justificar el apartamiento de ella. (Arboleda, 2000).

Dentro de la potestad configurativa axiológica del legislador (principio de legalidad) de la Ley 599 de 2000, se encuentra tipificado el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años vigente, con un ámbito punitivo entre 12 y 20 años (Ley 599, 2000).

No obstante la exposición de motivos, que precedió la norma en comento y la presunción *iure et de iure*, sobre la incapacidad del menor de 14 años a auto determinarse y actuar libremente en el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, no puede desconocer la peculiaridad de algunos casos donde la víctima es una adolescente entre 12 y 14 años que mantiene relaciones sexuales consentidas dentro de lo que ella considera un contexto de afecto y relación sentimental,

del cual nace un hijo con el derecho a tener familia y a no ser separado de ella siguiendo las reglas constitucionales.

El modelo Social del Estado Social Democrático de Derecho, incorporado en la Carta Política de 1991, determina unos principios limitadores el *ius Puniendi* de manera que producto de la seguridad jurídica que debe prevalecer en cualquier actuación procesal tanto en garantía del procesado, víctima, interviniente o sociedad en general, deben establecerse criterios precisos e inequívocos para imponer la sanción penal, debiendo las autoridades guardar respeto y observancia al ordenamiento jurídico del Estado en sus diferentes ramas; en el caso concreto del legislador al momento de tipificar los delitos y las penas debe protegerse un determinado bien jurídico constitucionalmente válido, ya que el ilícito comienza con la ejecución dolosa de actuar contrario a la ley (Viveros et al., 2016, pp.51:52)

2.4 Principio de Legalidad de La Pena en el Punible de Acceso Carnal Abusivo Con Menor de 14 Años

Tal como se expuso en el acápite precedente el Principio de Legalidad no solamente afianza la seguridad jurídica de los ciudadanos, sino que principalmente constituye una garantía explicado por el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege* el cual exige como ya se explicó, que la ley sea escrita, previa y cierta (sin ambigüedades) con respecto a los delitos contra la integridad, libertad y formación sexuales se encuentra en el Capítulo II, Título IV de la Ley 599 de 2000, encontrando en primer lugar el punible de Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 Años (artículo 208) y Actos Sexuales con Menor de 14 años (209). Se observa en consecuencia que el legislador colombiano estableció sin ambigüedad la presunción legal de que los menores con la edad referida, no se tienen la capacidad de determinarse y actuar libremente en ejercicio de su sexualidad, contrario a lo que ocurre en otras legislaciones foráneas (Argentina, España, U.S.A.)

De hecho, conforme el ordenamiento jurídico de España, en el Artículo 183 quáter tal como se explicó en líneas precedentes, preceptúa que el menor de 16 años puede disponer de su sexualidad y excluye la responsabilidad del agente, cuando su edad y grado de madurez o desarrollo es próximo al de la víctima. (Grado de discrecionalidad del juzgador).

Se debe señalar que, en Argentina el legislador consagró en el Artículo 119 del Código Penal, una pena entre seis meses a cuatro años para el abuso sexual con menor de trece (13) años, o cuando exista violencia o intimidación o no exista un consentimiento libre de la víctima por relación de dependencia, de autoridad, de poder etc., (Congreso de Argentina. Ley 25.087, 1999, Art.119)

Sin embargo, el Artículo 120 del mencionado ordenamiento penal (recientemente modificado) extiende la protección de los menores hasta la edad de 16 años en relación con el autor, cuando este se aprovecha de la inmadurez sexual de la víctima o se trata de una relación desequilibrada en cuanto a la edad de la víctima, “situación de preeminencia respecto de la víctima y cualquier otra circunstancia equivalente siempre que no resulte un delito penado con más severidad” (Congreso de Argentina. Ley 25.087, 1999, Art.120)

2.5 Pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia

En la búsqueda para saciar el interrogante, se encontró que la Comisión Intersectorial para el Seguimiento del Sistema Penal Acusatorio (CISPA) con el apoyo de la Embajada Británica ejecutó entre julio de 2012 y marzo de 2013 un proyecto orientado al fortalecimiento de la persecución de los delitos sexuales cometidos contra mujeres se hizo una extensa investigación de la jurisprudencia más importante en materia de violencia sexual contra la mujer no pudiéndose encontrar ningún pronunciamiento resuelve no Casa; es una lista considerable, y la observación sistemática documental que se hizo de forma personal no mostró violación a principio de legalidad de la pena en los delitos sexuales de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (Comisión Intersectorial para el Seguimiento del Sistema Penal Acusatorio, 2017).

En todo caso, para el objeto de estudio se ha auscultado la Rama Judicial Colombiana - relatoría de la Corte Suprema de Justicia y haciendo uso de ella se presenta información actual similar en los pronunciamientos importantes que brevemente se esbozan para así tener un mejor ilustración del principio de legalidad en la pena y en los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14

años, siendo preexistente en el enunciado que no es exclusión de responsabilidad el consentimiento para la tipificación consagrada en el Código Penal Colombiano.

Mediante Sentencia Radicada No 41948 de 25 de enero de 2017, la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, enseña que se viola el principio de legalidad cuando se emplea la utilización de un concepto estrictamente anatómico si se tiene en cuenta para la afectación de la libertad sexual y la esfera corporal e íntima de la víctima en una alusión básica en el delito de acceso carnal violento (Patiño, 2017).

Mediante Sentencia SP 8611-2014, Radicación No. 34131, la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, resuelve un recurso de Casación interpuesta por el ciudadano JEL, contra la sentencia de segunda instancia - Tribunal Superior del Distrito Judicial que revocó la absolución dispuesta por el Juzgado 9 Penal del Circuito de Conocimiento de esa misma ciudad, y lo condenó como autor penalmente responsable del delito de acceso carnal violento agravado (Bustos, 2014). La cuestión fáctica se contrae al caso concreto y en cuanto al principio de legalidad se presume la no valoración y vulneración de este principio por violación al artículo 29 del Código de la Constitución (el debido proceso), en causal de falso juicio de legalidad, la Corte hace un señalamiento de la diferencia entre violación al debido proceso probatorio a los requisitos y formalidades previstos de ley para la formación, validez y eficacia de la prueba, dado que ésta, con la Ley 906 de 2004, debe sujetarse a principios como son los de legalidad, publicidad, oralidad, contradicción, inmediación y concentración, so pena de desnaturalizar el respectivo acto probatorio, ocasionando la nulidad del mismo cuando efectivamente el desacato de aquellos se traduce en irrespeto de las garantías de alguna de las partes en sus apartes se pronuncia sobre el principio de legalidad señalado lo que trae la Ley 906 de 2004 así:

“El principio de legalidad tiene relación con la previsión de que únicamente se consideran “medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico” (Ley 906, 2004, Arts. 6, 275, 276,277 & 382).

La defensa argumenta una violación al principio de legalidad por falta de valoración de la prueba y respecto a esto la Corte Suprema de Justicia señala en Sentencia SP – 34131 de 2014, que de los medios de prueba se observa lo prescrito en la Constitución Política, en los tratados internacionales vigentes en Colombia y en la ley acerca de los derechos humanos y como sucede con cualquier otra prueba para que pueda ser apreciada en el juicio oral, resulta claro que en materia de admisibilidad de la prueba de referencia también rige el principio de legalidad, en la medida en que sólo se acogerán aquellas que se encuentran incluidas en las previsiones Ley 906 de 2004, Art 438 (Bustos, 2014).

CAPÍTULO III

LEGISLACIÓN DE DELITOS SEXUALES

3.1 La Irracionalidad Jurídico – Formal

3.1.1 Noción

Algunos estudiosos del abuso sexual como fenómeno social han encontrado que la actividad de ciertos grupos sociopolíticos ha colocado como problema de primera preocupación el abuso sexual, fenómeno que dicho sea de paso no escapan las sociedades más civilizadas. Es así como se señala en primer orden un grupo compuesto por trabajadores sociales que exclusivamente abraza el lobby de la protección infantil y uno segundo integrado por el movimiento feminista, “cuya coalición” lo ha venido legitimando profesional y moralmente, para ponerlo de relevancia (Finkelhor, 1980, p.10).

Tratándose de un derecho de tipo penal sexual, no se puede desconocer una tensión entre el garantismo penal y los movimientos feministas pues mientras el primero como abanderado del “principio de mínima intervención” considera el garantismo como un modelo normativo de derecho, capaz de reducir la violencia de la intervención punitiva, “tanto en la previsión legal como en su comprobación judicial sometida a estrictos regímenes impuestos para tutelar los derechos de las personas” (Ferrajoli, 2006. p.11), en el otro extremo encontramos los movimientos feministas que se han venido agrupando en torno a la doctrina de lo que se ha llamado “jurisprudencia feminista”, (Sánchez, 2006) con eco en muchas ocasiones en legisladores que se arrojan bajo el fenómeno del populismo punitivo.

De tal modo que el movimiento feminista legal en contraposición al movimiento abolicionista, que reconoce la incapacidad del Derecho Penal como solución de los conflictos sociales, crítica la necesidad de un tratamiento no penal en los casos de agresión sexual por cuanto el abolicionismo obedece a una visión androcéntrica del derecho, en la medida en que se

considera que el derecho penal es generalmente analizado por hombres que en general lo aplican a otros hombres quienes son la mayoría de quienes se penaliza. Desde el punto de vista del feminismo, la solución abolicionista estaría permitiendo entonces, que las mujeres pongan en segundo plano sus intereses a favor de los intereses de otros, de manera que se pone en entredicho la utilidad del derecho penal como instrumento patriarcal no efectivo para mejorar la situación de las mujeres. (Smaus, 1992, p.10). Abandera entonces el movimiento feminista la tipificación de la violencia sexual como violencia de género, el aumento punitivo y el reconocimiento de los derechos de la víctima. Veamos cómo se ha visto reflejado en nuestra legislación: La Ley 1257 de 2008

Si bien en Colombia no se observa con contundencia una influencia de los movimientos feministas, no puede desconocerse que el derecho penal sexual en Colombia se encuentra influenciado por los parámetros establecidos en los instrumentos internacionales y en el movimiento foráneo del feminismo legal, encontrándose en primer lugar, la Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres conocida como la “*Convención de Belem do Pará*”, al señalar en su preámbulo que “la violencia contra la mujer constituye una violación a los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades” (Departamento de Derecho Internacional, Organización de Estados de América, 1994).

De igual relevancia es “la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Violencia contra la Mujer (CEDAW)” (1992), obliga a los Estados parte que adopten las medidas adecuadas para prescindir la discriminación en contra de la mujer, eliminarla en todos los ámbitos (Organización de las Naciones Unidas, 1979, art 2), interpretando la violencia contra las mujeres como la mayor expresión de discriminación y desigualdad de las relaciones de poder en razón al género (hombres y mujeres) y la transgresión a los Derechos Humanos que ello representa las recomendaciones de La Convención (CEDAW) de 1988 en los Número 6 y 7. (Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres, 2009).

La Ley 1257 de 2008 por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones, es expedida como consecuencia de los compromisos internacionales de Colombia, derivado entre otros de los instrumentos citados precedentemente.

El Artículo 2°.de la mencionada norma, redefine el concepto de violencia contra la mujer, entendiéndose por tal cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, **sexual (resaltado fuera de texto)**, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado.

El Artículo 3°. Define el concepto de daño contra la mujer y en el literal c. el **Daño o sufrimiento sexual** como las consecuencias que provienen de la acción consistente en obligar a una persona a mantener contacto sexualizado, físico o verbal, o a participar en otras interacciones sexuales mediante el uso de fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal. Igualmente, se considerará daño o sufrimiento sexual el hecho de que la persona agresora obligue a la agredida a realizar alguno de estos actos con terceras personas.

Igualmente, el Artículo 7° *Ibíd*em, determina el derecho de la mujer a su integridad sexual y el literal k del Artículo 8° permite a la mujer decidir voluntariamente si puede ser confrontada con el agresor en cualquiera de los espacios de atención y en los procedimientos administrativos, judiciales o de otro tipo.

Reconociendo que recientemente la actividad de los movimientos feministas han contribuido para que se tomen medidas necesarias para mejorar la situación y los derechos de la Mujer, también es cierto que muchas veces la producción legislativa puede verse sometida a presiones

no solo en el caso de los movimientos feministas que muestran su interés en la protección de la mujer contra la violencia intrafamiliar y sexual, sino también de la influencia de la opinión pública en general, los movimientos políticos interesados en complacer el clamor popular y los medios de comunicación, lo cual se traduce generalmente en aumentos punitivos exagerados que no contribuyen en forma eficaz con la erradicación del delito.

El tema no es indiferente, pues considera con razón suficiente, Weber, que todo tipo de “justicia popular”, así como todo género de influencia de la llamada opinión pública sobre la administración, traban el desarrollo racional de la justicia y de la administración con una fuerza semejante a la de los manejos astrológicos de un gobernante “absoluto”, explica también el sociólogo alemán como la opinión pública en una democracia de masas, se reduce a un comportamiento comunal que surge de “sentimientos” irracionales que por lo general la difunden los dirigentes de los partidos y la prensa (Weber, 1944, p.65).

Claro ejemplo de la irracionalidad jurídica, fruto de ese comportamiento difundido por los dirigentes de partidos y la prensa se encuentra en el Proyecto de Ley 25 de 2006, por medio del cual se propuso incrementar las penas en materia de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Es así como el proyecto legislativo, sustenta la exposición del Dr. Emilio Otero Dajud, 2006 motivando, el aludido caso de Luis Alfredo Garavito a quien se le adjudicó la comisión de más de 140 homicidios de niños, “y según se informó en los medios de comunicación masivos, previamente a la muerte, el victimario abusaba sexualmente de ellos” (Proyecto de Ley 25, 2006)

Los políticos y sus partidos capitalizan el temor de la sociedad por el delito, poniendo de presente una práctica discursiva en la búsqueda del prestigio electoral, transmitiendo a los electores una visión de idoneidad del servidor público o funcionario judicial que estuviera dispuesto a impulsar, patrocinar o gestionar el uso de medidas penales severas, irracionales e injustas (Velandia, 2016, p.86).

Se trata independientemente de que se considere si es o no proporcional el aumento punitivo propuesto, lo que llama la atención es que la propuesta se presenta como una adecuada respuesta

“a futuro” frente a las deficiencias evidentes de la respuesta penal actual (Proyecto de Ley 25, 2006).

De manera que puede pensarse, que el ponente del proyecto con el aumento punitivo propuesto, simple y llanamente le atribuye a la pena en los delitos sexuales dentro del marco de la TEORÍA DE PREVENCIÓN GENERAL, una función intimidatoria, capaz de disuadir a pedófilos de la comisión de futuros delitos, lo cual no puede ser menos alejado de la realidad si se tiene en cuenta que tratándose de delitos sexuales no existe en la gran mayoría de casos ese poder disuasivo que se le atribuye a la pena.

La Ley de Infancia y Adolescencia (Ley 1098, 2006), consagró la prohibición de beneficios y subrogados penales por delitos de lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, de manera que no procede la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el numeral 8 del artículo 324, de la Ley 906 de 2004 modificada por el artículo 2 de la Ley 1312/09 para los casos de reparación integral de los perjuicios.

Tampoco procederán para esta clase de delitos contra los menores las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, ni 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.

Si bien en Colombia no existe una completa visibilidad de la injerencia directa de los movimientos feministas en la legislación penal en materia de delitos sexuales, no se puede desconocer que el marco normativo internacional ha impuesto la necesidad de poner a tono con los instrumentos internacionales, la legislación del País en relación con la violencia de género comprendiendo dentro de ella la violencia sexual (Ley 1257, 2008), resultando claro que en materia de protección internacional de los derechos de la mujer han sido importantes los

movimientos feministas con sus luchas sociales para atraer la atención de los legisladores en el ámbito del Derecho Internacional^{iv}.

Por otra parte, en Colombia la Ley 1761 de 2015, conocida como la Ley Rosa Elvira Cely, permitió individualizar y crear el delito de feminicidio como delito autónomo, determinando como una de sus caracterizaciones, el ejercer sobre el cuerpo y la vida de la mujer actos de instrumentalización de género o sexual o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales y su sexualidad (Congreso de Colombia ,2015).

En la exposición de motivos de la aludida Ley el Congreso “Rosa Elvira Cely” No. 107 /13 reconoce claramente la intervención de los movimientos feministas en pro de la defensa de los derechos de la mujer contra la violencia, no siendo ajena la violencia sexual, citando a manera de ejemplo la mesa de mujer y conflicto armado, la red nacional de mujeres y la confluencia de redes de mujeres entre otras organizaciones de defensa de derechos de las mujeres, que han venido presentado informes a la CIDH y a la ONU con el propósito de propiciar visitas que se exhorte al gobierno para que tomen las medidas necesarias para la erradicación del problema de manera pues no puede soslayarse la contribución de los movimientos feministas en la producción normativa y punitiva del abuso sexual (Congreso de Colombia, 2013).

Sin embargo, obsérvese que la creación de la Ley en la mayor parte es un fenómeno de acción-reacción y no de una política criminal, ni de una propuesta razonada y estudiosa de estos movimientos; nótese que sólo cuando ocurre el feminicidio de Rosa Elvira Cely se expide la Ley 1761 de 2015, es ahí cuando se recuerdan esos informes que ahora sirven de sustento en la exposición de motivos a la mencionada Ley.

Se dice precisamente que la legislación interna y el derecho internacional es fruto de la evolución y desarrollo de las reivindicaciones y teorías feministas en diversos países, siendo uno de los puntos más claros la visibilidad de la violencia contra las mujeres en todas sus formas,

^{iv} Entiéndase dentro del Derecho Internacional a los tratados internacionales se encuentran: “La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW de 1979, con sus recomendaciones 12 y 19, en las que se clarifica la inclusión del tema de la violencia dentro de dicha Convención”.

protegiendo la libertad sexual de la mujer, evidenciándose un avance en el enfoque de género, procurando así el derecho de las mujeres a tener una vida libre de violencia (Munévar, 2012, pp. 135-175).

No puede entonces reducirse la influencia de los movimientos feministas a los derechos laborales, sociales, económicos y en el ámbito penal a la violencia intrafamiliar o doméstica, cuando se observa precisamente uno de los bastiones de los movimientos feministas ha sido incluir en la legislación sobre violencia de género, la violencia sexual como uno de los factores del feminicidio y no solamente como producto de la violencia intrafamiliar. Es así que la investigación feminista ha venido categorizado, sin que se pueda afirmar que son las únicas categorías el feminicidio como feminicidio íntimo y no íntimo según sea el tipo de relación cercana o no cercana del hombre homicida con la víctima y se ha acuñado incluso el término de feminicidio por conexión, como aquél que comete el hombre cuando da muerte a mujeres que no son parte de “su objetivo feminicida” pero que por intervenir en la defensa de la víctima se hallarían en la “línea de fuego” (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2012, p.60)

La preocupación de la violencia sexual dentro de las investigaciones feministas ha sido reiterada, obsérvese como algunas han considerado el feminicidio como “el extremo de un continuo terror antifemenino” incluyendo abuso físico y verbal citando a manera de ejemplo: la violación, la tortura, la esclavitud sexual, abuso sexual infantil, hostigamiento sexual, clitoridectomía, escisión, infibulación, maternidad forzada, aborto (Russel y Jill, 2006).

Toda reflexión se inscribe en no poder desconocer que el marco normativo internacional que protege la libertad sexual de la mujer, tiene claramente un avance en el enfoque de género, pues la mayoría de las legislaciones, a tono con lo pactado en las convenciones internacionales sobre el tema, han modificado el bien jurídico tutelado, otrora llamado “moral”, “pudor sexual” por libertad sexual, reconociendo con ello esa autonomía de la mujer sobre su propio cuerpo y sobre el libre ejercicio de su sexualidad y de esta manera también se ha venido consagrando como agravante de la violencia sexual el parentesco de afinidad por el carácter de cónyuge. En atención con ese marco normativo internacional en Colombia hoy en día se protege el bien

jurídico de la Libertad, Integridad y Formación Sexuales (Congreso de la República, 2000, Ley 599).

3.1.2 Aumento punitivo en los delitos sexuales y la supresión de beneficios

En las estadísticas de Profamilia se muestra que, contrario, a lo esperado, hay un aumento significativo del embarazo de adolescentes, en una caracterización de la situación de las mujeres entre 13 y 19 años a partir de Ley 1236 de 2008, la cual previó un aumento punitivo de los delitos sexuales y pese a la supresión de subrogados penales a partir de la Ley 1098 de 2006. (Profamilia, 2016).

Tabla No. 1 Estadísticas delitos sexuales adolescentes – Profamilia

ENDS	TOTAL	CON HIJO	ACTUALMENTE EMBA-RAZADA	CON ALGUNA PÉRDIDA	ALGUNA VEZ EMBARAZADA	% CON HIJO	% EMBA- RAZADA	% CON ALGUNA PÉRDIDA
ADOLESCENTES 15-19 Años								
1990	1809	182	60	5	247	9,6	4,1	1,4
1995	2171	298	85	19	402	13,5	5,1	2,0
2000	2266	362	91	28	481	15,1	5,4	2,9
2005	7096	1194	317	113	1624	16,2	5,6	3,7
2010	9354	1658	360	151	2169	15,8	4,5	3,2
ADOLESCENTES 13-19 Años								
2005	10297	1217	337	118	1672	11,5	4,0	2,6
2010	13313	1687	395	157	2239	11,4	3,5	2,3

Fuente: **Datos obtenidos en PROFAMILIA.**

Disponible en: www.profamilia.Org.co/encuestas/profamilia

Según el informe, “los adolescentes no tienen hijos con otros adolescentes, de acuerdo con la información que reporta el Departamento Nacional de Estadística (DANE), sólo el 0.8 % de los

adolescentes tienen relaciones con otros adolescentes. El restante, 99.2%, tienen hijos con adultos” (Departamento Administrativo Nacional de Estadística, 2013).

En materia de delitos sexuales, esa función negativa de la pena puede no tener ese efecto disuasivo en futuros delincuentes dada la naturaleza de estas conductas. Así parece entenderlo la Corte Constitucional en Sentencia C-061 de enero 30 de 2008, cuando declaró la inexecutable del inciso 2 del Artículo 48 de la Ley 1098 de 2006, mediante el cual se consagra la obligación de los concesionarios de servicios de radiodifusión, televisión y espacios electromagnéticos de ceder espacios de su programación para transmitir la presentación, por lo menos, una vez a la semana, con nombres completos y foto reciente, de aquellas personas que hayan sido condenadas en el último mes por cualquiera de los delitos contemplados en la ley penal (Pinilla, 2008) “Título IV, ‘Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales’” (Ley 599, 2000), cuando la víctima haya sido un menor de edad.

Una de las razones esgrimidas por la alta Corte Sentencia C – 061 de 2008 dentro del test de proporcionalidad, es la idoneidad de la medida para alcanzar el objetivo propuesto, puesto que al consultar las actas, no existía constancia que se hubiere sustentado de manera concreta, si es que frente al propósito de protección de la niñez, el medio (en este caso el llamado por algunos muro de la infamia) inserto en el inciso demandado resultaba preferible a otros medios de posible menor impacto frente a la persona condenada; así la Corte fundándose en la falta de evidencia empírica sobre los efectos de la publicación en mejores niveles de protección a la niñez, encuentra que la finalidad admitida se muestra sólo de carácter genérico, esto es la protección de los niños, encontrando de manera incierta la forma en que los menores se encuentren resguardados por esta medida (Pinilla, 2008).

Al inferir la Corte que la medida objeto de ponderación podría estar basada en la Prevención General de la pena, para disuadir a infractores en potencia, no encuentra la Corte que ésta sea razón suficiente para contener a un individuo de cometer una acción de la misma naturaleza, no descartando que en estas personas puedan mediar impulsos irracionales, instintivos e irrefrenables, anómalos frente al comportamiento sexual de la mayoría de la población, que

difícilmente sean controlados pese a la eficiencia y severidad de la justicia en algunos casos, con respecto a individuos con comportamiento semejante.

3.2 Principio de Última Ratio o Mínima Intervención

Desde el punto de vista Constitucional-Penal no todo hecho antisocial debe ser sancionado, en virtud del Principio de Mínima Intervención y por tanto la facultad sancionatoria criminal sólo se aplica cuando las demás alternativas de control han fallado, de manera que el legislador exclusivamente tipificará las conductas que constituyen un verdadero riesgo para la comunidad o los individuos, siendo según la Corte en Sentencia C -365 de 2012, la decisión de criminalizar la conducta humana la última de las determinaciones viables dentro de un espectro de sanciones que el Estado puede imponer en virtud de su capacidad jurídica (Pretelt, 2012).

Dado el alto impacto en la sociedad que ocasionan los delitos sexuales, especialmente contra menores, no es fácil proponer una reforma legislativa que siquiera consulte la realidad social en función de estos y que se comente en contra de víctimas adolescentes como lo son los ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS y ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS precisamente por ir en contravía del clamor popular alentado por la justicia mediática, sin embargo a pesar de que todos los delitos sexuales contra menores revisten especial gravedad, también lo es que no todos generan el mismo grado de lesividad del bien jurídico tutelado.

Según el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en Colombia 37.000 mujeres fueron violentadas en el 2015 de los cuales 22.155 corresponden a violencia sexual, siendo de ellos 19.181 menores víctimas. Sin embargo, en el año 2016 hubo un decremento de 546 con respecto al 2015 (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2016, p. 357).

Según cifras de la Federación Nacional de Personerías de Colombia (FENALPER), en el año 2015, hubo 21626 denuncias de violencia sexual, denotándose un incremento en comparación con el año inmediatamente anterior que fue de 11.293, llamado la atención que el 90% de los

casos denunciados eran menores de edad y la mayoría de estos queda en la impunidad (Federación Nacional de Personerías de Colombia, 2016).

Con respecto a estas cifras, independientemente del comportamiento que tienen en cada uno de los años, hay que resaltar que se trata de una alta cifra de investigaciones para un año que de cualquier forma superan los 20.000 casos en los últimos dos años; significa entonces que en realidad la impunidad estaría reinando en su mayoría tal como lo denuncia FENALPER y escaparía al funcionario más hábil y eficiente adelantar con la calidad y agilidad que demanda la atención de las víctimas de abuso sexual, máxime cuando es de conocimiento público que en los despachos fiscales existe gran congestión; de manera pues, que urge utilizar las herramientas originariamente previstas para en el Sistema Penal Acusatorio vigente, al menos tratándose de las conductas típicas que nos han venido ocupando a lo largo de estas líneas, a saber las previstas en los artículos 208 y 209 del Código Penal.

Cobra así relevancia para nuestro estudio el Principio de *Ultima Ratio* o Mínima intervención, definido así por quienes abogan por que el Derecho Penal sea la última ratio legis debiendo aplicarse sólo para el mantenimiento del orden jurídico y la paz ciudadana; siendo la aplicación de la sanción penal un remedio extremo cuando resulten insuficientes e ineficaces otros menos gravosos. Debe entonces no penar todos los hechos y preferirse las penas adecuadas y eficaces que resulten menos gravosas (Mir, 1969, pp.168 -169).

El Principio de Intervención Mínima, resulta medular en un Estado Social de Derecho. Se encuentra entonces que, para hablar del Principio de Intervención Mínima, se debe comprender el concepto de eficacia de la norma. La Corte Constitucional según Sentencia C -873 de 2003, hace consistir la eficacia social como requisito de validez de la norma, entendiendo con ello la efectiva aplicación que hacen los jueces de la norma y los miembros de la comunidad. Desde el punto de vista jurídico es la actitud de la norma para crear consecuencias cuando ordena, permite, prohíbe y desde el punto de vista sociológico es el dato real observable, que permite ver en qué forma y grado se cumple la norma y de qué forma la norma modifica u orienta el comportamiento o las decisiones que le atañen (Cepeda, 2003).

Al respecto no existen estudios empíricos que demuestren que se haya reducido el embarazo adolescente en menores de 14 años, como consecuencia del incremento de la pena en los respectivos tipos penales a partir de la Ley 890 de 2004.

Por el contrario, «el Observatorio de los Estudios de Género de la Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer (ONIEA), analizando el embarazo adolescente, reseña cómo puede evidenciarse que en el grupo de adolescentes de 10 a 14 años»(ONIEA, 2013) ha incrementado; reflejo de las cifras que demuestran que se ha venido creciendo el número de nacimientos al pasar de 5.842 a 6.315 en el periodo analizado (2000 - 2010), el observatorio presenta un cálculo proyectado de datos que toman del Dane y nacimiento en distribución geográfica (Observatorio de los Estudios de Género de la Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer , 2013). Vale la pena entonces preguntarse si desde el punto de vista sociológico consultado la realidad social, se encuentra que la población esté orientando su comportamiento conforme lo espera el legislador desde el punto de vista de la función preventiva de la pena, o si por el contrario se hace necesario tomar otro tipo de medidas que tengan mayor impacto en la población, en especial en el segmento más joven, como lo sería diseñar planes estratégicos efectivos de prevención contra el embarazo adolescente y las enfermedades de transmisión sexual; medidas públicas para evitar el abuso sexual; educación orientada a hacer frente a la violencia sexual y de género; etc.

Este principio de última ratio o mínima intervención es un argumento de especial relevancia para considerar, en el caso de algunas conductas de abuso sexual, pues a pesar de la gravedad de las conductas contra la integridad, libertad y formación sexuales, en algunas de ellas se podría aplicar el principio de mínima intervención o última ratio, mediante la concesión de un principio de oportunidad en etapa de indagación o la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena en etapa de juicio.

3.3 Criterios de Diagnóstico de la Pedofilia en DCM IV

El **DCM IV** es el manual de diagnóstico y estadístico de trastornos mentales creado por la Asociación Americana de Psiquiatría APA (Cooper, 2014), a través de estudios empíricos, establece de manera consensuada una nomenclatura con las enfermedades psiquiátricas y neurológicas, una guía de consulta de los diagnósticos. De interés para este estudio resulta la nomenclatura 302.2 de dicho manual, donde se describe la sintomatología para el diagnóstico de la pedofilia “Trastorno de la pedofilia”, determinando en el individuo un periodo de al menos 6 meses de fantasías sexuales recurrentes, excitantes, impulsos sexuales o actividad sexual con niños pre púberes o niños algo mayores generalmente de 13 años o menos. Dicho comportamiento debe provocar malestar clínicamente significativo y deterioro social o laboral en otras áreas (Cooper, 2014, 377).

Otra criterio de diagnóstico de un agresor es que tenga al menos 16 años y que sea al menos 5 años mayor que el niño o los niños objeto de fantasías e impulsos entre otros (Cooper, 2014, pp.377)

La nomenclatura descrita trae una nota importante y es que no debe incluirse como pedófilos a individuos en las últimas etapas de la adolescencia que se relacionan con personas de 12 o 13 años; si se tiene en cuenta que la adolescencia es una etapa que atraviesa el individuo iniciando entre los 12 y 13 años de edad y terminando entre los 21 o 22 años de edad, se refleja que la función preventiva especial de la pena para estos individuos sería discutible, pues no se podría afirmar categóricamente que se trate de una persona con impulsos incontrolables que lo hicieran necesariamente proclive a la comisión de un delito de carácter sexual contra una adolescente y que necesite ese aislamiento en sitio de reclusión (Cooper, 2014, pp.377:379).

De manera que el fin de la pena en estos casos debe estar más encaminado a prevenir el embarazo adolescente, evitar enfermedades de transmisión sexual y propender por el respeto del desarrollo integral de la mujer adolescente; quedando claro que no siempre se está ante un individuo incorregible como lo llamaría Foucault, Al respecto como ya se comentó en el acápite

pertinente algunos países han adoptado en sus legislaciones estas recomendaciones, vr. Gr. Estados Unidos, España y Argentina.

3.4 El Principio de Oportunidad

En las próximas líneas se abordará el tema del Principio de Oportunidad, como quiera que se trata de una de las herramientas que se propone en nuestra tesis como solución alternativa en los delitos sexuales con víctimas adolescentes entre los 12 y 14 años. Sin embargo, sin pretender hacer un estudio exhaustivo del mecanismo, como quiera que no es el meollo de nuestra tesis, se abordarán los temas principales para comprender la naturaleza y utilidad del mecanismo en el conflicto que se plantea en este estudio.

Una noción se encuentra en el inciso 2 de la Ley 906 906 de 2004, modificada por la Ley 1213 de 2009, trae la noción del principio:

“... es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías.” (Ley 906, 2004).

Hay autores que discrepan la naturaleza jurídica del principio de la oportunidad; hay quienes no comparten que se trate de un principio por cuanto lo primero que hay que tener en cuenta respecto de su naturaleza jurídica es que se trata de un principio y como tal es un elemento que puede entrar en colisión dentro de los conflictos constitucionales. Los principios son concebidos como mandatos de optimización en relación con las posibilidades fácticas y tienen una vinculación necesaria con el juicio de proporcionalidad. A su vez la oportunidad tiene relación con las posibilidades jurídicas. (Alexis, 1993).

Como consecuencia de su naturaleza jurídica, resultan importantes los principios en materia de derechos fundamentales, en vista de las tensiones que se presentan en el ejercicio de estos

El Principio de Oportunidad ha sido concebido como propio del Sistema Penal Acusatorio, en la medida en que deviene del carácter dispositivo de la acción penal por parte del ente persecutor. En tal virtud esta figura permite la terminación anticipada del proceso como característica principal (Bedoya, Guzmán y Vanegas, 2010, p.7)

3.4.1 Modalidades del Principio de Oportunidad.

Las modalidades del Principio de Oportunidad son la interrupción, la suspensión y la renuncia. Las modalidades de interrupción y suspensión están encaminadas a lograr la renuncia de la persecución penal.

La Resolución 2370 de 2016 por medio de la cual se reglamenta la aplicación del principio de oportunidad y se derogan las resoluciones No. 0-6657 de 2004, 0-6658 de 2004, 0-3884 de 2009, 0-6618 de 2008, 0-3884 de 2009, 0-0692 de 2012, 0-0919 de 2014, I 168 de 2014, define las modalidades del principio a saber:

- i) Interrupción: No se impone condición alguna para la aplicación del principio.
- ii) suspensión: se imponen determinadas condiciones al procesado para permitir su cumplimiento se suspende el procedimiento por un tiempo determinado y verificada la condición la Fiscalía renuncia a la acción penal. (de preferencia para causales 4,5 y 6 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004.
- iii) Renuncia: La Fiscalía desiste definitivamente de uno o varios hechos que configuran uno más delitos.

La aplicación de las modalidades de interrupción y suspensión está dirigida a lograr la renuncia de la acción penal. No obstante, se podrá renunciar a la persecución penal sin que previamente se haya interrumpido o suspendido.

Conforme lo previsto en el Artículo 325 de la Ley 906 de 2004, la suspensión del procedimiento a prueba la podrá solicitar el imputado o el acusado hasta antes de la audiencia de juzgamiento, mediante solicitud oral en que manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir. El plan podrá consistir en la mediación con las víctimas siempre que sea procedente, la reparación integral de daños o la reparación simbólica.

La suspensión a prueba de ciertos procesos penales ha sido vista como un método de reducción de la prisión y ha sido criticada por la incidencia del tratamiento carcelario en la reproducción del crimen. De manera que se considera que las penas alternativas y los mecanismos alternativos tales como la sustitución, la compensación consultando el interés de la víctima, pueden reemplazar la descriminalización y la despenalización, ya que se considera que estos mecanismos son eficaces en la resolución de conflictos. De manera que la suspensión del procedimiento a prueba es un instrumento que detiene el ejercicio de la acción penal a favor del procesado y a cambio de que cumpla satisfactoriamente determinadas obligaciones legales como condición para que se extinga la acción penal. (Corte Constitucional C-387 de 2014)

La regla señalada en el Artículo 199, Numeral 3, Ley 906 de 2004, que prohíbe dar aplicación al Principio de Oportunidad cuando el delito afecta la integridad personal, la libertad y la formación sexual del menor, para los casos de reparación integral de las víctimas (Ley 906, 2004, Art.3).

3.4.2 Límites del Principio de Oportunidad

Si bien el Principio de Oportunidad deviene del poder dispositivo del ente instructor poniéndose de presente la facultad discrecional de la Fiscalía, no es menos cierto que dicha discrecionalidad es reglada como toda actividad discrecional del Estado y por ello el Principio de Oportunidad se sujeta a la reserva legal y al reglamento en su aplicabilidad, el cual debe estar delimitado en el marco constitucional y legal, así como el acatamiento de los precedentes de la Corte Constitucional, como se observa en la Sentencia C-979, 2005 sobre el poder reglamentario del Fiscal en el ámbito de la dirección y orientación. En ejercicio de esa discrecionalidad puede entonces el Fiscal aplicar el principio mediante la interrupción, la suspensión o la renuncia de la

acción penal, presentándose una cesación del procedimiento aun cuando su carácter sea transitorio o definitivo debiendo ser sometido a un control de legalidad de competencia del Juez de Garantías. (Córdoba, 2005)

Se encuentran entre otras las siguientes prohibiciones las contenidas en el Art. 199 numeral 3 de la Ley 1098 de 2006 y el Artículo 324 de la Ley 906 de 2004, para la aplicación del principio de oportunidad:

- (i) que la víctima del delito sea un menor de edad;
- (ii) que el delito sea doloso;
- (iii) que el principio se conceda sin el aval del Fiscal General de la Nación cuando la pena del delito exceda los seis años y que no se haya reparado integralmente a la víctima
- (iv) que sea un homicidio o unas lesiones personales o que el acto delictivo atente contra la libertad, integridad y formación sexuales del menor, incluido el secuestro; finalmente
- (v) que “pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal”.

3.4.3 Tesis y antítesis

El principio de Oportunidad es considerado por la doctrina por unos autores como la antítesis del Principio de Legalidad, por facultar a la Fiscalía para optar entre la formulación de imputación o el “sobreseimiento” aun cuando la investigación conduzca en verdad rayana a la certeza de que el imputado ha cometido la acción punible (Henaó et al., 2005, pp.45).

Contrario a esta postura hay quienes defienden la legitimidad del Principio de Oportunidad en los sistemas adversariales, fundado en el poder dispositivo que tiene el ente acusador sobre la pretensión penal como ejecutor de la política criminal del estado y no solamente porque es un principio abstracto del sistema adversarial, teniendo como argumento medular que a la Fiscalía

General de la Nación debe dotarse de instrumentos y mecanismos tendientes al cumplimiento de la finalidad trazada por la política criminal, descartando como finalidad única de la Fiscalía iniciar los procesos penales y obtener condenas cuando en su lugar debe buscar reducción de la impunidad, prevenir la criminalidad, brindar atención integral a las víctimas, propiciar la convivencia pacífica y la exclusión de la violencia como herramienta de respuesta a los conflictos, procurando el ascenso social y descongestionamiento de la jurisdicción penal para disponer eficaz y oportunamente de ella (Mestre, 2008, pp.201-221)

El Principio de Oportunidad se encuentra consagrado en el Artículo 250 (Modificado. Acto Legislativo 3 de 2002. Artículo 2º.) de la Constitución Política, cuando a la vez que obliga a la Fiscalía General de la Nación adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de aquellos hechos que revistan las características de un delito y que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre que medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo; también la faculta para aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías, pudiendo con este aval interrumpir, suspender o renunciar la persecución penal.

Si tenemos en cuenta que el Principio de legalidad tal como se reseñó en páginas precedentes, exige una norma previa, escrita, cierta sin indefiniciones hay que reconocer que a partir del Acto Legislativo 3 de 2002 Artículo 2º. el Principio de Oportunidad se ajustaría al Principio de Legalidad, no solo porque se encuentra consagrado mediante mandato constitucional en el Artículo 250 Superior, sino que es una coherente consecuencia de los principios que regentan el sistema penal acusatorio. Al respecto se considera que la crítica en contra de la consagración del Principio de Oportunidad como herramienta que permite suspender, interrumpir y hasta renunciar a la persecución penal por ser la antítesis del principio de legalidad, encuentra su raigambre en la concepción que se tiene de la Fiscalía como ente persecutor en los sistemas inquisitivos, donde precisamente es inquebrantable la oficiosidad o la obligatoriedad del ente instructor de adelantar la investigación penal una vez tiene conocimiento de una conducta punible. (Mestre, 2008, pp. 204)

Sobre este tópico la Corte Constitucional, en Sentencia C-988 de 2006, ha señalado que el principio de oportunidad conforme lo estableció el Constituyente, se encuentra supeditado a la política criminal del Estado y recalca que no existe una antinomia con respecto al Principio de legalidad, toda que aunque excepcional, es una oportunidad reglada, no es arbitraria, encontrándose sujeta al control de legalidad de juez de garantías, con la intervención del Ministerio Público y con la participación de la víctima, siendo propio de su ejercicio la sujeción a un reglamento interno expedido por el Fiscal general de la Nación como consecuencia del desarrollo de la Política Criminal del Estado, de manera que conforme lo expresado por la alta Corte su aplicación debe responder a esos criterios de política criminal (Tafur, 2006).

Autores como Daza González, citando a Jorg Stippel y Adrián Marchisio, expresa frente al *Principio de Oportunidad Libre o Amplio*: “Practicado principalmente en los países del *Common Law*, el modelo se basa en la discrecionalidad del fiscal como regla general, quien decidirá a su consideración si inicia o no la persecución penal, si la suspende, o si desiste de la misma después de iniciada, sin que su actividad esté sujeta a criterios legales, o sometida a controles judiciales”(Bernate et al., 2005, p.45) se infiere que es una facultad propia de la Fiscalía de incorporar en el procedimiento delictual.

3.4.4 El Principio de igualdad y necesidad de la pena en el Principio de Oportunidad.

Una vez verificados los requisitos legales para que proceda la aplicación del Principio de Oportunidad, el fiscal debe realizar un test de razonabilidad con respecto de los otros Principios como lo son el de Igualdad y de Necesidad de la Pena, mediante un Test de Razonabilidad, que determine si es o no posible renunciar, suspender o interrumpir la persecución penal (Observatorio Transparencia y Anticorrupción, 2010)

Sin embargo podría pensarse en principio que se vulnera el Principio de Igualdad cuando en virtud del principio de oportunidad se suspende, renuncia o interrumpe la persecución penal si se tiene en cuenta que las penas deben aplicarse a todos los ciudadanos de manera uniforme, y la persecución penal debe ser la misma, no obstante teniendo en cuenta los lineamientos

constitucionales, la igualdad es un derecho subjetivo y como tal correcta aplicación no supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas iguales, sino el tratamiento desigual entre los disímiles. (Monrroy, 2008)

Reflexionando de esta manera la Corte Constitucional, Sentencia C - 862, 2008 pone de relieve que, tratándose de delitos sexuales contra menores, no es procedente el Principio de Oportunidad. Sin embargo para el objeto de nuestro estudio, no bastaría con una clasificación tan genérica, pues también dentro del grupo de menores víctimas de abuso sexual hay diferencias en edad y grado de madurez, que justificarían para los casos de los delitos sexuales con el consentimiento de víctimas adolescentes un trato diferenciado respecto de la persecución penal del sujeto activo, por las razones que se han expuesto a lo largo de este estudio.

El Principio de Igualdad se garantiza desde que se realiza el diseño por parte de la Fiscalía General de la Nación del reglamento al cual se sujeta el principio, por lo tanto deben ser normas generales y abstractas y el juez de garantías debe exigir al fiscal la sujeción de su propio reglamento, el cual debe estar ceñido a la Constitución y a la Ley y a la línea jurisprudencial (Bedoya, Guzmán y Vanegas, 2010, p.34),

3.5 El Principio de Oficiosidad y de Obligatoriedad.

La Corte Constitucional concibe el principio de oportunidad como una excepción al principio de legalidad y de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, determinando que ese mismo carácter excepcional y reglado exige al legislador los presupuestos para su aplicación plenamente delimitados y enmarcados en la ley, puesto que la vaguedad y ambigüedad de la norma con respecto a su aplicación podría permitir que se extienda a hipótesis no previstas en la legislación, generando dificultad para el control de la concesión del principio y sus modalidades de suspensión, interrupción o renuncia a la acción penal. (Vargas, 2010)

Nótese como en esta sentencia la Corte Constitucional considera el principio de oportunidad como una excepción del principio de legalidad y de obligatoriedad y no lo concibe como una consecuencia del mismo.

3.5.1 El Principio de Oportunidad en Los Delitos Sexuales.

El principio de oportunidad es una herramienta diseñada para la eficacia y descongestión de la justicia, sin embargo, debido a factores culturales, el uso de este principio ha sido desafortunado. Dentro del marco de la cooperación institucional que prestó la Unión Europea, al sistema penal colombiano, el vicepresidente de la Organización Mundial de Ciencias forenses John Vervaele, destacó las reformas que se estuvieron tramitando en Colombia hacia finales del año 2015, las cuales pretendían incentivar el uso frecuente del principio, esperando un 20 o 30% de aplicación para los delitos menos graves. Atribuyó el experto, el fenómeno de la inaplicación del principio entre otros a la existencia de demasiadas causales para su aplicación, lo que en su opinión altera la lógica en algunas de ellas, presentándose confusión del principio con algunas otras causales de terminación anticipada del proceso como la preclusión y el archivo; pero por otro lado afirma que se está sobrecargando un recurso idóneo para delitos menos graves mezclándose el procedimiento con otros delitos de mayor entidad como extradición y delincuencia organizada. Igualmente reseña como contrario a lo que ocurre en Colombia, en Holanda el principio de oportunidad alcanza una aplicación del 60 o 70%, pero para llegar a ello es necesaria la confianza ciudadana en las instituciones, para que entiendan que solo así los casos más graves van a llegar al juez con el tiempo y espacio que permite a jueces y fiscales la aplicación del principio se podrían dedicar a la más grave criminalidad, en cambio resulta más preocupante que la criminalidad no llegue al juez, no se haga principio de oportunidad ni se llegue a nada, informa que en Colombia el 90% de la criminalidad según los estudios no llega a Juez. (Ámbito Jurídico 26 de nov. De 2015).

Pese a la alta criminalidad del país, revela el Fiscal General como en el año 2016 quedaron por resolver 78 peticiones de principios de oportunidad, sumándose 140 casos más del 2017 para un total de 218 casos. Indicó el funcionario que en el año 2017 se negó el 58% de los principios de oportunidad solicitados con respecto al 2016 donde fueron 12. (El Espectador, 2018), de manera que pese a las recomendaciones del experto Vervaele, la situación no ha cambiado.

3.5.2 El Principio de Oportunidad en cuanto al Abuso Sexual contra menores.

La Corte Constitucional al pronunciarse en sentencia C – 738 de 2008, sobre demanda de inexecutable del Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 para los casos de reparación integral de las víctimas, prohíbe la aplicación del Principio de Oportunidad en cualquiera de sus modalidades (renuncia, suspensión o interrupción de la acción penal) en los delitos dolosos de homicidio o lesiones personales dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, afirmó y entendió la Corte Constitucional, que dicha norma no es contraria a la Constitución Política, teniendo en cuenta el amplio margen de configuración de que goza el legislador para definir las causales en las cuales procede la aplicación del principio y por tanto también es autónomo para determinar en cuales casos no procede, “validando así la prohibición de la aplicación de dicho instituto en los delitos mencionados ” (Monroy, 2008).

Vista las condiciones vigentes para conceder el principio de oportunidad, bajo las condiciones actuales del ordenamiento penal, es imposible dar aplicabilidad tratándose de delitos sexuales contra menores de edad. En primer lugar, porque salvo el acoso sexual y el incesto, las conductas exceden de los seis (6) años, lo que conllevaría a un mayor rigorismo en su aplicación, ya que se trata precisamente de víctimas menores de edad y resultando obvio que se trata de un delito doloso.

No obstante, lo expuesto, la aplicación ponderada del principio de oportunidad cuando la víctima sea adolescente, que no se trate de un hecho violento, que no exista marcada asimetría entre la edad del victimario y la víctima, que se trate de infractor primario, no vulneraría el Principio de Igualdad, por el contrario, una aplicación razonada del principio prestigiaría no sólo este mecanismo jurídico, sino también la propia justicia material; urge entonces como corolario de lo expuesto una reforma que permita para los punibles previstos en los artículos 208 y 209 del Código Penal con víctimas adolescentes la aplicación ponderada del mencionado principio.

Ahora, acogiendo la tendencia contemporánea del concepto de igualdad que ha venido aplicando la Corte Constitucional según sentencia C -394 de 1995 que «no consiste en la identidad absoluta, sino en la proporcionalidad equivalente entre dos o más entes, es decir, en dar a cada cual lo adecuado según las circunstancias de modo, tiempo y lugar» (Naranjo, 1995), se propone para la aplicación del Principio de Oportunidad tener en cuenta el comportamiento del indiciado o imputado no sólo para decidir la aplicación o su negativa, sino también para definir su modalidad, en caso de que se conceda bien sea suspensión, interrupción o renuncia a la persecución penal (Ley 906, 2004, p. 323) tal lo prevé el ordenamiento penal.

3.5.3 La Aplicación del Principio de Oportunidad con víctimas menores de 18 años.

Resulta claro para nuestro estudio que la legislación actual no permitiría la aplicación del principio de oportunidad para el indiciado o el acuso de delitos sexuales en contra de menores de edad, pues por una parte tenemos el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 conocida como Código de Infancia y Adolescencia, que en su numeral 3 donde se preceptúa que 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. Al remitirnos al numeral 8 sin embargo del artículo 324 mencionado se refiere a la realización del procedimiento que implique riesgo o amenaza graves a la seguridad del estado; por tanto se infiere conforme a las notas del Editor consultado (Secretaria del Senado) debe entenderse el numeral 7 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 que prohíbe 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.

Sin embargo para zanjar cualquier discusión la Corte Constitucional si bien se declara inhibida respecto de la demanda de inconstitucionalidad de los numerales 7 y 8 del artículo 199 del llamado Código de Infancia y Adolescencia, sí deja claro la aplicación prevalente de las normas de protección de los niños y adolescentes en garantía de su pleno desarrollo y la preservación de circunstancias propicias para su crecimiento afirmando que en efecto, el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 establece disposiciones en materia penal relativas a la aplicación del principio de oportunidad y a la concesión de beneficios penales a personas vinculadas a causas criminales. No

obstante, por estar insertas en el Código de la Infancia, dichas disposiciones deben interpretarse de conformidad con los fines y objetivos trazados por el mismo Código: la protección de los derechos de los niños y adolescentes, la garantía de su pleno desarrollo y la preservación de las circunstancias propicias para su crecimiento, dado el carácter prevalente de sus derechos, además de las razones de política criminal y compromisos internacionales para el respecto de los infantes. (C-738 de 2008)

Sin embargo, resulta contundente la prohibición contenida en el **Parágrafo 3 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004 para aplicar** el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, *ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.*

Por su parte la Corte Suprema de Justicia ha dejado sentado que, tratándose de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, no es procedente el principio de oportunidad debiendo el Estado debe agotar la investigación hasta sus últimas consecuencias. (STP2959-2018 Radicación No.: 96791 Acta No. 64)

3.5.4 Principio de Oportunidad para el Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes

En cuanto al Sistema de Responsabilidad penal de adolescentes, no ha sido pacífico el tema pues por una parte encontramos la Resolución 2370 de 2016 expedida por el Fiscal General de la Nación por medio de la cual se reglamenta la aplicación del principio de oportunidad y se derogan las resoluciones No. 0-6657 de 2004, 0-6658 de 2004, 0-3884 de 2009, 0-6618 de 2008, 0-3884 de 2009, 0-0692 de 20/2, 0-09/9 de 20/4, 1/68 de 2014, observándose en el Artículo 34 de la norma citada que si bien el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente se encuentra limitada por el interés superior del menor, en el parágrafo de la citada disposición prevé la posibilidad de que el principio de oportunidad pueda ser otorgado al menor de edad procesado penalmente, en conductas dolosas cuya víctima sea una menor de edad cuando se pueda concluir

en aplicación del interés superior del menor y el principio de proporcionalidad que los derechos de la víctima menor de edad puedan ceder en favor de los derechos del menor procesado penalmente. Por otra parte encontramos la posición de la judicatura donde en forma tajante se advierte que es inaceptable el argumento donde se afirma que las normas mencionadas son exclusivas para adultos y no para adolescentes que cometen los delitos, pues las disposiciones sobre aplicación del principio y negociaciones con fundamento en que los procedimientos previstos en la Ley 906 de 2004 tiene como destinatarios a los mayores de por cuanto el llamado Código de la Infancia y la Adolescencia se integra con las formas de JUICIO de la Ley 906 de 2004.

Concibe la Corte Suprema de Justicia que la renuncia a sancionar las conductas que afectan de manera grave los derechos de los menores va en contravía de la protección efectiva que debe brindar el estado a la población infantil y a la garantía de esos derechos prevalentes, así como a la lucha contra el abuso infantil. Reseña para el efecto los artículos 144 y 151 de la Ley 1098 de 2006, para afirmar que la Ley 906 de 2004 se encuentra integrada al Código de Infancia y Adolescencia, no solo como regla genérica de integración, sino por mandato legal, dejando sin fundamento el argumento según el cual el Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 se aplica únicamente a los mayores de edad (Salazar, 2018).

En este orden de ideas para zanjar cualquier tipo de discusión y que tenga cabida nuestra tesis se propone una modificación al párrafo 3°. Del artículo 324 del artículo 324 de la Ley 890 de 2004; exceptuando de las prohibiciones para aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones de conductas dolosas cuando el punible sea acto o acceso carnal abusivo con menor de 14 años en víctima adolescente y el indiciado no supere en más de 6 años la edad de la víctima; caso en el cual se podrá suspender el procedimiento a prueba y una vez cumplida las condiciones se podrá decidir sobre la renuncia al ejercicio de la acción penal y desde luego el inciso o numeral 3 del Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

3.5.4.1 Condiciones para cumplir durante el procedimiento de prueba

Teniendo en cuenta que el Artículo 326 fija las condiciones para cumplir durante el periodo de prueba, el cual no podrá exceder de tres (3) años, consideramos, que según el caso particular se podrían imponer alguna o algunas de ellas a saber:

- a) Residir en un lugar determinado e informar al fiscal de conocimiento cualquier cambio de este. Valga a aclarar que éste domicilio en el caso de que se haya conformado una familia con la menor víctima, puede ser el mismo de ésta.
- b) Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencias a drogas o bebidas alcohólicas. Consideramos que ésta causal debe examinarse con sumo cuidado en virtud de los derechos prevalentes de la víctima, puesto que no sería conveniente para la víctima menor de edad, ni tampoco para los hijos que eventualmente hayan sido concebidos por estos, el cohabitar con una persona que padezca los problemas de adicción; aun cuando participe en programas especiales de tratamiento para superar la adicción.
- c) Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad.
- d) Someterse a un tratamiento médico o psicológico. Se considera plausible en la medida en que el propio indiciado o acusado pueda interiorizar y reflexionar sobre este tipo de conductas y las consecuencias de sus actos, reforzando su sentido de la responsabilidad, tendiente a prevenir la repetición de este tipo de conductas en el futuro.
- e) No poseer o portar armas de fuego.
- f) F) No conducir vehículos automotores, naves o aeronaves. Sería una condición que no aplicaría, teniendo que no tiene relación con la conducta investigada.
- g) La reparación integral a las víctimas.

- h) La realización de actividades a favor de la recuperación de las víctimas.
- i) La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento.
- j) La manifestación pública de arrepentimiento del hecho que se le imputa.
- k) La obligación de observar buena conducta, individual, familiar y social. Esta causal cobra vital importancia para el caso objeto de estudio, si se tiene en cuenta que mal se podría auspiciarse en aras de defender el derecho del menor a tener una familia, que la menor o el hijo nacido de las relaciones sexuales objeto de investigación, sean objeto de violencia intrafamiliar sea física o psicológica, o de atentado contra su integridad personal.
- l) La dejación efectiva de las armas y la manifestación expresa de no participar en actos delictuales. Esta condición igual que la del numeral b) consideramos debe aplicarse con sumo cuidado, pues en primer término no tendría relación con el delito que se investiga, pero no se descarta que a pesar de que se trate de relaciones sexuales consentidas con la víctima adolescente, el postulado para el principio de oportunidad pertenezca a algún grupo delincencial o delincuencia organizada, caso en el cual debería descartarse de plano la concesión del principio en virtud del ambiente sano y la protección que debe gozar la víctima menor de edad.

3.5.5 Ambivalencia de conceder el Principio de Oportunidad.

Como ya se dijo el principio de oportunidad se consideraría viable en este estudio, en los casos de actos y acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales en víctimas adolescentes, siempre que cumplan ciertos parámetros que reduzcan el margen de discrecionalidad del ente acusador de manera que consonante con lo expuesto se consideraría, por ejemplo:

- i) Que el autor no sobrepase los 22 años respecto de relaciones consentidas con menores desde los 12 años, hasta antes de cumplir 14 años, teniendo en cuenta los criterios sobre pedofilia contenidos en El Manual **DCM IV** de la APA, evitando las relaciones asimétricas o de poder.

- ii) Que caso de haber procreado un hijo, el autor tenga voluntad de conformar una familia, no necesariamente haciendo vida común con la víctima, sino a través de una sana relación con la madre del menor y con el hijo de esta, esto es desprovista de violencia física o psicológica.

- iii) Que, en el caso de haber concebido un hijo, el autor se encuentre cumpliendo con sus deberes de padre para que se cumplan los fines del artículo 44 Superior y el menor crezcan en el seno de la familia y de la comunidad en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.
- iv) que se trate de un infractor primario.

Los casos en que no se aplicaría el beneficio con el Principio de Oportunidad, se considerarían las relaciones desequilibradas de poder, bien sea en lo social, económico o de edad, así como otros aspectos que evidencian desde una perspectiva de género un trato discriminatorio y oprobioso contra la menor, previniendo un matrimonio servil o que la víctima esté siendo objeto de abuso y acoso sexual o no se le permita su desarrollo integral.

Para justificar el Principio de Oportunidad no resulta suficiente justificar la discrecionalidad de la Fiscalía o hacer una “defensa irrestricta” al fundamento del Sistema acusatorio, pues bien es comprendido que el principio de oportunidad dentro del marco de política criminal no está enfocada a cumplir únicamente el concepto amplio que buscó la Corte Constitucional según Sentencia C - 646 de 2001, en definir la Política Criminal en el:

“conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con

el fin de garantizar la protección de intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción” (Cepeda, 2001).

Resulta entonces pertinente afirmar conforme los debates del Acto Legislativo 03 de 2002 que la finalidad de la implementación del Principio de oportunidad como figura nuclear del Sistema Penal Acusatorio fue “racionalizar la actividad investigativa del Estado encausándola hacia la persecución de delitos que ofrecen mayor impacto social” y por ello la ínfima importancia de la afectación del bien jurídico tutelado en tanto carece de lesión y de potencial afectación, la reparación integral de la víctima dirigido especialmente tratándose de punibles con contenido económico, la disminución de la culpabilidad y la revaluación del interés público en la conducta (Vargas, 2010)

Sin embargo, teniendo en cuenta los principios de necesidad y de utilidad de la pena, es claro que en las condiciones enunciadas resulta mayor el perjuicio para la víctima adolescente y para el menor concebido dentro de la relación objeto de punición, el tratamiento penitenciario en sitio de reclusión del encartado, careciendo de toda utilidad, proporcionalidad y necesidad una pena extramural.

Resulta claro para la concesión del Principio de Oportunidad, bajo las condiciones expresadas en cuanto a la relación de edad entre víctima y autor, desde luego que resultaría viable la concesión del principio, aunque no exista hijo fruto de la relación sexual, pues una política criminal contraria con llevaría a estimular el embarazo adolescente para evitar la sanción penal.

La modalidad bajo la cual se debe conceder el Principio de Oportunidad para los eventos señalados sería la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este, el cumplimiento de las condiciones impuestas; por ejemplo, no incurrir nuevamente en la infracción de la norma y estar cumpliendo con las obligaciones impuestas ya reseñadas.

3.6 Función disuasiva de la pena

Por otra parte, bajo el escenario actual del ordenamiento penal, determina el precedente en comento que la función disuasiva de la pena se busca desmotivar la comisión de abuso sexual contra los menores para que se dejen de cometer, por lo que no es posible renuncia a ella sin despojar al Estado de una importante herramienta contra la lucha del abuso sexual al menor

Desde esta visión crítica y sin que se trate de una defensa a ultranza de la teoría negativa o agnóstica de la pena, como tampoco una defensa irrestricta de las teorías relativas de la pena y con ella el valor prevencionista que le atribuye la Corte Suprema de Justicia, cabe afirmar que una de las finalidades del tratamiento punitivo de los delincuentes sexuales debe ser la resocialización de los individuos, ya que la prevención especial debe entenderse atada a ésta tal como lo concibió Von Liz. Dentro de este análisis, no se podría afirmar que en Colombia el tratamiento penitenciario en sitio de reclusión intramural está cumpliendo con tales fines y por ello no resulta el remedio eficaz para resocializar al delincuente, menos aún al delincuente primario, pues basta observar la persistencia del hacinamiento carcelario por varios lustros, logrando llamar la atención de la Corte Constitucional en Sentencia T-153 de 1998; por primera vez 20 años atrás cuando declaró el estado de cosas institucional en el sistema penitenciario debido a las condiciones de hacinamiento y estructurales de los establecimientos carcelarios (Cifuentes, 1998).

En este marco de discusiones, transcurren varios años y en sentencia T-388 de 2013, la Corte Constitucional informa que se evidencia nuevamente en los establecimiento penitenciarios y carcelarios del País una situación de crisis estructural (Calle, 2013) afirmación que sustentan con la situación fáctica encontrada por la Procuraduría y la información de público conocimiento al respecto, determinando un estado de cosas contrario al orden constitucional de “manera grosera”, conllevando a un desconocimiento del principio de la dignidad humana el cual con acierto afirman es fundante de un estado social de derecho, concluyendo dicha Corporación que el actual sistema penitenciario es incompatible con el Estado Social y Democrático de Derecho.

Dentro de esta configuración la Corte en resumen y respuesta a la mencionada acción constitucional, que la sobrepoblación carcelaria por si misma propicia la violencia, genera

escasez de bienes y servicios al interior de estos establecimientos, tales como un lugar para dormir o para hacer las necesidades, derivando en corrupción y en un comercio ilegal de estos bienes básicos que necesitan los reclusos para sobrevivir y cuya dotación es obligatoria por parte del Estado, debiendo los internos pagar para conseguir un buen lugar en el pasillo donde dormir. A manera de ejemplo cita la Corte, la Cárcel de Bellavista en Medellín, donde la Procuraduría pudo constatar las condiciones indignas en que se encuentran los internos ubicados en el rastrillo, sitio de la mencionada cárcel destinado a quienes están amenazados por convivencia, careciendo de unidad sanitaria, ducha y colchones, encontrando para diciembre de 2013, que 15 reclusos llevaban allí un mes sin sol y haciendo sus necesidades en un tarro.

Nótese cómo a pesar de lo expuesto la misma Corte Constitucional señala que el sentido último y principal fin de un sistema penitenciario y carcelario es lograr la resocialización y reintegración de las personas que fueron privadas de la libertad, al lado de la función retributiva de la pena, la disuasión y la garantía de no repetición y éste fin no se está cumpliendo, pues se pretende entonces que la reclusión y la penitencia permitan el retorno de la persona que ha atentado gravemente contra la convivencia en sociedad, de manera tal que pueda vivir sin romper las reglas mínimas de armonía, siendo la resocialización una de las principales garantías de no repetición que tienen las víctimas.

En este orden de ideas vale decir que no en todos los casos se encuentra justificado el tratamiento penitenciario de un infractor primario y por ello para el estudio que nos concita resulta un castigo exagerado ese tratamiento carcelario, no sólo por la dosimetría de las penas, sino porque esas mismas condiciones carentes de los mínimos estándares de dignidad hacen que la experiencia adquirida en dichos establecimientos produzcan individuos menos educados y resocializados, contrario al discurso de quienes abogan por el endurecimiento de las penas y es por ello que resulta de importancia la aplicación del Principio de Oportunidad.

Si bien es cierto, en los primeros tiempos quedó en claro que los sistemas penitenciarios no producían el resultado, sino que los resultados eran contrarios a lo esperado pues mientras más tiempo se pasaba en prisión menos se era reeducado y más delincuente se era. No sólo incidía en una productividad nula, sino productividad negativa.

Aún en los países más desarrollados donde hay un mayor respeto por la dignidad del recluso, se cuestiona el sistema penitenciario, es así como el sociólogo y criminólogo noruego Christie Nils, 2013 considera que las cárceles son instrumentos innecesarios para luchar contra el crimen afirmando que aún en esos países desarrollados una cárcel es una cárcel. Que se trata de instituciones que sirven para infligir dolor y el dolor está presente en todas “pero en el infierno hay grados y algunos de los lugares que he visto en Latinoamérica están en lo más alto” (Nils, 2013, p.11).

De este modo desde los albores de la Constitución de 1991, en cumplimiento de esta la Corte Constitucional según sentencia C – 647 de 2001, reconoce la necesidad de una pena justa y no solamente porque la misma deba tener sujeción al principio de legalidad para tener legitimidad en un Estado democrático de derecho, sino que el Estado colombiano no podrá imponer penas desproporcionadas, innecesarias o inútiles con fundamento en el Artículo 2 de la Constitución Política que asigna a éste entre otros fines, el de asegurar:

“ la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”, de manera que sirva para la “preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados” pero no sólo en cuanto a que su carácter disuasivo permite proteger los derechos objeto de tutela jurídica evitando o disminuyendo la comisión de conductas delictuales, sino que cumpla también **“con la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural”**(subrayado ajeno al texto) (Beltrán, 2001).

Vale la pena preguntarse, con respecto al infractor primario de acceso carnal abusivo con adolescente entre los 12 y 14 años, donde no se evidencie una relación etaria o de poder de marcada asimetría con la víctima, ¿el tratamiento penitenciario actual cumple con la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad para ser parte activa de

ella en las mismas condiciones de sus conciudadanos en cuanto al desarrollo económico, político, social y cultural?

Al respecto hay que advertir que el Estado colombiano no ha provisto un sistema que agrupe a una red de psicólogos, trabajadores sociales y otros profesionales que puedan ayudar a posibilitar la reinserción social de los ex presidiarios, pues si bien algunos pocos se pudieron capacitar en algunos oficios o incluso profesiones lo cierto es que sin necesidad de hacer un estudio empírico que lo demuestre, las reglas de la experiencia enseñan que el encierro aún con otros pares implica pérdida de las habilidades sociales en el mundo exterior, además de la desactualización tecnológica propia de las restricciones que allí se imponen, como lo es también cierta afectación de la autonomía y ni qué decir de aquellos que no se capacitaron para siquiera aspirar a un trabajo digno en el mundo exterior.

Más grave aún resulta el encarcelamiento en lugar de reclusión cuando bajo las circunstancias de un acceso carnal con la menor víctima, han constituido una familia o por lo menos hay un vínculo afectivo e incluso hay un hijo común resultando entonces paradójico en algunos casos cuando la víctima ya tiene 14 años y por tanto con pleno ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos decida continuar el vínculo afectivo y mantener las relaciones sexuales con el acusado o condenado privado de la libertad, sin que sea necesaria ninguna clase de autorización por cuanto la conducta por la cual es procesado, a partir de que la víctima cumpla 14 años resulta completamente atípica; tanto es así que incluso la víctima podría contraer matrimonio con el procesado contando con la autorización de sus padres e incluso puede mantener el vínculo afectivo y las relaciones sexuales sin que sea menester requisito alguno.

Sea entonces el momento detenernos en la Convención sobre los Derechos del Niño; Oficina del Alto Comisionado. Resolución 44 / 25, del 20 de noviembre de 1989, cuyo artículo 9 inciso 1° preceptúa que los Estados Partes se comprometen a velar por que el niño no sea separado de sus padres en contra de la voluntad de estos, exceptuando cuando sin perjuicio de las decisiones judiciales las autoridades competentes invoquen el interés superior del niño. Cita este instrumento, a manera de ejemplo los casos de maltrato y descuido de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. Por otra

parte, el inciso 3 de la Convención en cita, conmina a los Estados Partes para que se respete el derecho del niño de “mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular”, salvo que con ello se atente contra ese interés superior del niño. (Naciones Unidas Derechos Humanos 1989)

Según la Observación general N° 14 del Comité de los Derechos del Niño, denominada El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, el concepto “interés Superior del niño”, no es un término recientemente acuñado si se tiene en cuenta que se empleaba antes de la Convención de los Derechos del Niño (1989), pues ya se empleaba en la Declaración de los Derechos del Niño ((Naciones Unidas Derechos Humanos, 1989, Ob. 14).

No obstante para entender el concepto de “interés superior del niño” se hace necesario remitirnos a la Observación 14 donde se destaca que el objetivo principal de tan invocado y desconocido significado, es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño, destacando en primer lugar que ese interés superior se define en relación con los demás principios generales de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) tales como la no discriminación, el derecho a la vida, a la supervivencia y el desarrollo y a ser escuchado.

Del análisis de la Convención y bajo los conceptos del interés superior, no puede entonces afirmarse que el tratamiento penitenciario intramural en sitio de reclusión, resulte una medida necesaria y razonable que consulte ese interés superior del menor, pues por un lado hay que hablar del interés superior de la víctima directa, en este caso una niña adolescente y por otro lado el interés superior del infante nacido de esa relación sexual; una y otro con un vínculo familiar y afectivo con el recluso o en el caso de los menores recién nacidos con un vínculo afectivo por construir; impidiendo por sí sola esa privación de la libertad de alguno de los progenitores el pleno disfrute de los derechos y el desarrollo holístico que tiene como fin ese interés superior del menor; pero más paradójico resulta cuando se considera que por el interés superior de la progenitora adolescente se priva de libertad al padre de su hijo y al mismo tiempo se afecta ese interés superior del infante pues le impide el pleno disfrute de su derecho a tener una familia y a no ser separado de ella pues a menos que se atente en contra de su interés superior, los menores

deben tener acceso automático a sus progenitores en prisión preventiva, y las autoridades que supervisan la detención deben facilitarlos. Las restricciones a lo anterior sólo deberán permitirse cuando las autoridades que realizan la detención hayan demostrado motivos razonables para ello.

Visto desde otro ángulo el propio Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos de la Niñez considera convictos colaterales a los niños y niñas hijos de progenitores presos y ha clasificado los riesgos asociados con el encarcelamiento parental en cinco categorías: 1. Riesgo de ser privado de las necesidades y oportunidades básicas 2. Riesgo de sufrir victimización secundaria y despersonalización 3. Riesgo de que la situación general del menor se deteriore 4. Riesgo de quedar distanciado de su progenitor(a) encarcelado 5. Riesgo de caer en conductas antisociales.

Con lo anterior, es pertinente colegir que no en todos los casos se encuentra justificado el tratamiento penitenciario de un infractor primario y por ello para el estudio que nos concita resulta un castigo exagerado ese tratamiento carcelario, no sólo por la dosimetría de las penas, sino porque esas mismas condiciones carentes de los mínimos estándares de dignidad hacen que la experiencia adquirida en dichos establecimientos produzcan individuos menos educados y resocializados, contrario al discurso de quienes abogan por el endurecimiento de las penas y es por ello que resulta de importancia la aplicación de los mecanismos alternativos como lo es Principio de Oportunidad tal como se explicará más adelante en el acápite pertinente.

3.7 Política Criminal en Materia de Delitos Sexuales

Si se tiene en cuenta que la política criminal tiene como objetivo principal la prevención del delito, no se encuentra justificada una política criminal esencialmente reactiva. Ahora siendo preventiva del delito la política criminal, esta debe abreviar de otras disciplinas como la estadística, la psicología, la sociología, entre otras.

3.7.1 Concepto

Múltiples son los intentos por definir el concepto de “política criminal”, sin embargo, para efectos de este estudio, se refieren los conceptos más contemporáneos de política criminal.

Por una parte, Zaffaroni (1985) quien coherente con la recomendación de las Naciones Unidas, lo concibe como un capítulo más de la política general. En este orden de ideas, para el autor se trata del arte o ciencia del gobierno que se ocupa del fenómeno criminal que no se opone al derecho penal, puesto que el derecho penal no sería más que un aspecto de su instrumentalización (p. 86), también lo define como la ciencia o arte de seleccionar los bienes dignos de tutela jurídico-penal y los “senderos” para efectivizar dicha tutela.

También la política criminal ha sido entendida en sentido estricto, como la ciencia que estudia la configuración del derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir su tarea de protección a la sociedad, fijándose en las causas del delito, al tiempo que intenta comprobar la eficacia de las sanciones penales y pondera los límites que debe observar el legislador, para coartar lo menos posible la libertad y garantías ciudadanas (Velásquez, 2010, p. 24). Resulta claro entonces que desde este punto de vista toda política criminal debe respetar el principio de dignidad humana y el de culpabilidad. Sin embargo, son también importantes para toda política criminal, los principios de proporcionalidad, justicia, igualdad “e incluso de utilidad” (Corcoy, 2017).

En Colombia la noción de política criminal ha sido definida por la Corte Constitucional colombiana según Sentencia C – 936 de 2010 como “el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción” (Vargas, 2010). El máximo tribunal constitucional ha reiterado sus propios precedentes: “la legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado”, y “la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal” (Vargas, 2010).

3.7.2 Límites de la Potestad Configurativa y Punitiva del legislador

Como consecuencia de la política criminal, la potestad configurativa y punitiva del legislador en materia penal; está limitada por las normas constitucionales y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad (Cifuentes, 1996), sin embargo, se observa en los últimos años en materia de delitos sexuales en Colombia, un incremento considerable de las penas y una eliminación de los beneficios y subrogados penales. En este contexto se espera que la política criminal haya considerado estos preciados principios, lo que nos permite preguntarnos: ¿Responde la legislación colombiana vigente en materia de delitos sexuales a una manifestación concreta y coherente de política criminal del estado?, o, por el contrario, ¿la producción legislativa en materia de estos delitos responde a factores o elementos ajenos a una política criminal?

Del análisis de la evolución legislativa en materia de potestad configurativa y punitiva en delitos contra la Formación, Integridad y Libertad Sexual, se visualiza de qué forma la legislación no cumple con criterios de política criminal efectivos para combatir la criminalidad en esta materia, si se tiene en cuenta que la más reciente producción legislativa se ha ocupado del aumento punitivo y de la configuración legislativa de nuevos delitos en esta materia, sin que se refleje en un impacto positivo en la disminución de la criminalidad en esta materia.

Es así como en los últimos 10 años existe en Colombia proliferación legislativa en materia punitiva especialmente en Delitos Sexuales, justificándose la última reforma en esta materia, donde se aumenta ostensiblemente el ámbito punitivo de los tipos penales de este bien jurídico, con la venida de nuevo Sistema Penal Acusatorio adoptado mediante la Ley 906 de 2004.

Sin embargo tan pronto cumple un año de vigencia la mencionada Ley, debido a algunos casos de connotación en esta materia que fueron objeto de presión social y mediática se reforma el Código del Menor, mediante la Ley conocida como Ley de Infancia y adolescencia, suprimiendo beneficios y subrogados cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, o *delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes; en consecuencia, el artículo 199 de la norma en cita, fija entre otras las siguientes prohibiciones (Ley 1098,2006, Art.199)

- Si existiere mérito para proferir la medida de aseguramiento conforme los requisitos del artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, está consiste en detención en establecimiento de reclusión.
- No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 29 del numeral 8 de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de perjuicios.
- No procederán rebajas de pena con base en preacuerdo y negociaciones por preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado.
- No 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.

En resumidas cuentas se determina que a pesar de toda esta producción normativa, no hay en Colombia una política criminal de prevención seria; se observan precedentes jurisprudenciales, tales como la sentencia C-936 de 2010 que define los parámetros de la Política Criminal en Colombia; las leyes 360 de 1997, 599 de 2000, 890 de 2004 y 1236 de 2008; a la vez que los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia tales como, Sentencia 25743 de 2006; Tutela 24021 de 2005, ésta última reconoce la no aplicación del nuevo rango punitivo a investigaciones en los lugares donde no haya entrado en vigencia el –Sistema Penal Acusatorio por considerar que el aumento punitivo se hace en consideración a una futura negociación, sin embargo no se conoce precedente para que el mencionado rango de aumento no se aplique a los delitos sexuales después de la prohibición de beneficios y subrogados a partir de la vigencia de la Ley 1098 de 2006.

3.8 Principios que Rigen la Política Criminal

Según Corcoy, el Principio de Proporcionalidad está íntimamente relacionado con los **principios de justicia, dignidad, igualdad** e incluso, de **utilidad**. Pero rechaza la idea de una concepción funcionalista del concepto utilidad, donde contrapone el principio de proporcionalidad a las teorías de prevención y retribución como legitimación del Derecho Penal; pues contrario sensu uno y otro se complementan (Corcoy, 2017).

Es así como la autora en síntesis le atribuye al principio de Proporcionalidad un importante papel en dos sentidos:

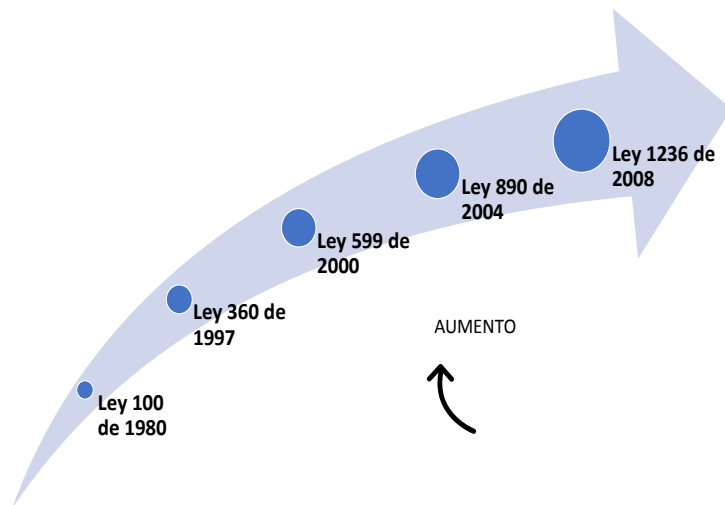
- (i) Para que la retribución no se convierta en venganza.
- (ii) Para que la prevención general positiva sea eficaz.

De conformidad con precedente constitucional referido, la política criminal colombiana debe estar enmarcada por las normas constitucionales y los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

3.9 Política Criminal Punitiva en Delitos Sexuales desde el año 2004

En Colombia, en los últimos años como se puede observar a continuación, hay una excesiva producción legislativa en materia punitiva, relativa a los delitos sexuales. Igualmente se aprecia que en un lapso de 10 años hay aumentos para estos delitos con intervalos aproximados de 4 años, observándose un aumento punitivo considerable en la mayoría de los tipos penales contra el bien jurídico tutelado de la INTEGRIDAD, LIBERTAD Y FORMACIÓN SEXUAL del 2004 al 2008 llegando a aumentarse incluso el doble del ámbito punitivo.

Imagen No. 2 Producción Legislativa – Delitos sexuales.



Elaboración propia.

Fuente: Ley de Política Criminal.

Tabla No. 2 Materia Punitiva de los Delitos Sexuales

Delito	Dto. Ley 100 de 1980.	Ley 360 de 1997	Ley 599 de 2000	Ley 890 de 2004	Ley 1236 de 2008
Acceso Carnal Violento	2 a 8	8 a 20	8 a 15	10.6 a 22.5	12 a 20
Acto sexual violento	1 a 3	4 a 8	3 a 6	4 a 9	8 a 16
Acceso carnal abusivo con menor De 14 años	1 a 6	3 a 10	4 a 8	5.3 a 12	12 a 20
Actos sexuales con menor De 14 años	2 a 5	2 a 5	3 a 5	4 a 7.5	9 a 13
Acceso carnal con persona					
Puesta en incapacidad de Resistir.	2 a 8	4 a 10	8 a 15	10.6 a 22.5	12 a 20
Inducción a la prostitución	1 a 3	2 a 4	2 a 4	2.6 a 6	10 a 22
Trata de personas	2 a 6	2 a 6	4 a 6	3.3 a 9	Igual
Pornografía de menores	NO	4 a 10	6 a 8	8 a 12	10 a 14

Elaboración propia

Fuente: Datos tomados de la página web:

Disponibile en: <http://www.secretariassenado.gov.co/senado>

Es así, que las circunstancias de agravación punitiva para estos delitos expresados en la Ley 599 de 2000 de los Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, el cual reza:

“**Artículo 211** – (modificado por la Ley 1236 de 2006) Circunstancias de agravación punitiva. Las penas para los delitos descritos en los Artículos anteriores se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

1. La conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas.
2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.
Se produjere contaminación de enfermedad de transmisión sexual.
4. Se realizare sobre persona menor de doce (14) años.
5. Se realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo.
6. Se produjere embarazo.
7. Se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad debido a su edad, etnia, discapacidad física, psíquica o sensorial, ocupación u oficio. (Adicionado Ley 1257 de 2008)
8. Se cometiere con la intención de generar control social, temor u obediencia en la comunidad. (Adicionado Ley 1257 de 2008)” (Ley 599,2000).

En 1999, el pedófilo colombiano Luis Alfredo Garavito fue declarado culpable de aproximadamente 142 crímenes cometidos contra menores en los años 1992 y 1998 (El pensante, 2017). El homicida también violaba a sus víctimas, pero sus crímenes fueron cometidos bajo la vigencia de la Ley 360 de 1997 y bajo el Decreto 100 de 1980, de manera que muy pronto se hizo sentir el clamor popular, debido al bajo ámbito punitivo y a los beneficios y subrogados penales existentes hasta el momento, pues se decía que el enjuiciado se haría acreedor a más rebajas por colaboración con la justicia, ya que señaló a los investigadores los sitios donde tenía enterradas a la mayoría de víctimas, pero también se haría acreedor a rebajas por aceptación de cargos, trabajo y estudio durante su permanencia en el centro penitenciario. Mientras la

comunidad clamaba por el endurecimiento de las penas, escasearon las críticas por la falta de investigación y actividad policiva que permitió el actuar del pedófilo en completa libertad.

Como respuesta a ese clamor popular, la senadora Gilma Pulido toma las banderas de la conmovida comunidad y para el año 2006, el Congreso de la República expide la Ley 1098 de 2006 conocida como la Ley de Infancia y adolescencia, donde se suprimen todos los beneficios o subrogados penales para los infractores de delitos dolosos contra menores. Igualmente responde el legislativo a este clamor popular y se expide la Ley 1236 de 2008 aumentando hasta en un 100% en algunos delitos el ámbito de punibilidad. La senadora que abandera la causa resulta elegida con la más alta votación que pudo obtener un congresista en las elecciones del año 2010.

Bajo este panorama se están adelantando las investigaciones por delitos sexuales, encontrándose agravados la mayoría de ellos, de manera que Vr. Gr. un acceso carnal violento agravado por el numeral 4 del Artículo 211 del Código Penal (Ley 590, 2000, Art.211) (víctima menor de 14 años) contemplaría una pena probable a imponer entre 16 y 30 años. Con estas altas penas y con la supresión de beneficios y subrogados penales, se consideraría que se le está restando eficacia a la norma en consideración a que se hace un uso excesivo con el incremento punitivo y la ausencia de beneficios y mecanismos sustitutivos pues no existe incentivo para el acusado que quiera colaborar con la justicia. Así las cosas una vez se imputan, la inmensa mayoría de los investigados se somete a la plenitud del juicio oral, con mayores costes para todos los sujetos procesales, para la administración de justicia y en especial traduciéndose en una victimización secundaria para las víctimas de abuso sexual, no sólo porque aquellas tendrían que concurrir en la gran mayoría de los casos al juicio oral para evocar el hecho traumático, sino también en algunos casos sus familiares y seres queridos son sometidos a ese sufrimiento y revictimización sobre todo cuando la víctima es menor de edad.

Además del aumento punitivo, a partir del 2008 dentro de la potestad configurativa del legislador se crearon nuevos tipos penales dentro del bien jurídico que nos ocupa, como lo son el proxenetismo con menor de 18 años edad, con una pena entre 14 y 25 años (Ley 1329 de 2009), el constreñimiento a la prostitución con pena entre 9 y 13 años (Ley 1236 de 2008) y la Demanda

de Explotación Sexual con persona menor de 18 años, con una pena imponible entre 14 y 25 años. En este último tipo penal quedó configurado en la Ley 599 de 2000 así:

“Art 217–A El que directamente o a través de tercera persona, solicite o demande realizar acceso carnal o actos sexuales con persona menor de 18 años, mediante pago o promesa de pago en dinero o en especie o retribución de cualquier naturaleza, incurrirá por sólo este hecho, en prisión de 14 a 25 años” (Ley 590, 2000, Art.217 - A).

Si se compara la Demanda de Explotación Sexual con el Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años, cuyo ámbito punitivo oscila entre 12 y 20 años, se observa a simple vista, la ausencia del Principio de Proporcionalidad, de Igualdad y de Justicia referido por M. Carcoy; pues la demanda de explotación Sexual se configura con la sola promesa al menor de 18 años de una remuneración, aun cuando no se lleve a cabo el acto sexual, mientras en el caso de los actos sexuales y acceso carnal con menor de 14 años se exige un atentado efectivo al bien jurídico tutelado, como quiera que se causa mayor grado de lesividad al ofendido palpándose aún más la antijuridicidad material, contrario a lo que ocurre con el sólo ofrecimiento de dinero o dádivas con fines sexuales a un menor de edad, sobre todo cuando estos menores tienen edad superior a los 14 años.

Es así como la misma judicatura, por vía de interpretación ha tenido que morigerar los alcances de esta normatividad, aclarando el sentido de estas. Al respecto se encuentra una célebre sentencia, sobre el tocamiento fugaz que hace un mensajero montado en bicicleta en la zona glútea de una mujer que iba por la calle, quien a pesar de que la hace caer y se lastima, la Corte Suprema en Sentencia CSP – 25743 de 2006, siguiendo la doctrina extranjera califica la conducta, como una injuria por vía de hecho, teniendo en cuenta la sorpresa y fugacidad del ataque o tocamiento, equiparándolo a una ofensa como la que ocurre a quien se escupe, a quien se le quita la peluca o se le dice groserías (Pérez, 2006).

Dado que en Colombia nace el Sistema Acusatorio bajo la Ley 906 de 2004, sistema que tiene parte de su origen en el Common Law y por tanto atendiendo los requerimientos del mismos se

previeron mecanismos de negociación y preacuerdos, con ventajas o beneficios tanto para los investigados como para la Administración de Justicia, pues mientras los primeros obtenían una terminación anticipada de su proceso e importantes rebajas de pena en la negociación, en la segunda se ahorraba recursos, tiempo en la investigación y en las etapas procesales, debido a la colaboración del procesado. Así las cosas, se adoptaron incrementos en las penas, para poder atender los requerimientos que el nuevo sistema demandaba y por ello consultando la exposición de motivos de la citada Ley, es claro que los incrementos fueron considerados debido a esos mecanismos de negociación y de colaboración eficaz en consonancia con una justicia premial.

Mediante la expedición de la Ley 890 de 2004 por medio de la cual se modifica y adiciona el Código Penal (Ley 599 de 2000), el legislador quiso preparar el terreno para la puesta en marcha del Sistema Penal Acusatorio puesto en vigencia a través de la Ley 906 de 2004, justificando el aumento punitivo para tener márgenes de negociación y evitar que la sociedad se viera burladas con las rebajas punitivas que hiciera el fiscal (Congreso de la República, 2004).

Después de 2 años de vigencia de la Ley 890 de 2004 a través de la cual se estaban concediendo beneficios y rebajas, Luis Alfredo Garavito logró sustanciales rebajas en los 140 delitos imputados, lo que generó presión social y mediática y es ahí cuando la senadora Gilma Jiménez, abanderada la Ley 1098 de 2006 conocida como Código de Infancia y adolescencia, mediante la cual se suprimen beneficios y mecanismos sustitutivos cuando se trate de delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, *delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales* o secuestro, cometido contra niños, niñas y adolescentes. De esta manera conforme el Artículo 199 del citado estatuto se aplican las siguientes reglas: i) en caso de mérito para proferir la medida de aseguramiento, ésta será siempre en establecimiento de reclusión. ii) 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. iii) 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. iv) No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal. v) No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código

Penal. vi) 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. vio) 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” (Congreso de la República, 2004).

La posición de la Corte Suprema de Justicia, ha sido reconocer que el incremento punitivo de la Ley 890 de 2004 se hizo, con base en la implementación del sistema acusatorio para lograr el margen de negociación, baste observar sentencia de tutela 24021 de 2005, mediante la cual se ampara el derecho fundamental al debido proceso (legalidad de la pena) de un ciudadano, con los extremos punitivos originales de la Ley 599 de 2000 por el delito para el cual fue condenado, desdeñando la aplicación de la Ley 890 de 2004, por cuanto para la época de los hechos no había entrado a regir en el Departamento de Santander (lugar donde ocurren los hechos) el sistema penal acusatorio, reconociendo así la Corte Suprema de Justicia que los incrementos punitivos se hicieron con fundamento en la entrada en vigencia del nuevo sistema de procedimiento penal, de corte acusatorio (Congreso de la República, 2004).

Sin embargo pese a lo expuesto, no ha sucedido lo mismo con los delitos contra la integridad, libertad y formación sexuales de menores de edad, pese a las reflexiones de la Corte Suprema de Justicia respecto del fin del negocial y premial del incremento punitivo de la Ley 890 de 2004 de los cuales están exentos los mencionados delitos, se sigue aplicando el incremento punitivo de la Ley 890 de 2004 y al mismo tiempo se da aplicación a la Ley 1098 de 2006 que suprimió para estos delitos los beneficios, mecanismos sustitutivos y rebajas de penas, con consecuencias funestas para la investigación de estos delitos y con amenaza de colapso del sistema actual, debido a la pesada carga de investigación de los fiscales de la Unidad de Delitos Sexuales; donde pese al colapso de los establecimientos de reclusión, esperan en los anaqueles las investigaciones de una inmensa mayoría de las víctimas para que sean llevadas a juicio, ya que son escasas las aceptaciones de cargo debido al uso excesivo de la prevención general negativa de la pena donde contrario a cumplir con su efecto disuasorio, no se obtienen los resultados

esperados y por el contrario se hace uso indebido dentro de los procesos de maniobras dilatorias, evasión y elusión de víctimas y testigos , retractación de testigos, etc.

Ahora, contrario al discurso de una supuesta protección a los derechos de la víctima a la justicia, esa falta de negociación, de rebajas y de beneficios necesaria y paradójicamente se traduce en un perjuicio para la víctima ya que los imputados en estas condiciones prefieren sujetarse a un proceso donde víctimas-menores y testigos allegados a éstas tienen que comparecer a declarar, necesariamente evocando el hecho traumático o las circunstancias de su comisión, prolongando innecesariamente la ansiedad y sufrimiento de éstas en las diferentes etapas del proceso y ni que decir cuando ya han pasado varios años desde la comisión del punible en víctimas muy pequeñas, quienes se ven compelidas a recordar en juicio los eventos, lo mismo que sus familiares.

Como corolario de lo anterior, se puede afirmar:

1. En materia de delitos sexuales no puede afirmarse que en Colombia en los últimos años exista una política criminal preventiva, pues se ha hecho un uso excesivo del *ius puniendi* y del poder configurativo del legislador, no consultando la efectividad del sistema penal.
2. Por otra parte, se observó que en una década hubo cuatro reformas del Código Penal, para cambiar el rango punitivo, observándose muy especialmente como a raíz de la indignación del pueblo colombiano por los casos de abuso sexual contra menores, a través de la Ley de Infancia y Adolescencia se suprimen beneficios y subrogados penales, observándose no una política criminal en materia de delitos sexuales, basada en criterios estadísticos y criminológicos sino una política criminal de reacción.
3. Ahora, mientras se consultan criterios de política criminal para adoptar el nuevo Sistema Penal Acusatorio regido bajo Ley 906 de 2004, que entró a regir en Bogotá en el año 2005, al año de su vigencia se promulga en contravía de esa política criminal que le dio vida al nuevo sistema, la Ley de Infancia y Adolescencia, suprimiendo todo beneficio y

subrogado que permitiera eficacia en las etapas de investigación y juzgamiento en los Delitos Sexuales.

Pues mientras los criterios político-criminales acogidos para la adopción del nuevo sistema eran los datos estadísticos sobre impunidad, debido a la congestión de despachos judiciales, dilación de procesos, entre otros; por la otra parte con la expedición de la Ley de Infancia y Adolescencia se retrocede al suprimir esos beneficios y subrogados penales congestionando despachos judiciales y desestimulando a los investigados de estos delitos, para allanarse a cargos, celebrar preacuerdos, pedir principios de oportunidad, etc. ya que el único beneficio que obtendrían sería una terminación anticipada del proceso.

3.10 Principio de Necesidad de la Pena en los Delitos Sexuales.

El castigo ha sido objeto de estudio de la sociología y como consecuencia de ello la pena de prisión como instrumento de pago de ese castigo en el derecho punitivo (Teoría Retributiva).

Cesare Beccaria reconoce a Montesquieu como el gran hombre que sentará los principios sobre la necesidad y el fin de la pena, sentenciando que toda pena que no derive de una necesidad es tiránica (Beccaria, 1997).

Para Foucault, el castigo ha sido una forma de la manifestación del poder, al punto que el soberano para demostrar la autoridad ante los súbditos, imponía castigos públicos, pero la prisión como medio de castigo viene a imponerse sólo a partir del Siglo XIX y deriva de una práctica para judicial impuesta por grupos, de manera que al individuo se le ponía en prisión por un tiempo indefinido y la persona ofendida determinaba hasta cuando debía permanecer en ella hasta nueva orden, por considerar que ya se había corregido (Foucault, 1979, pp.49:50). La prisión para este autor es un fracaso aun cuando persista a pesar de ello, ya que ha demostrado la inutilidad para combatir el crimen ya que produce reincidencia.

La legislación colombiana en el artículo 12 del Código Penal vigente, atribuye a la pena una función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. La aplicación en función de los

tipos penales expresamente la Corte debe aceptar y aplicar la mínima en los casos en que el legislador estipula en el Código Penal. Corresponde a los principios de la imposición de la pena (Ley 599, 2000, Art.12). Ya se dijo en líneas precedentes, como en política criminal también es importante considerar la utilidad de la pena, la cual deviene del Principio de Necesidad de la Pena.

3.11 Teorías Relativas de la Pena

Las teorías relativas de la Pena, como prevencionistas que son encuentran su justificación en la obtención de objetivos ulteriores, encontrando un fin utilitarista motivador en la prevención del delito y la protección de los bienes jurídicos.

3.11.1 La Teoría de la Prevención General

Teoría de la Prevención General negativa tiene un fin intimidatorio, es general y abstracta puesto que va dirigida a toda la sociedad en general y constituye una amenaza de sanción frente a potenciales autores; es defendida por la escuela positiva y criminológica. «Crea conductas típicas» (Feuerbach, 1989, p. 11: ss)

3.11.2 Teoría de la Prevención General Positiva

Busca que la norma actúe sobre la persona que ha delinuido con la efectiva persecución y sanción. Es preventiva general positivo porque el carácter intimidatorio de la pena tiene como finalidad que el autor en el futuro no delinca más. La prevención va dirigida al individuo (Jacobs, 1997, pp. 9:20).

3.11.3 Teoría de la Prevención General Negativa

Se dirige a la neutralización del delincuente, no tiene cabida en el Estado Social Democrático de Derecho.

La Corte Constitucional en sentencia C -647 de 2001, concibe la legitimidad de la pena, no sólo con la observancia del principio de legalidad, sino que también exige que se trate de una pena justa, de manera que no se conciben penas desproporcionadas, innecesarias e inútiles y sólo se justifica como último recurso, para garantizar la pacífica convivencia de los ciudadanos, previa valoración de la gravedad conforme los cambios, sociales, políticos, económicos y culturales (Beltrán, 2001).

En cuanto a la proporcionalidad para el estudio que nos concita, bajo la tipificación actual de los punibles previstos en los artículos 208 y 209 del Código Penal, tal y como se esboza, no se observa que se cumpla con rigurosidad esta característica, pues no tuvo en cuenta el legislador del 2000 como ocurre en otras legislaciones foráneas un adecuación típica que dependa de la relación de la edad entre víctima menor de edad y victimario, de manera que se consideran por ejemplo, una conducta atípica los actos sexuales consentidos por una niña de 14 años con un adulto de 50 o 60 años y contrario sensu es típica la conducta de actos sexuales “consentidos” cometida por un joven de 18 años con una menor de 13 años o como ya se advirtió precedentemente en la frontera de los 14 años. Es claro que el legislador para estos tipos penales no tuvo en cuenta ese desequilibrio de poder propio del abuso sexual, como lo son las relaciones asimétricas, bien sea en relación con la edad, la capacidad económica y la madurez mental. De igual manera, tampoco se tuvo en cuenta el ámbito punitivo en relación con la víctima, pese a que no es lo mismo una víctima de 4 años, que una víctima de 12 o 13 años y sin embargo la pena es la misma.

En un artículo del *Ámbito Jurídico*, de Francisco Farfán Molina, ex – procurador delegado ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, expuso un análisis frente al caso de Yuliana Samboní frente a la determinación cuantitativa de la pena de prisión, indicando que la razonabilidad de los delitos se determina en los mínimos y máximos aplicable en el feminicidio, en donde las circunstancias de concurso material aumenta, en una primera fase; en un segundo nivel, seguido de los parámetros expuestos en el artículo 60 del Código Penal (Ley 599, 2000, Art.60,

“el sentenciador debe evaluar la gravedad de la conducta (Desvalor de la acción), daño real o potencial creado (de valor del resultado), naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, intensidad de dolo y necesidad de la pena” (Farfán, 2017) fijando la pena con base de los principios de razonabilidad y proporcionalidad (Ley 599, 2000, Art.31).

La Corte Suprema de Justicia – Sala Penal, Sentencia 41350 de 2014 recalcó:

“La necesidad está relacionada con la aptitud y eficacia de la sanción en la protección del bien jurídico afectado y los fines perseguidos. La proporcionalidad tiene que ver con la apreciación de las circunstancias específicas del caso a la luz de su gravedad e importancia, para que la sanción no resulte exagerada frente a su concreta realización. Y la razonabilidad pretende erradicar todo juicio arbitrario o criterio subjetivo en la adopción de las decisiones” (Fernández, 2014).

La Sentencia de radicación No. 28872 de Julio 15 de 2008. Indica que el procesado al declarar su culpabilidad en los actos delictivos formulados por la Fiscalía renuncia a sus derechos fundamentales dentro del proceso como es asistir a un juicio público en el cual podría entre otros refutar las pruebas que fortalecen la hipótesis del ente investigador (Ibáñez, 2008).

Al indicar que la aceptación de cargos no es más que admitir la culpabilidad de una conducta punible mediante la cual se pretende recibir a cambio una serie de beneficios, conviene resaltar que no en todos los supuestos fácticos a pesar de que se acepten los cargos que la Fiscalía imputa, no se recibe a cambio ninguna medida que favorezca al acusado, entre los delitos que no admiten rebajas ni auxilios y entre ellos se encuentran los casos de delitos sexuales y homicidio doloso en menores de edad, terrorismo, financiación del terrorismo, extorsión, entre otros, a su vez señala que posterior a la admisión de culpabilidad, el juez es la autoridad que tiene la obligación de verificar que se haya presentado la aceptación de manera libre, voluntaria, asesorada por un abogado y que no se evidencie que la misma se efectuó bajo algún tipo de sustancia que lo colocara en situación de inconsciencia (Jiménez, 2016).

CAPÍTULO IV

LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA EN LOS DELITOS SEXUALES

4.1 Noción

Conforme al concepto del ordenamiento penal colombiano se debe entender por víctima “las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del injusto” (Ley 599, 2000, Art.132).

La violencia generada a las víctimas se ha presentado frente a las acciones u omisiones realizadas por el Estado y todas sus instituciones, generando una violencia institucional como lo infiere el autor Bodelon, así:

“no sólo porque a través de sus agentes se realicen actos de violencias físicas, psicológicas o sexuales, sino también por la responsabilidad que tiene el Estado y sus agentes en la prevención, sanción y erradicación de dichas violencias contra las mujeres” (Bodelón, 2015, p.132).

Los conceptos de victimización secundaria apuntan principalmente a la atención inapropiada e ineficiente que reciben las víctimas al interior de las instituciones y autoridades encargadas de la investigación y dentro del propio juicio; de manera que se le ocasiona un daño secundario al generado por el punible que denuncia o que se investiga de oficio.

La desconfianza creada por la justicia penal ha llevado a crear en la víctima un miedo frente a las reacciones en la que el agresor pueda actuar frente a su víctima y frente a un trato inadecuado que muchas veces se traduce en la dilación de los procesos judiciales y, así mismo, dificultando la recuperación de la víctima y los fines del proceso penal que no son otros que el derecho a la verdad, la justicia y la reparación.

4.2 La Victimización Secundaria en el Proceso De Delitos Sexuales.

En las investigaciones y enjuiciamiento de delitos sexuales, no es infrecuente la victimización secundaria o revictimización; no sólo por la mala atención que pueda dispensar a la víctima por las diferentes instituciones, sino por las características del delito, que exige cada vez más una atención especializada.

El mismo proceso rememorativo del hecho investigado, aun cuando se cuente con funcionario capacitado e idóneo para escuchar a la víctima, implica sufrimiento, vergüenza, culpa y otros fenómenos psicológicos propios del abuso sexual y con ello victimización secundaria, si se tiene en cuenta que generalmente el relato es referido en múltiples oportunidades, por ejemplo: policías que atienden la flagrancia, funcionario que recepciona la denuncia, médico que recibe la anamnesis, médicos de entidades hospitalarias, psicólogos, profesores, orientadores escolares y finalmente en audiencia de juicio oral, la que bien podría ser omitida con aplicación del Principio de Oportunidad, ya que la víctima no tendría que ser sometida a los rigores del juicio oral.

La Corte Constitucional en sentencia T -116 de 2017 señala que:

La Corte IDH exige para obtener la declaración de menores continúa la accionante—, la entidad accionante destaca aquella de que no se realicen más interrogatorios o entrevistas de las que sean necesarias con el objeto de evitar un impacto traumático en la estructura psicológica del niño o niña. De allí que, descendiendo al caso concreto, advierte la tuteante, sea necesario detenerse en los requisitos que se exigen para tomarle declaración a esos sujetos de especial protección constitucional (Guerrero, 2017).

Pero la victimización secundaria, para el caso de las adolescentes que nos ocupa, tiene otra connotación más grave aún, pues además de la vergüenza que puede padecer la víctima al tener que referir su vida íntima en distintas instancias, el referirse a hechos acaecidos en diferente tiempo, sucesos de tiempo atrás, tiene además que padecer muchas veces procesos administrativos ante el Instituto de Bienestar Familiar donde pueden ser separadas de su núcleo

familiar y no necesariamente por relaciones incestuosas abusivas al interior del hogar, sino también por abuso sexual con personas ajenas al núcleo familiar con el pretexto de “restablecer los derechos de la víctima”. So pretexto de esta victimización se encuentran denuncias donde la madre de la víctima afirma: “vengo a denunciar porque el Bienestar Familiar me obliga o si no me quita mi nieto”, “vengo a denunciar para que me devuelvan mi nieto y mi hija” (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2008).

Por otra parte, sufren el fenómeno de victimización secundaria, las menores adolescentes víctimas de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, cuando como consecuencia de la conducta, da a luz a un hijo, que tiene que educar sin el apoyo y presencia del padre del menor por encontrarse privado de la libertad en establecimiento carcelario en contra de la voluntad de la misma víctima con quien en la gran mayoría de casos conserva un vínculo afectivo.

En una tesis doctoral, dirigida por el Dr. León Fuentes José Luis y presentado por Celia Nevado Fernández, en la Universidad de Sevilla España. (2008), se expuso:

“A la hora de describir cómo se llega a desarrollar la sintomatología asociada a los abusos sexuales en la infancia nos encontramos con modelos que parten en las distintas teorías psicológicas explicativas del comportamiento humano y sus desviaciones. De entre ellos los más conocidos son el modelo traumatogénica. «(...) ...Este modelo propone cuatro factores que estarían en la base de la dinámica traumatogénica, es decir del desarrollo de la sintomatología y desestructuración que sufren las víctimas de abuso sexual. Este autor sostiene que estas dinámicas nos son exclusivas de las agresiones sexuales, pero la conjugación de las cuatro dinámicas en el abuso es lo que hace único al trauma de este tipo de agresiones, diferenciándolo de otros traumas como el producido por la separación de los padres (...)» (Pool, 2006) guía de Filkelhor y Browne (1985) y el modelo de estrés postraumático de Wolfe...ambos consideran el abuso sexual como un hecho traumático, pero mientras el modelo traumatogénico postula que la sintomatología es explicada por diversos mecanismos psicológicos de adaptación...” (Nevado, 2008, p.82).

Afirma una vez más que el impacto psíquico primario de un acontecimiento estresor “agresión sexual” supera la capacidad de respuesta de la víctima, determina un daño que se hace muy evidente en el caso se representa en la sintomatología psicopatológica va a persistir en el tiempo de manera prolongada; afectaciones diversas consecuencias aparte de las físicas, amnesia esto varía según factores como la edad repercute igualmente en la salud en total es una perturbación que va más allá de la imagen de la víctima sexual produce aislamiento y estimación. Además, las secuelas pueden encontrarse a corto, mediano y largo plazo.

4.3 La Legislación Internacional

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga (UNODC) y el Delito en colaboración con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Oficina Internacional de los Derechos del Niño, con el propósito de que los Estados partes adapten su legislación interna con base en las directrices y los instrumentos internacionales sobre el tema de las víctimas y testigos menores de edad expide una Ley Modelo enfocada a la asistencia y protección de estos menores, como consecuencia de la reunión de expertos que tuvo lugar hacia mayo de 2007 en Viena. (Oficina De Las Naciones Unidas Contra La Droga Y El Delito, 2014, p. IV).

Se define en el mencionado instrumento el concepto de victimización secundaria, sin que signifique que sea la primera vez que el concepto es acuñado, toda vez que el tema ya había sido tratado por expertos de distintos países, no obstante, cobra importancia debido a que se trata de una recomendación y guía de la ONU, para que los estados partes la adopten dentro de su derecho interno. Es así como el Capítulo 1 de la ley modelo referida prevé:

“h) Por “victimización secundaria se entenderá la victimización producida no como resultado directo del acto delictivo, sino por la respuesta de las instituciones y personas individuales en relación con la víctima” (Gutiérrez, 2009).

El artículo 13, inciso 2 prevé que, en la medida de lo posible, el investigador evitará repetir el interrogatorio durante el proceso de justicia, con el fin de evitar la victimización secundaria del menor.

El artículo 28 de la mencionada Ley modelo propende para que se dictan medidas para proteger el derecho del menor a la intimidad y el bienestar físico, evitando afligirlo injustificadamente y generando el fenómeno de victimización secundaria (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2014, p. IV).

En relación con estas últimas medidas en Colombia se han adoptado como regla general (ley 1252 de 2013) la grabación del testimonio del menor en audio-video, antes de la celebración del juicio y el uso de sistemas tecnológicos como videos, o rudimentarios como cortinas o el desalojo del acusado de la sala para recepcionar el testimonio del menor, etc. Sin embargo, jueces y defensores a partir de la mencionada Ley no vienen valorando el video que el menor ha rendido previamente como prueba autónoma, e incluso en casos donde el menor no comparece a juicio por el daño que puede producirle.

4.4 Medidas Adoptadas en Colombia

Las medidas de que trata la ley modelo venían adoptándose en Colombia, teniendo en cuenta la cooperación del Departamento de Justicia de los Estados Unidos; no obstante, cabe resaltar que no ha sido posible conciliar del todo ese concepto, con respecto de los Principios de Concentración e Inmediación de la Prueba que rige el Sistema Penal Acusatorio, toda vez que si bien la construcción jurisprudencial había avanzado en ese sentido permitiendo que en determinados eventos se le confiera pleno valor a las declaraciones previas rendidas por menores de edad víctimas de abuso sexual, a partir de la Ley 1652 de 2013, la judicatura ha sido más exigente para la valoración de las entrevistas rendidas por menores, aun contando con medio audiovisual.

4.5 Valor de Las Declaraciones Previas

Desde que inicia la vigencia de la Ley 906 de 2004, ha sido motivo de controversia la presencia del menor para la práctica del interrogatorio cruzado que se realiza en sede de audiencia, pues por un lado se reclama su testimonio como garantía de la defensa a tener un juicio con las características de contradicción, inmediación y concentración de las pruebas, lo cual resulta medular en el Sistema Penal Acusatorio (Artículos 15,16 y 17) y por otro lado se reclama la admisibilidad en juicio oral de las declaraciones previas rendidas por los niños, niñas y adolescentes sin que sea menester su declaración en juicio oral para evitar la re victimización.

Es claro que las versiones o declaraciones previas al juicio oral como regla general, son consideradas pruebas de referencia y en tal virtud conforme al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, se admiten excepcionalmente únicamente i) cuando se manifiesta bajo juramento que se ha perdido la memoria sobre los hechos, previa corroboración de perito. ii) víctima de secuestro, desaparición forzada o evento similar. iii) padece de una enfermedad grave que le impide declarar iv) fallecimiento y v) cuando las declaraciones se encuentren registradas en archivos históricos o de pasada memoria (Ley 906, 2004, Art. 438).

No merece mayor explicación cada una de las causales que originalmente traía el artículo 438 en comento, salvo la expresión “eventos similares” cuando se refiere a la víctima de secuestro y desaparición forzada, ocupándose la judicatura en radicado 27477 de 2008 sobre la potestad reglada que tiene el juez de decidir cuáles son esos eventos similares al secuestro y desaparición forzada que padece el testigo, para admitir su declaración previa como testigo de referencia, afirmando la Corte Suprema de Justicia que esas situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien lo puede ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización, ya que se trata de situaciones especiales de fuerza mayor que no pueden ser racionalmente superadas.

Sin embargo, La Corte Suprema de Justicia según SP – 46153 DE 2015, por regla general es claro que la prueba de referencia tiene un valor menguado en el juicio oral (Salazar, 2015) precisamente porque así se introduzca la declaración previa a través del testigo que recepcionó la entrevista o la declaración, la parte contra quien se aduce no puede controvertirla en debida

forma directamente con la persona que declaró previamente, como tampoco se le permite al juzgador apreciar la prueba bajo el principio de la inmediación.

El Artículo 3°. De Ley 1652 de 2013 incorporó al Artículo 438 ibídem el literal Y determinando como prueba admisible el testimonio del menor de 18 años víctimas de abuso sexual, sin embargo, la judicatura ha aclarado las reglas especiales a las declaraciones previas rendidas por los menores de edad víctimas de abuso sexual, para evitar que se sean victimizados los NNA citando en Rad. 44950 CSJ 2017, a manera de ejemplo las siguientes: Rad. 31959, CSJ SP, 30 Mar. 2006; Rad. 32868; CSJ SP, 19 agosto 2009, CSJ SP, 10 Mar. 2010, CSJ SP; Rad. 33651 mayo 18 de 2011; Rad. 24468 Mar. 30 de 2006; CSJ SP; Rad. 44056 28 de octubre de 2015; CSJ SP; Rad. 43866, 16 marzo 2016.

Es así como encontrar que previo a la promulgación de la Ley 1652 de 2013, que la Corte Suprema de Justicia ha reiterado y pronunciado lo ya reglado cómo en determinados eventos el juez puede valorar con plenos efectos las entrevistas previas rendidas por víctimas de abuso sexual menores de 18, debidamente producidas e incorporadas al juicio, para evitar que sean revictimizados.

De manera que con posterioridad a la expedición de la mencionada norma, la judicatura ha aclarado que las reglas de valoración de la declaración previa del menor víctima de abuso sexual, siguen vigentes, de esta manera se evidencia entonces que pese a la resistencia de algunos jueces, las entrevistas grabadas en medio magnético e incorporadas debidamente tienen pleno valor probatorio, aunque desde luego debe hacerse una valoración conjunta con las demás pruebas practicadas en juicio oral y corroborar el dicho del menor con otras pruebas practicadas en juicio.

No obstante, lo expuesto, una entrevista realizada con medios audiovisuales y obtenida con un profesional bien entrenado, puede ser suficiente elemento de convicción de la historia de abuso sexual que ofrece el menor, teniendo en cuenta que el audio video permite al juzgador valorar la espontaneidad del relato, el lenguaje no verbal, la actitud y comportamiento del menor durante la entrevista, el estado anímico y muchas veces la catarsis o llanto que presenta en su relato. Vale la pena preguntarse: *¿Cuál de las exposiciones de la menor en la práctica tendría mayor valor*

suasorio? La realizada previamente recién ocurridos los hechos cuando la menor era una infante...o la realizada en juicio oral cuando muchas veces han transcurridos varios años y nos encontramos con una víctima adolescente o incluso mayor de edad? ¿Es más creíble una historia de abuso sexual de un infante que no tiene por qué ofrecer esos detalles del abuso sino lo ha vivido, o la historia de abuso sexual de una adolescente o adulta que ya tiene una actividad sexual por el solo hecho de asistir a juicio?

La Corte Suprema de Justicia considera en sentencia C-34434 de 2010 “un verdadero despropósito analizar el testimonio de un infante bajo la óptica formal y material que preside la verificación de validez y consecuente valoración probatoria en tratándose de adultos” (Espinoza)

De manera pues que en este estado de cosas en muchos casos, donde no se encuentra evidencia física del abuso, ni testigos distintos a la víctima u otros elementos corroborantes, se hace necesaria la presencia del menor víctima en el juicio, resultando insoslayable la revictimización por la aflicción de concurrir nuevamente en el juicio oral y recordar lo acontecido con el lujo de detalles propios del juicio, so pretexto de indagar sobre las condiciones de modo, tiempo y lugar en que tienen ocurrencia, no sólo por parte de la Fiscalía, sino por la defensa, por el Ministerio Público y hasta por el mismo juez con fundamento en preguntas complementarias.

Vale la pena mencionar como incluso, so pretexto de proteger al menor víctima de abuso sexual se contravienen garantías fundamentales como lo es la consagrada en el Artículo 33 Superior - no declarar en contra de sus parientes hasta en segundo grado de afinidad- para este caso el compañero marital de la menor pues no debe olvidarse que en algunas ocasiones para la época del Juicio Oral ya la menor puede haber alcanzado los 14 años de edad y puede ejercer sus derechos sexuales y reproductivos pudiendo hacer vida marital o continuar simplemente con la relación sentimental con el padre de su hijo, sin que este hecho sea pueda ser objeto de investigación.

4.6 Tarifa legal Negativa

La regla del Artículo 381 de la Ley 906 de 2004 es un desarrollo del Principio de Inmediación, según la cual para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio sin que la sentencia condenatoria pueda fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia. En el mismo sentido el Artículo 16 *Ibídem* establece la definición de prueba, entendiéndose por tal únicamente la que se produzca e incorpore en el juicio oral en forma pública y sujeta a confrontación y contradicción.

Ahora bien, se dice que el Principio de Inmediación de las Pruebas es la percepción directa del juez en la práctica o aducción de pruebas, sin embargo la judicatura ha considerado que dicho Principio no es absoluto puesto que las excepciones se encuentran en los artículos 437 prueba anticipada y 438 prueba de referencia, no siendo la inmediación un componente esencial del debido proceso por cuanto no forma parte del bloque de constitucionalidad, no encontrándose consagrada su implementación como un deber del Estado frente a los instrumentos internacionales, formando simplemente parte del sistema acusatorio (Carlier, 2017).

Sin embargo teniendo en cuenta que a partir de la Ley 1652 de 2013, la entrevista forense practicada a NNA junto con el informe respectivo es un elemento material probatorio y constituye en prueba de referencia admisible, la judicatura se ha vuelto más rigurosa en la exigencia de otros elementos corroborantes que acompañan la investigación, ello con el fin de balancear ese principio de inmediación y contradicción que tiene la defensa en contraposición con los derechos de la víctima y el interés superior del menor.

Es así que se encuentra uno de los últimos pronunciamientos en la materia donde se tiene como fundamento la armonización de los derechos de los niños que comparecen a la actuación penal y las garantías judiciales mínimas de los procesados, haciendo una primera cita sobre el Artículo 8, literal k de la Ley 906 de 2004, sobre los derechos del imputado, a *“tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas....”* normas que devienen del cumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente. Así las cosas, afirma la alta Corporación que la posibilidad de ejercer el derecho a la confrontación no es sólo una garantía

del procesado; sino que también permite la depuración de la prueba y puede propiciar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición, al contarse con mejor evidencia para tomar decisiones sobre la responsabilidad penal evitando la tarifa legal negativa del Artículo 381 de la Ley 906 de 2004. Reconoce la Corte, sin embargo: “ (i) la tendencia, cada

vez más marcada, a evitar que los niños víctimas de abuso sexual concurren al juicio oral, y (ii) la clandestinidad que suele rodear el abuso sexual” de manera que si se tiene en cuenta que estos delitos ocurren a puerta cerradas y por tanto son escasas las otras pruebas directas, al exigírsele a la Fiscalía una investigación más exhaustiva para no presentar al menor al juicio oral, estas pruebas que acompañan la entrevista del menor que no comparece a juicio pueden ser indirectas, -aun cuando usualmente son confundidas con las pruebas de referencia- tales como dictámenes médicos que acusan la presencia de una enfermedad venérea en la víctima, el daño psíquico como consecuencia del abuso sexual, regalos o dádivas al menor sin que exista explicación solo a manera de ejemplo. (Sentencia 43866 de 2016 Corte Suprema de Justicia Patricia Salazar).

Resulta atinado el pronunciamiento de la honorable Corte, sin embargo aunado a ello hay que reconocer que la víctima de abuso sexual no es equiparable a la víctima de cualquier otro bien jurídico tutelado, pues aunque en la sentencia arriba reseñada, se señala como garantía del procesado el deber del Estado de hacer comparecer a la víctima y testigos en ejercicio del Artículo 384 del Código de Procedimiento Penal, lo cierto es que en la práctica muchas veces escapa al más cuidadoso funcionario ubicar a víctimas y testigos evadidos que no quieren colaborar, pues no son pocas las veces que estas personas no pueden ser detectadas en bases de datos (muchas veces no coinciden) y de lograr a hacerlo, resultan infructuosas las labores de los investigadores debido a la informalidad del trabajo no logrando ubicarlas para hacerlas conducir a sede de juicio y de lograr su comparecencia no se les puede obligar a rememorar el evento investigado, ni a declarar contra sus parientes en 4º grado de consanguinidad y 3º. Grado de afinidad en cumplimiento de garantías constitucionales.

Por otra parte también debe tenerse en cuenta que el derecho a la confrontación no se vulnera en estricto sentido, pues precisamente el audio video de la entrevista y el informe escrito es descubierto y puede ser confrontado en cuanto a la técnica y metodología utilizada,

desacreditando la información que recauda la entrevistadora, bien sea por el abordaje, por la clase de preguntas que se hacen, por el lenguaje verbal y corporal del menor y en general por el comportamiento y actitud del menor durante la práctica de la entrevista; sin embargo mientras el menor no comparezca a juicio o no se encuentren elementos de “corroboración periférica” a manera de ejemplo cuando la víctima se niega a la práctica del examen genital, o no concurre a valoración psicológica, no da información sobre testigos directos o indirectos, no permite prueba de genética, Etc. Etc. resulta imposible realizar una investigación “más exhaustiva” en la forma en que la exige la Corte para condenar, pues la práctica probatoria depende muchas veces de la colaboración de la propia víctima, cobrando vigencia la utilidad de mecanismos alternativos en lugar de continuar con investigación o un juicio que finalmente conllevaría a la impunidad.

4.7 Construcción Jurisprudencial

En reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional según sentencia T – 116 de 2017, se resaltó la necesidad de un pronunciamiento de un fallo con respecto a la revictimización en la que se encuentran los menores llamados a rendir testimonio en los procesos judiciales por los delitos sexuales de los que son víctimas, incurriendo las entidades judiciales, en exigir a la víctima, dentro del proceso, “*elementos probatorios específicos, en contravía del ordenamiento jurídico y del principio de necesidad de la prueba, en detrimento de los derechos*” (Guerrero, 2017) del menor.

En la presentación del caso^v, la Corte acuciante en la protección del menor y a *fortiori*, expresa la importancia de no implicar a los menores a ser revictimizados en los casos de interés de nuestra investigación, generando la vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana relacionado a los principios generales de intereses de las niñas.

^v Nota: «cómo acción de tutela en el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, “la defensa del sindicato solicitó que se decretara como prueba el testimonio de la menor. Sin embargo, el juez de conocimiento negó la práctica con la finalidad de evitar su revictimización. Impugnada la decisión, el superior jerárquico la revocó en el entendido que, más allá de las garantías especiales para llevarse a cabo la práctica de testimonios de menores en estos casos, el ordenamiento no prevé una prohibición para que comparezcan (...) redundan en una afectación de los derechos fundamentales de la menor XXX; y (iv) configura un defecto fáctico por cuanto no se había atendido el informe de la perito del cual se desprendía la afectación que produciría en la menor al practicarse el testimonio».

Por tanto, en el entendido de que la protección de los menores son sujetos de especial protección constitucional, la mencionada sentencia se encargó de dar importancia a los derechos de los menores de enfrentar un proceso penal en la tarea de rendir testimonio en los casos de violencia sexual, en declararla “*condicionada pero no prohibida*”.

Es pertinente recalcar que los tratados internacionales, como lo es la UNICEF, se ha encargado de dar una especial protección a los niños, niñas y adolescentes, y, así mismo, la Corte Constitucional según sentencia T -116 de 2017, en protección del estado Colombiano, se ha enfocado en hacer valer los presupuestos constitucionales y legales en la participación de los menores en la intervención de los procedimientos penales; en ese sentido, la Corte, con el propósito de pretender la protección iusfundamental advierte:

«...las reglas observadas en relación con la participación de los menores en los procesos penales, sobre todo cuando se trata de rendir testimonios, constituyen un imperativo para las autoridades que participan en el proceso penal, pues como lo ha sostenido esta Corporación ‘la normativa interna, la jurisprudencia constitucional y varios organismos internacionales han sentado importantes directrices que deben guiar los procesos judiciales penales en los que los niños intervienen como víctimas y testigos, con la finalidad de promover la realización de sus derechos. Estas directrices deben orientar no solamente el trámite del proceso, sino también las decisiones que se adoptan en materia de decreto y práctica de pruebas -como exámenes médicos y testimonios» (Guerrero, 2017).

4.8 Los Beneficios y Subrogados en Delitos Sexuales

En sentencia T-019/17, la Corte Constitucional, hizo referencia al significado de los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de una pena, en las medidas de reemplazar una pena restrictiva a una pena más favorable para el procesado, en la que expresó:

“...Los subrogados penales son medidas sustitutivas de las penas de prisión y arresto, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por el legislador. De acuerdo con la legislación, los subrogados penales son: 1) la suspensión condicional de la ejecución de la pena, 2) la libertad condicional, 3) reclusión hospitalaria o domiciliaria y prisión domiciliaria” (Mendoza, 2017).

En ese orden de ideas, teniendo comprendido el subrogado penal, se entra a analizar los subrogados en los delitos penales y los beneficios que se encuentran dentro de los delitos tipificados en contra de la *“libertad, integridad y formación sexual”*, en la aplicación del principio de favorabilidad penal, en distinguir *“entre normas sustantivas o procesales”* se deben aplicar a un caso en concreto.

El Código Penal en su artículo 68 A^{vi}, modificado por el artículo 4 de la Ley 1773 de 2016, excluyó unos beneficios y subrogados penales (Ley 1773,2016, Art. 116 A) y enunció los delitos excluidos de los mencionados beneficios, entre los cuales se encuentran los delitos del que nos compete en la presente investigación; así mismo la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia), en su artículo 199^{vii}, resalta la no sustitución y/o beneficio de los delitos que atenten contra la integridad sexual de los niños, niñas y adolescentes.

Incluso, frente a las conductas de abuso sexual en los menores de catorce años y menores mayores de catorce años, la Corte Constitucional sentencia C -876 de 2011 expresa que es la *“legislación penal la que establece tipos penales y altas penas para quien vulnere o violente los derechos sexuales o reproductivos de los menores mayores de catorce años”* (González, 2011)

^{vi} Ver: **Artículo 68A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales...** (...)delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión; homicidio agravado (...) (Subrayado fuera de texto) (Ley 906, 2004, Art.68)

^{vii} Ver **Artículo 199. Beneficios y mecanismos sustitutivos.** Cuando se trate de los “delitos...contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes contempladas expresamente (...). (Ley 906, 2004, Art.109)

Aunque los fines constitucionales frente a la protección de los menores en materializar la protección especial reforzada, por la capacidad en la que se encuentran los menores en su desarrollo sexual, es de entenderse que la capacidad de comprensión de un menor en los casos de abuso sexuales y reproductivos, la legislación penal establece tipos penales y altas penas o para quien vulnere o violente los derechos sexuales o reproductivos de los menores mayores de 14 años (González, 2011).

En ese orden de ideas, los subrogados en los tipos penales en donde se violenta a un adolescente en el *acceso carnal abusivo*, no se encuentran taxativamente reflejados en el ordenamiento jurídico, el principio de oportunidad como una “figura de aplicación excepcional frente a la regla general de perseguir penalmente todas las conductas con trazas de delito” (Daza, 2011).

Tal es el caso de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en una sentencia de Casación, 2006 en la que se evidencia la solicitud de concurrente, en solicitar una rebaja de la pena al demostrar que la menor de 14 años, al ser accedida carnalmente de manera violenta, existió también un consentimiento de la menor en que el agresor la accediera y posteriormente esta quedará embarazada del mismo agresor; por con siguiente el defensor del agresor, solicitó que la tipificación de la pena fuera modificada ya que la conducta punible aplicable a su defendido era la acceso carnal abusivo con menor de catorce años (Ramírez, 2006).

4.9 Suspensión Condicional De La Ejecución De La Pena.

Teniendo en cuenta las prohibiciones consagradas en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 contenida en los numerales 4 y 6°. , no puede otorgarse el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni de la sustitución de la ejecución prevista en el artículo 361 de la ley 906 de 2004.

4.10 Diferencias entre la suspensión condicional de la ejecución de la Pena y el Principio de Oportunidad.

Se trata de dos institutos diferentes y si bien el objeto de estudio no son los mecanismos sustitutivos de la pena ni alternativos sobre la persecución penal de la acción, a grandes rasgos podemos establecer las siguientes diferencias.

Tabla No. 3 Diferencias Principio de Oportunidad y Suspensión de la Ejecución de la Pena

Principio de Oportunidad	Suspensión de la ejecución de la Pena.
Es una facultad del Fiscal con el aval del Juez de Garantías.	Es competencia del Juez
Se puede aplicar únicamente en fase de investigación o juicio hasta antes de la audiencia de juzgamiento.	Se aplica únicamente a condenados; penas impuestas en sentencia de primera, segunda o única instancia.
La suspensión del procedimiento a prueba se realiza hasta por el término de 3 años.	La suspensión se realiza por un periodo de 2 a 5 años.
No se requiere que el delito tenga un determinado número de años para su aplicación. No siempre se aplica a conductas menos graves.	La pena de prisión no puede exceder de cuatro (4 años) Es decir se aplica a conductas menos graves.
Quien se beneficie del principio y se profiera renuncia a la persecución penal, quedaría libre de antecedentes penales.	Sin perjuicio del beneficio, la suspensión, no implica que por este hecho se eliminen los antecedentes penales.
No siempre se aplica en función del Principio de necesidad de la pena, por cuanto hay causales que atienden a un beneficio por colaboración, como lo es el servir de testigo de cargo, aportar evidencia, colaborar eficazmente en la continuación del delito o que la persecución penal comporte problemas sociales más significativos.	Tiene fundamento exclusivo en la aplicación del Principio de necesidad de la Pena, así existan diversos motivos que la justifiquen.

Elaboración propia

Si bien en ambos institutos se aplican en función de la política criminal del estado, también en ambos se prohíbe su aplicación tratándose de delitos dolosos en víctimas menores de edad, puesto que si bien el numeral 6 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006 prevé la aplicación del principio de oportunidad y la condena de ejecución cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados; ello debe concordarse con lo dispuesto en el Artículo 199 de la misma norma, cuando establece la prohibición en delitos dolosos y expresamente en delitos contra la integridad, libertad y formación sexuales con víctimas menores de edad.

Por otra parte si bien la exclusión de este beneficio se entendía exclusivo para delitos dolosos con víctimas menores de edad y delitos contra la integridad, libertad y formación sexuales, conforme lo prevé el artículo 199 ya mencionado; no se aplicaba dicha prohibición en víctimas de abuso sexual contra mayores de edad, no obstante conforme modificación de la Ley 1709 de 2014, se entiende que quedan excluidos del beneficio los condenados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tratándose de toda clase de víctimas, sin embargo aunque no es tema específico de nuestro estudio, vale la pena preguntarse si podría considerarse dentro de éste rango a las personas adultas, cuando el bien jurídico que se lesiona es la integridad y libertad sexual, mas no la formación sexual, la cual protege el legislador en los menores que no han alcanzado el grado de desarrollo físico y psicológico para prestar su consentimiento.

Se fundamenta la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, en las reglas del Principio de Necesidad, pues aunque el mecanismo está diseñado para delitos considerados menos graves, se afirma que las penas de prisión aunque cortas, reportan más daños que beneficios, si se tiene en cuenta que la función resocializadora de la misma no se verificaría en tan corto tiempo, pero si es suficiente para que el delincuente primario en lugar de reeducarse y resocializarse pueda incrementar su actividad criminal teniendo en cuenta la relación con otros reclusos. Roxin, Fundamentos de Derecho Penal. La estructura de la Teoría del Delito. Tomo 1, Ed. Civitas, 1997, Pág. 128.

Tal como se observa del análisis de las dos instituciones, resulta claro que la figura que más puede adaptarse como una alternativa para el infractor primario tratándose de víctima adolescente en los casos de la conducta tipificada en los artículos 208 y 209 del Código Penal (Actos sexuales con menor de 14 años y Acceso carnal con menor de 14 años) es el Principio de Oportunidad, no solo por cuanto dicha figura contribuiría a los principios generales de eficacia, eficiencia y economía de la actuación procesal toda vez que no sería necesario siquiera inicial el juicio oral en caso de que se cumplan las condiciones impuestas, contrario a lo que sucede con la suspensión de la ejecución de la pena, ya que las mismas condiciones que prevé el legislador garantizan el fin resocializador y reeducador que se pretende con la pena en caso de que se finalice el proceso y se pida la suspensión de la ejecución condicional de ésta. Debe tenerse en cuenta que aun cuando se conceda la ejecución condicional de la pena, el beneficiado no pierde

su condición de condenado y en ese sentido mal podría ejercer sus derechos de padre en la eventualidad de que se procrea un hijo con la víctima, ya que incluso puede perder la patria potestad tratándose de un punible contra la libertad, integridad y formación sexuales de un menor.

4.11 Vínculo Práctico de opinión cerrada por Fiscales de la Unidad de Delitos Sexuales.

Al indagar sobre el interrogante objeto de estudio, se realizó un análisis de la legislación que protege los derechos sexuales y reproductivos de adolescentes; sobre la conveniencia de establecer subrogados o beneficios como se observó en el contexto de este escrito para el principio de oportunidad para casos especiales, debidamente estudiados y ponderados, donde entran en conflicto las reglas, las normas y los principios de los derechos de los infantes procreados por el indiciado o imputado, a tener una familia y en especial un padre que acompañe su desarrollo en el seno de su hogar y no en un establecimiento de reclusión, aun cuando la menor víctima sea una adolescente cuya edad oscila entre los 12 y 14 años.

Por consiguiente producto de identificar la respuesta a los interrogantes propuestos de *¿La condena intramural en un establecimiento carcelario, como consecuencia del “¿Acceso carnal abusivo con mujer menor de 14 años” y mayor de 12 años, con quien se ha conformado una familia, responde a los principios legales de la pena?* se procedió a identificar qué vínculos existen entre las variables y situaciones conocidas por profesionales con conocimiento en el tema y se permitió realizar las encuestas a un total de 38 Fiscales de la Unidad de Delitos Sexuales.

Se usó como fuente primaria e instrumento de investigación la encuesta a través de un cuestionario de seis preguntas como es:

ENCUESTA

1. **Teniendo en cuenta que el legislador ha previsto en el artículo 208 del Código Penal una pena entre 12 a 20 años para el que acceda carnalmente (sin violencia) a persona menor de 14 años, considera Ud. Debido al daño y de la edad de la víctima, que la pena debería ser:**
 - a) Más leve cuando la víctima es un adolescente (12 años) y menor de (14 años)
 - b) No debe haber diferenciación alguna.
2. **Teniendo en cuenta el Artículo 209 prevé una pena entre 9 y 13 años, para el que realice actos sexuales con persona menor de 14 años o en su presencia o la induzca a prácticas sexuales considera Ud. Debido al daño y de la edad de la víctima, que la pena debería ser:**
 - a) Más leve cuando la víctima es un adolescente (12 años) y menor de (14 años)
 - b) No debe haber diferenciación alguna.
3. **¿Considera Ud. que el legislador acierta al considerar 14 años a partir de la cual se puede prestar válidamente el consentimiento para ejercer los derechos sexuales?**
4. **¿Considera Ud. que el consentimiento para que los menores adolescentes ejerzan sus derechos sexuales reproductivos, debe ser válido no sólo debido a la edad de la víctima sino de la diferencia de edad con el agresor? ¿Ejemplo víctima de 16 años con agresor de 40 años? ¿Pudiendo en cambio ser válido entre víctima de 13 años y “agresor de 18 años?**
5. **Considera Ud. que tratándose de víctimas adolescentes es relaciones sexuales consentidas donde se ha concebido un menor y donde el implicado cumple con sus obligaciones como padre, ¿necesariamente debe dársele tratamiento penitenciario?**
6. **¿O por el contrario podría pensarse en un principio de oportunidad con condiciones que debe verificarse durante el periodo de prueba?**

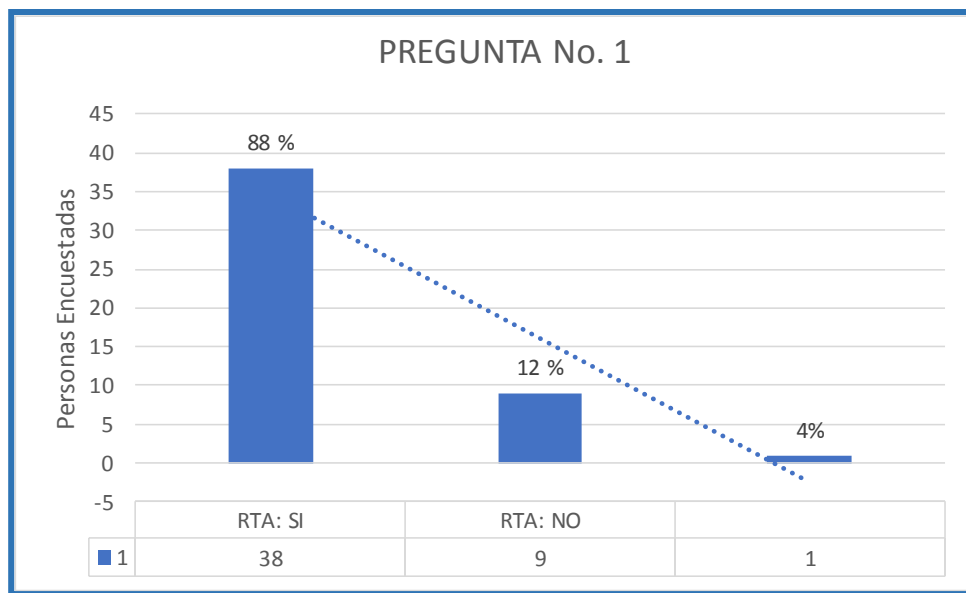
Gracias por su Colaboración

4.12 Resultados Encuesta Fiscales de la Unidad de Delitos Sexuales.

Pregunta No. 1

¿Teniendo en cuenta que el legislador ha previsto en el artículo 208 del Código Penal una pena entre 12 a 20 años para el que acceda carnalmente (sin violencia) a persona menor de 14 años, considera Ud. Debido al daño y de la edad de la víctima, que la pena debería ser?

Gráfica No. 1 Pregunta No. 1



Elaboración propia

Con opción de respuesta:

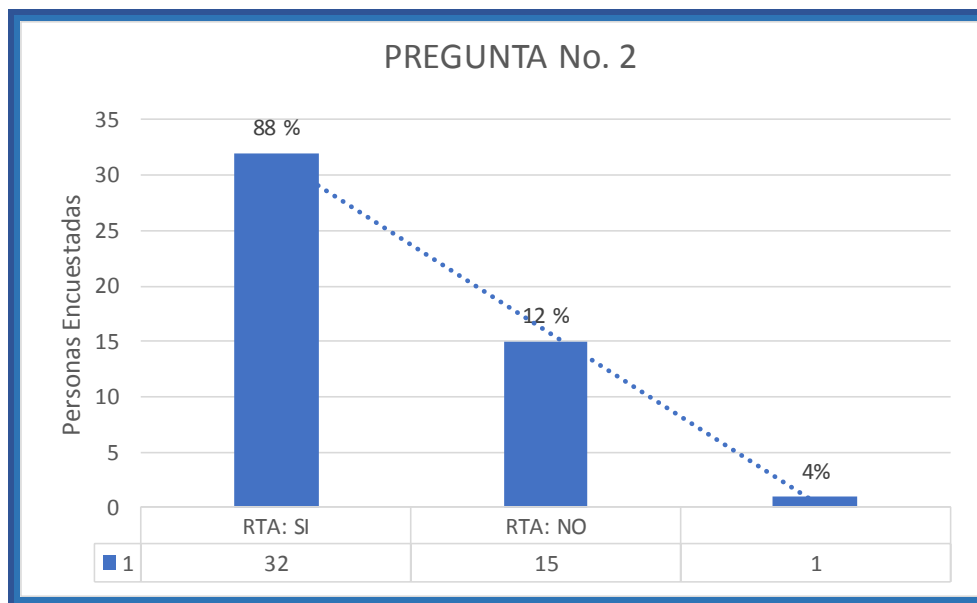
- A) Más leve cuando la víctima es un adolescente (12 años) y menor de (14 años).
- B) No debe haber diferenciación alguna.

De los 38 Profesionales a los que se les aplicó la encuesta, el 88% respondió (A) y el 12 % (B) y el 4 % No respondió; el conocimiento del tema; han llevado procesos y se refleja que la gravedad de los hechos debe corresponder a la gravedad de la pena o de la medida de seguridad, con el fin de graduar las penas asegurando la necesidad proporcional del delito y la pena.

Pregunta No. 2

Teniendo en cuenta el Artículo 209 prevé una pena entre 9 y 13 años, para el que realice actos sexuales con persona menor de 14 años o en su presencia o la induzca a prácticas sexuales considera Ud. Debido al daño y de la edad de la víctima, que la pena debería ser:

Gráfica No. 2 Pregunta No. 2



Elaboración propia

Con opción de respuesta:

- A) Más leve cuando la víctima es un adolescente (12 años) y menor de (14 años) y
- B) No debe haber diferenciación alguna.

A los 38 Profesionales a los que se les aplicó la encuesta, a la pregunta dio como resultado que 64 % respondió (a) y el 32 % (b), con el agregado que el 4 % representa y da la perspectiva que No condicional al contexto del menor, el conocimiento del tema; han llevado procesos y se refleja que la gravedad de los hechos debe corresponder a la gravedad de la pena o de la medida de seguridad, con el fin de graduar las penas asegurando la necesidad proporcional del delito y la pena.

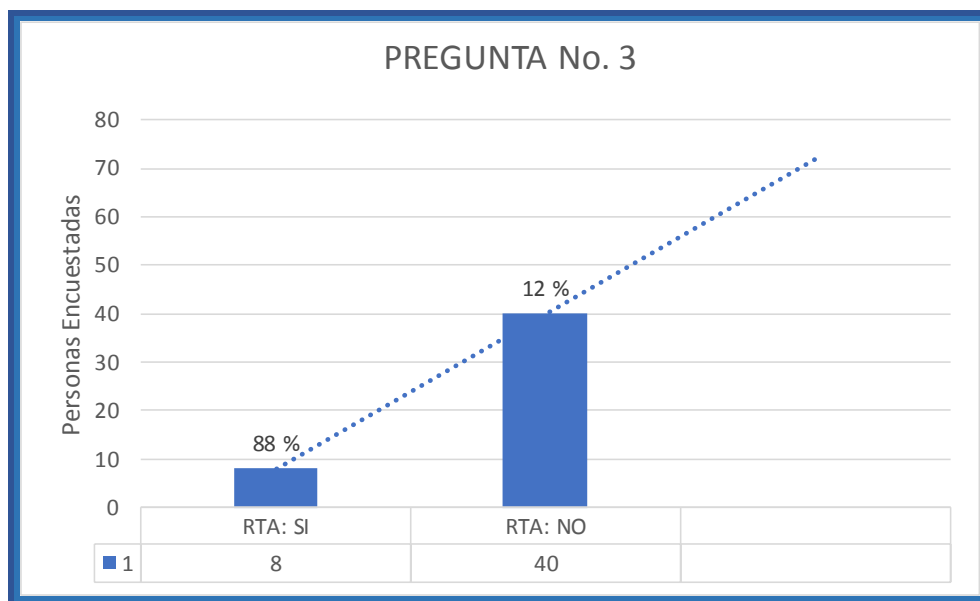
Pregunta No. 3

¿Considera Ud. que el legislador acierta al considerar 14 años a partir de la cual se puede prestar válidamente el consentimiento para ejercer los derechos sexuales?

SI. _____

NO. _____

Gráfica No. 3 Pregunta No. 3



Elaboración propia

La opción de respuesta era un SI o un NO.

A esta pregunta se le cuestiono a los 38 Profesionales a los que se les aplicó la encuesta, quienes son persuadidos por su conocimiento y a la medida de la hipótesis y objeto del presente estudio que obtiene como resultado una respuesta del 88 % que responde SI y el 12 % NO, al conocimiento del tema observado reforzando el enfoque crítico del legislador debe considerara que se puede unificar a la edad de 14 años a los menores como opción de partir válidamente que es una edad donde es viable el consentimiento para ejercer los derechos sexuales.

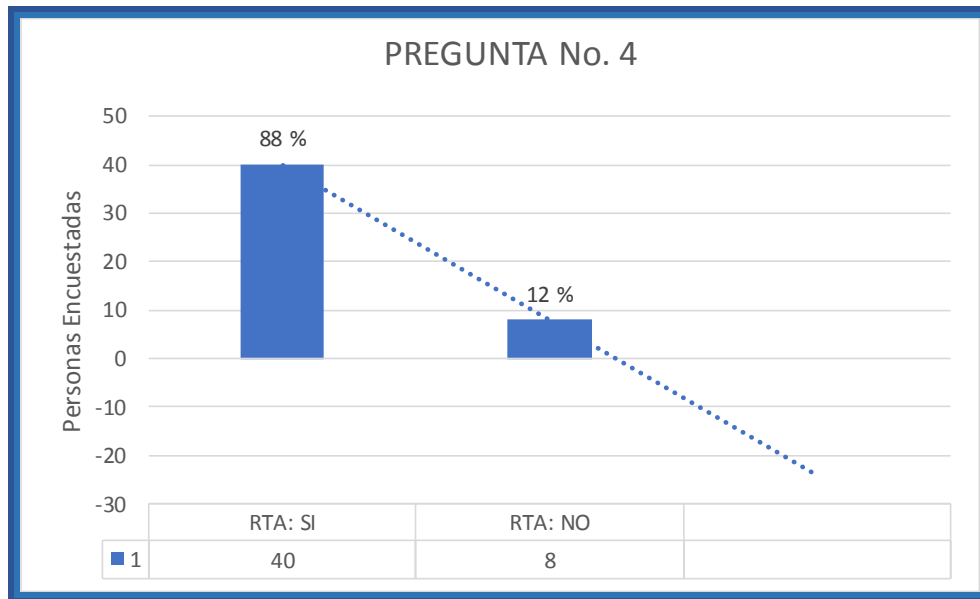
Pregunta No. 4

¿Considera Ud. que el consentimiento para que los menores adolescentes ejerzan sus derechos sexuales reproductivos, debe ser válido no sólo debido a la edad de la víctima sino de la diferencia de edad con el agresor? ¿Ejemplo víctima de 16 años con agresor de 40 años? ¿Pudiendo en cambio ser válido entre víctima de 13 años y “agresor de 18 años?

SI. _____

NO. _____

Gráfica No. 4 Pregunta No. 4



Elaboración propia

Con opción de respuesta Si y No.

De los 38 Profesionales a los que se les aplicó la encuesta, el 88% respondió (SI) y el 12 % respondió (NO), al conocimiento del tema de lo que consideran que el consentimiento para que los menores adolescentes ejerzan sus derechos sexuales reproductivos, debe ser válido no sólo debido a la edad de la víctima sino de la diferencia de edad con el agresor.

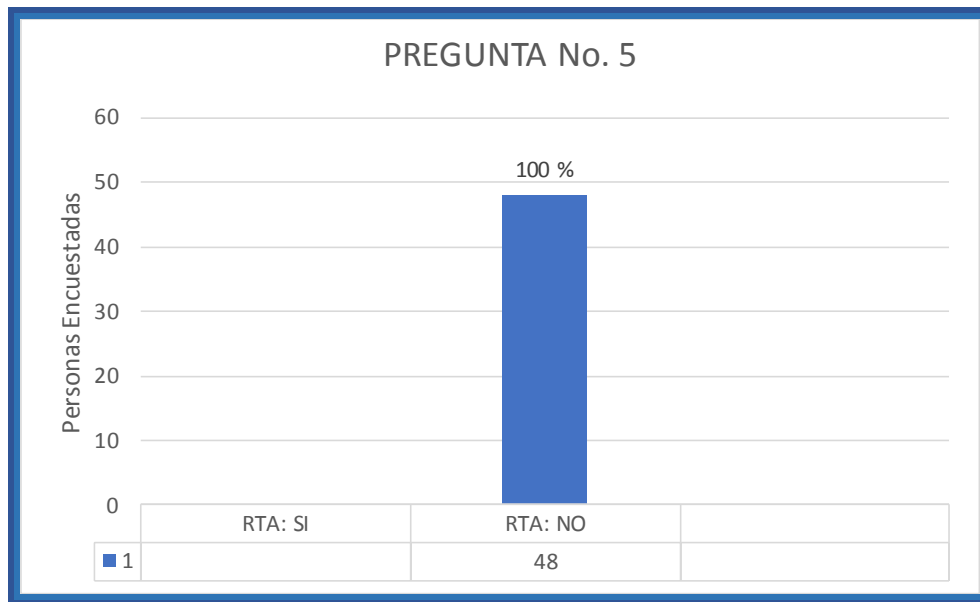
Pregunta No. 5

¿Considera Ud. que tratándose de víctimas adolescentes es relaciones sexuales consentidas donde se ha concebido un menor y donde el implicado cumple con sus obligaciones como padre, ¿necesariamente debe dársele tratamiento penitenciario?

SI _____

NO _____

Gráfica No. 5 Pregunta No. 5



Elaboración propia

Con opción de respuesta Si y No.

De los 38 Profesionales a los que se les aplicó la encuesta, el 0 % respondió (SI) y el 100 % respondió (NO), refleja que tratándose de víctimas adolescentes en relaciones sexuales consentidas donde se ha concebido un menor y donde el implicado cumple con sus obligaciones como padre, debe dársele tratamiento diferente al penitenciario, se desprende de la atención al conocimiento del tema del corresponder a la gravedad de la pena o de la medida de seguridad, con el fin de graduar las penas asegurando la necesidad proporcional del delito y la pena.

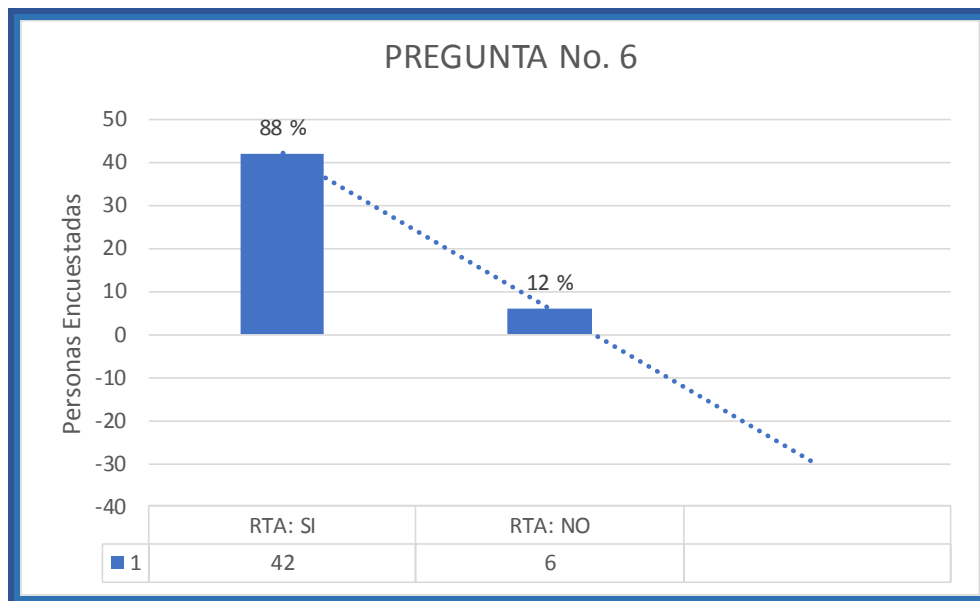
Pregunta No. 6 A lo anterior

¿O por el contrario podría pensarse en un principio de oportunidad con condiciones que debe verificarse durante el periodo de prueba?

SI _____

NO _____

Gráfica No. 6 Pregunta No. 6



Elaboración propia

Con opción de respuesta Si y NO.

De los 38 Profesionales a los que se les aplicó la encuesta, el 88 % respondió (SI) y el 12 % (NO), del conocimiento del tema y desprendido de la pregunta 5; han llevado procesos y se refleja que la gravedad de los hechos debe corresponder a la gravedad de la pena o de la medida de seguridad, que permite estructural que podría pensarse en un principio de oportunidad con condiciones que debe verificarse durante el periodo de prueba.

CONCLUSIONES

Una de las principales finalidades del ordenamiento penal es el mantener una pacífica convivencia social con el fin de cumplir un ordenamiento jurídico y una confianza a la justicia y; así mismo, dar aplicación a los principios constitucionales como primera medida, en la coherencia de la discrecionalidad en la acción penal (Daza, 2011, p.15)

La familia es la médula fundamental de la sociedad en Colombia como en el mundo, el proceso de transformación histórica, hipótesis cristiana, sociológica, materialista, entre otras como la actual, se observa como monógama; teniendo en cuenta lo apartado que es en el cambio de la dinámica de la globalización y entorno del ser humano en su constitución por orientación sexual de quienes la componen.

La edad núbil en Colombia como en otras partes del mundo como es en Latinoamérica y en América del Norte, musulmanes, (Argentina, Brasil, Costa Rica, República Dominicana, Guyana, Paraguay, Santa Lucía y Uruguay, Estados Unidos) la aproximación en años es de los 14 como edad mínima y se extiende a los 18 años sin importar el género.

Se presenta excepciones que bajan la edad núbil por factores culturales, consideraciones médicas y de comienzo de actividad sexual, a los 15 años (Ecuador, Bolivia, Trinidad, Tobago) 16 años (República Dominicana, Cuba, Hindúes, Surinam) étnicas (Surinam entre los 15 y 19 años) aproximaciones de la edad para matrimonio y/o conformar familia con consentimiento de los padres desde los 12 años de la mujer ((Guatemala, Siria (obligadas por condición de guerra), con consentimiento la edad mínima 13 años (Costa rica y Guyana)) que es considerado discriminatorio en los Standars de discriminación contra la mujer.

Se identifica que hay maltrato infantil cuando uno o ambos son menores de 18 años y matrimonio forzado cuando uno de los contrayentes menores de edad no ha dado su consentimiento. Frente a la investigación se observó la importancia de la protección al menor niño, niña y adolescente frente a los delitos de la sociedad; es así, como a través de la historia y los procedimientos de cada Estado, se ha encargado de dar importancia a la protección reforzada

a todos los menores frente a los delitos en que se encuentran, especialmente enfocados en la mujer adolescente en la desafortunada carga en que ellas se enfrentan, en la decisión de quedar embarazadas frente a situaciones que van entrelazadas con el androcentrismo que la sociedad ha soslayado, en estereotipos basados en género. Sin embargo debe reconocerse las falencias del sistema social y jurídico, por tanto no es el punitivo el remedio más eficaz tratándose de estas menores adolescentes que sostienen relaciones sexuales consentidas, con hombres que aun siendo mayores de edad, no tienen una superioridad etaria manifiesta que incida en las decisiones en forma contundente en el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, máxime cuando el presunto agresor ya desempeña un papel de padre fruto de estas relaciones.

Desde el comienzo de la Investigación, se pretendió enfocar la importancia de la familia, basado desde el punto de vista de la mujer adolescente (entre 12 y 14 años) víctima de abuso sexual opta por continuar una relación con el agresor no necesariamente marital, con el fin de ofrecerle una familia al menor fruto de aquel acto sexual, sin que se entienda renuncia de la víctima a sus derechos fundamentales de la educación, libre desarrollo de su personalidad y sin que implique vida en común con el padre de su hijo; pues a través de éste estudio tenemos en claro que el concepto de familia no necesariamente conlleva a la realización de una vida en común.

De esta manera, lo que se concluye no es buscar un cambio jurídico, frente a una problemática que es evidente dentro de la investigación, toda vez que se reconoce el abuso sexual infantil como aquellos que mayor impacto tienen a lo largo de la vida de la víctima, sino que precisamente se prioricen para llevar a juicio, aquellos casos donde la víctima es una infante o púber y que por otra parte se ofrezcan otros medios alternativos de solución cuando se trate de víctimas adolescentes con relaciones sexuales consentidas, con persona que no supere muchos años la edad de ésta y que cumplan ciertas condiciones para hacerse acreedor a un Principio de Oportunidad.

Resultó de trascendencia para este estudio el fenómeno de la victimización secundaria que ocurre con la comparecencia de la víctima adolescente dentro del proceso penal, pero aunado a ello se suma la victimización colateral del menor fruto de la relación objeto de reproche penal a quien se le castiga con la reclusión de su padre en establecimiento carcelario, evidenciándose que en

ocasiones incluso dentro de éste fenómeno de victimización el ICBF invocando el interés superior de la víctima, obliga a la progenitora de la menor a denunciar so pena de iniciar un proceso de restablecimiento de derechos que conlleva separar a la menor y su hijo del núcleo familiar.

También se pudieron identificar las dificultades propias de la investigación penal con víctima adolescente quien puede continuar a partir de los 14 años la relación afectiva que la une al victimario e incluso hacer vida marital con éste sin que pueda ser objeto de reproche penal y al comparecer a juicio se amparan en la garantía constitucional de no declarar en contra de éste o simplemente no colaborar con la investigación, lo cual justifica aún más la aplicación del Principio de Oportunidad teniendo en cuenta los intereses de la víctima y la dificultad para llevar a juicio la directamente ofendida.

Es así, que mientras no exista una propuesta legislativa diferente, que tipifique el abuso sexual consentido con víctima adolescente en relación con la edad de la víctima adolescente, o que se aplique en su esencia el Sistema Penal Acusatorio de la forma concebida por la justicia premial mediante la figura de los preacuerdos o negociaciones para delitos de esta relación víctimas-agresor, surge imperioso la aplicación del Principio de Oportunidad y de esta manera bajo las condiciones expuestas pueda el funcionario instructor dedicarse a llevar a juicio las demás investigaciones donde la víctima es un infante, siendo necesaria una reforma legislativa como quiera que en las condiciones actuales por el monto de la pena y la clase de delito no se permite su aplicación.

Analizados los principios de la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, de manera paralela con los derechos de los menores en la obtención de iusfundamental, conformados y adoptados en la legislación colombiana, en el modelo de Estado, en concordancia con los derechos internacionales, reflejados en el sistema penal, se debe procurar que la solución de un conflicto social como el que llama la atención de este estudio, no debe estar encaminada a implementar unas penas rigurosas, sino en diseñar medidas administrativas que generen cambios sociales importantes y se cumplan los postulados de ultima ratio del derecho penal punitivo.

No resulta entonces proporcional, necesaria y razonable la pena intramural en sitio de reclusión, para los casos de acto y acceso carnal abusivo en víctima adolescente, aun cuando se invoque el interés superior del menor, pues para el caso del acceso carnal abusivo con hijo común, por un lado se encuentra el interés superior de la víctima directa, en este caso una niña adolescente y por otro lado el interés superior del infante nacido de esa relación sexual; quien tiene el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, presupuesto que no se puede cumplir con la reclusión en establecimiento penitenciario; surge entonces un remedio alternativo como lo es el Principio de Oportunidad, actualmente prohibido para los delitos contra la integridad, libertad y formación sexuales, desde luego con suspensión de la acción penal bajo ciertas condiciones.

De igual forma se concluye que la exclusión del tratamiento penitenciario intramural en sitio de reclusión debe extenderse a los casos de acto sexual o acceso carnal abusivo aun cuando no se haya concebido un hijo entre víctima y procesado, toda vez que, si el tratamiento alternativo sólo se aplica a los casos de víctimas que han dado a luz un hijo, la norma estaría incentivando el embarazo adolescente para evadir la sanción penal lo cual se aleja del objeto de estudio.

Se determina que teniendo en cuenta que se propone también una reforma legislativa que permita conceder la ejecución condicional de la pena o el principio de oportunidad, se concluye que resulta más eficiente y efectivo para estos casos la aplicación del Principio de Oportunidad, considerando que éste beneficio se aplicaría en la etapa de indagación evitando desgaste en la administración de justicia a través de un proceso judicial; pero además las condiciones impuestas al procesado podrían contribuir más a la política criminal de prevención.

Se identifica la importancia de las condiciones bajo las cuales se concedería el Principio de Oportunidad, tales como infractor primario, compromiso con la víctima y el hijo en caso de que se hubiese concebido, no reincidencia entre otros.

Como colofón resulta útil proponer una reforma legislativa en cuanto se refiere a los artículos 208 y 209 del Código Penal, donde se tipifican los punibles de ACCESO CARNAL Y ACTOS SEXUALES MENOR DE 14 AÑOS, teniendo en cuenta la ilustración que se hizo a través de la tesis, con referentes normativos internacionales, resultando útil tipificar el delito sobre la base

del desequilibrio en razón de la edad del agresor con relación a la víctima adolescente menor de edad.

Finalmente en cuanto se refiere a la aplicación de un tratamiento no penitenciario, se concluye después de nuestro estudio la conveniencia de la aplicación del principio de oportunidad, teniendo en cuenta que se trata de una herramienta que puede ser aplicada desde la etapa de investigación, contribuyendo a la descongestión de la Fiscalía y de los despachos judiciales, siempre pensando en los intereses de la víctima y en el beneficio que reporta a los operadores judiciales quienes podrán dedicarse con mayor atención a los casos que revisten mayor gravedad dentro de los delitos sexuales, pero además las condiciones que podrían imponerse al beneficiario del principio podría incidir positivamente con el fin resocializador que persigue la pena misma y que paradójicamente no se alcanza con el tratamiento penitenciario. Contrario sensu se descarta la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, teniendo en cuenta que su aplicación solo procedería después de proferida la sentencia, resultando poco útil para la congestión judicial, no siendo viable jurídicamente que el condenado pueda constituir en el sentido amplio una familia, ejerciendo sus derechos y deberes de padre, aun cuando no haga vida marital con la madre adolescente; pues consecuencia del punible es la pérdida de la patria potestad.

REFERENCIAS

- Alexis, R. (1993). *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Becaria, Cesare. (2015). *De los Delitos y de las Penas – Comentarios de Fco, María Voltaire*. Trad. Juan Antonio de las Casas. (1997) Colombia: Ed. Distribuidora e Impresos Sion Ltda.
- Bodelon, G. E. (2015). *Las Niñas en el Sistema de Justicia Penal*. Universidad Autónoma de Barcelona.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2012). *Serie Asuntos De Genero No. 112.: Cuidado y subjetividad: Una mira a la atención domiciliaria*. Santiago de Chile. Naciones Unidas.
- Colunga, C. & Nácar, E. F. (1944). *Biblia Nácar Colunga*. España: Editorial Católica.
- Cooper, Rachel. (2014). *Diagnosing the Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*. London NW3 5HT. Karnac Books Ltda.
- Corcoy, B. M. (2017). *Entre la Expansión del Derecho Penal y El Derecho Penal Mínimo*. U. de Barcelona.
- Daza G. A. (2011). *La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de derecho*. Bogotá: Departamento de publicaciones, Universidad Libre.

- Durkheim, & Durkheim, (1992) *E. Historia de la Educación y de las Doctrinas Pedagógicas*. La evolución pedagógica en Francia. Trad. Félix. O.G. M. & Delgado. M.L. España: Ediciones La Piqueta.
- Escuela Nacional. de la Judicatura. (2007). *Teoría del Delito*. República Dominicana: Deposito Legal.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo y Derecho Penal*. Bogotá: Ed. Temis.
- Feuerbach, P.J.A.R. *Tratado de derecho Penal*. (1989) Zaffaroni, E. e Hagemeyer, I. (trads). Ed. Séptima. Buenos Aires: Hammurabi.
- Finkelhor, D. (1980). *El Abuso Sexual al Menor. Causas, Consecuencias y Tratamiento Psicosocial*. Trad. Hernández, O. México: Ed. Pax.
- Foucault, M. (2017). *La Verdad y las Formas Jurídicas*. (Conferencias).
- Foucault, M. (1979). *La Verdad y Las Formas Jurídicas* (conferencias).
- Gómez, F. (2017). *Constitución Política de 1991*. Bogotá: Editorial Legis.
- Henao, C. L. F. (2005). *Los Principios del Proceso Penal, en el Proyecto del Nuevo Código Procesal Penal Colombiano*.
- Jacobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. 2a. Ed. Madrid: Marcial Pons.
- López, C. R. G. & Jarque, G. D. (2004). *Curso de Derecho Penal*. Tomo I, Ed. U. Mal. Del Sur, B. Blanca. Arg.

- López, M. D. E. (2006). *Interpretación Constitucional*. Escuela Rodrigo Lara Bonilla. U. Nacional de Colombia.
- Luhmann, N. (1998). *Sistemas Sociales*. En N. Luhmann, *Sistemas Sociales*. Bogotá: Centro Editorial Javerino.
- Mestre, O. J. (2008). *La Disponibilidad Discrecional de la Pretensión en el Sistema de Persecución Penal Colombiano*. Universitas, Núm 116 (julio – diciembre). Bogotá: Colombia. Pontificia Universidad Javeriana.
- Mir Puig, S. (1980). *La Reforma del Derecho Penal I. Trabajos de Seminario Hispano Germánico*. Universidad Barcelona
- Monroy, C. M, G. (2015). *Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia*. Ed. Decimoquinta. Bogotá: Librería Ediciones de la Profesional Ltda.
- Munévar, M. D. (2012). *Delito de Femicidio: Muerte violenta de mujeres por razones de género*. Revista Estudios Socios – Jurídicos. 14 (1). pp. 135-175.
- Perkins G, C. (1885). *El Papel Pintado Amarillo*. Trad. Chullá Ma. J. (2012). Zaragoza España: Ed. Contraseña.
- Publimetro. (2016). *Inocencia interrumpida: la realidad del matrimonio infantil en el mundo*. Mundo No.14. Chile.
- Russel, D., & Jill, R. (2006). *Femicidio. La Política del Asesinato de Mujeres*. (M. Lagarde, Trad) Ciudad de México.
- Roxin, Cl. *Derecho Penal Parte General*. (1997). Tomo I. Fundamentos la Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Ed. Civitas.

Sierra, B. L.; Guzmán, D. C. y Vanegas, P. C. (2010). *Principio de Oportunidad: Bases Conceptuales para su aplicación. Colombia*. Fiscalía General de la Nación.

Smaus, G. (1992). *Abolicionismo: el punto de vista feminista*”, en *No Hay Derecho*, Revista III. No. 7. Buenos Aires:

Velandia M, R. (2015). *La Punitividad electoral en las Políticas Penales Contemporáneas*. ILAE.

Velásquez V, F. (2010). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Ed. Jurídica. Andrés Morales.

Villavicencio, F. (2007). *Lecciones de Derecho Penal*. (Texto original Universidad de Texas 2007) Cultural Cuzco.1990.

Viveros, C. Y., & Otros. (2016). *Derecho Penal General Casuístico*. Ed. 2da, Bogotá: Universidad Libre. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Weber. M. (1944). *Economía y sociedad*. Trad. Echeverría, J. M. & Parella, J. R.; Imaz. E.; García. M. E. (1964). España: Deposito Legal - 2014. Fondo de Cultura Económica.

Zaffaroni, E. (1985). *Derecho Penal, Parte General*. Ed. Ediar, Bs As.

Web

Baita, Sandra & Moreno, Paula. (2017). *Abuso Sexual infantil, Cuestiones para su tratamiento en la justicia*. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. [En línea]. Disponible en: https://www.unicef.org/uruguay/spanish/Abuso_sexual_infantil_digital.pdf

Bernate, O. Francisco. (2005). *Sistema Penal Acusatorio*. Libro digital: [En línea]. Disponible en <https://books.google.com.co/books?id=sRQvO->

t2s3AC&pg=PA35&lpg=PA35&dq=HENAO+CARDONA,+Luis+Felipe.+Los+Principios+del+Proceso+Penal,+en+el+Proyecto+del+Nuevo+C%C3%B3digo+Procesal+Penal+Colombiano&source=bl&ots=p5URi3f0dw&sig=rUIuUZlpnTujjpt7RuizrnwB3lw&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiJleH3lszZAhWxtVkKHZm1D9wQ6AEIJTAA#v=onepage&q&f=true

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2010) *Código Penal de Chile*. (12,11,1874). [En línea]. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_chl_cod_penal.pdf

Bodelon. G. Encarna. (2015). *Violencia Institucional y Violencia de Género*. Revista de la Universidad Nueva Granada. [En línea]. Disponible en: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/viewFile/2783/2900>

Comisión Intersectorial para el Seguimiento del Sistema Penal Acusatorio (CISPA). (2017). *Delitos sexuales Corte Suprema de Justicia*. [En línea]. Disponible en: http://www.cispa.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=842&Itemid=73

Corcoy, Bidasolo, M. (2017). *Cátedra de Derecho Penal*. [En línea]. Universidad de Barcelona. [En línea]. Disponible en: <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/mirentxu-corcoy-bidasolo>

Cote - Barco, G. E. (2008). Principio de Necesidad. Revista Javeriana. [En línea]. Disponible en: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/14594/11774>

Departamento de Derecho Internacional, OEA. (1994). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer -Convención de Belem do Pará*. [En línea]. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Departamento Nacional de Estadística (DANE). (2013). *Cifras de embarazo adolescente en Colombia*. [En línea]. Disponible en:

<https://www.minsalud.gov.co/salud/Documents/embarazo-adolescente/anexo-cifras-embarazo-adolescente-en-colombia-documentoICFB-jul-2013.pdf>

Durkheim, Emile. (2011). *Las reglas del método sociológico*. [En línea]. Ediciones Akal. Libro virtual S.A., ISBN: 84-7600-249-1 Madrid. [En línea]. Disponible en <https://books.google.com.co/books?id=iyss0P3tnoIC&printsec=frontcover&dq=emilio+durkheim&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwipttK26t3VAhWIMSYKHbw-CVgQ6AEIRDAG#v=onepage&q=emilio%20durkheim&f=false>

El Espectador (2008). *En 2017 Fiscalía negó 31 solicitudes de principios de oportunidad*. [En línea]. Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/en-2017-fiscalia-nego-31-solicitudes-de-principios-de-oportunidad-articulo-731585>

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). (2016). *Las edades mínimas legales y la realización de los derechos de los y las adolescentes. Una revisión de la Situación en América Latina y el Caribe*. [En línea]. Disponible en: [https://www.unicef.org/lac/20160406_UNICEF_Edades_Minima_Esp\(1\).pdf](https://www.unicef.org/lac/20160406_UNICEF_Edades_Minima_Esp(1).pdf)

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). (2016). *Estado mundial de la infancia*. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. [En línea]. Disponible en: [https://www.unicef.org/lac/20160406_UNICEF_Edades_Minima_Esp\(1\).pdf](https://www.unicef.org/lac/20160406_UNICEF_Edades_Minima_Esp(1).pdf)

El Pensante. (2017). *Garavito, el monstruo que asesinó a 172 niños*. [En línea]. Disponible en: <https://www.elpensante.com/garavito-el-monstruo-que-asesino-a-172-ninos/>

Engels, Federico. (1884) *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*. Biblioteca Virtual Espartaco. Marxistas Internet. Archive (2000). [En línea]. Disponible en: <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1880s/origen/>

Farfán Molina, F. (2017). *Análisis - El caso de Yuliana Samboni y la determinación cuantitativa de la pena de prisión*. [En línea]. *Ámbito Jurídico* (marzo 29, 2017). [En línea]. Disponible en: [https:// www.ambitojuridico.com](https://www.ambitojuridico.com).

Federación Nacional De Personerías De Colombia. (2016). *Cifras de abuso sexual en contra de la niñez demuestran que proyecto de Cadena Perpetua sería viable*. [En línea]. Disponible en:

<https://www.fenalper.org/blog/fenalper-en-los-medios/cifras-de-abuso-sexual-en-contra-de-la-ninez-demuestran-que-proyecto-de>

Fernández Nevado. Celia. (2008). *Características y consecuencias psicológicas de la violencia sexual en adolescentes*. [En línea]. Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=24056>

Fiscal General de la Nación. (2017). Circular 1 / 2017, sobre interpretación del art. 183 quater del Código Penal. [En línea]. Disponible en:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_1-2017.pdf.pdf?idFile=4951dbfb-e435-431a-b07f-27bed3dd64c6

Fiscal General de la Nación. (2010). *Principio de Oportunidad*. [En línea]. Disponible en:

<https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/PrincipiodeOportunidad.pdf>

Foucault, Michel. (2001) *Les Anormaux.*, Trad. de Horacio Pons. 'Los Anormales' [En línea].

Disponible en:

<https://programaddssrr.files.wordpress.com/2013/05/foucault-michel-los-anormales-ocr.pdf>

Guerrero, Natalia. (2016). *La “aterradora” realidad de los matrimonios infantiles en EE. UU.*

BBC Mundo. [En línea]. Disponible en:

http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/01/160108_eeuu_matrimonio_infantil_matrimonio_forzado_ng

Guibreteau. Salomé. (2017). *El matrimonio infantil en Estados Unidos: una realidad inverosímil*. Trad. Gina Montoya. [En línea]. Disponible en:

<https://www.humanium.org/es/el-matrimonio-infantil-en-los-estados-unidos-una-realidad-inverosimil/>

Gutiérrez de Piñeres B. & Pérez. C. Andrés. (2009). *Revisión teórica del concepto de victimización secundaria*. [En línea]. Universidad Cooperativa. [En línea]. Disponible en:

http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1729-48272009000100006

Instituto Nacional De Medicina Legal Y Ciencias Forenses. (2016). *Forensis Datos para la vida*.

[En línea]. Disponible en:

<http://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/49526/Forensis+2016.+Datos+para+la+vida.pdf>

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2008). *Derecho del Bienestar Familiar*. [En línea].

Disponible en: <https://www.icbf.gov.co>

Jiménez Rodríguez, L. C. (2016). *¿Qué significa allanarse en un Proceso Penal?* [En línea].

Disponible en: <https://abogadopenalencartagena.wordpress.com/>

Naciones Unidas Derechos Humanos. (1989). *Oficina del Alto Comisionado. Convención sobre los Derechos del Niño*. [En línea]. Disponible en:

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

Observatorio Nacional E Intersectorial del Embarazo Adolescente. (2013). *Guía Metodológica*.

[En línea]. Disponible en:

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/ED/GCFI/ross-embarazo-adolescentes-oniea.pdf>

Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. Unodc. (UNICEF). (2014). *La Justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos. Ley Modelo*

sobre justicia juvenil y su comentario. [En línea]. Naciones Unidas. NY. [En línea].
Disponible en:

https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_Model_Law_on_Juvenile_Justice_in_Spanish_ebook.pdf

Observatorio Transparencia y Anticorrupción. (2010). *Síntesis de la noción del Principio de Oportunidad.* [En línea]. Disponible en:

<http://www.anticorrupcion.gov.co/Documents/documentos-analisis-observatorio/sintesis-nocion-principio-oportunidad.pdf>

Organización de las Naciones Unidas. (2017). *Manual de Justicia Sobre el Uso y Aplicación de la Declaración de Principios Básicos de Justicia Para víctimas de Delito y Abuso de Poder.* [En línea]. Disponible en: <http://www.uncjin.org/>

Organización de las Naciones Unidas. (2017). *Declaración Universal de Derechos Humanos.* (1948). [En línea]. Disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Pool Burgos, Alejandro. (2006). *Análisis desde el modelo traumatogénica de los indicadores gráficos asociados a agresiones sexuales infantiles en la prueba bajo la lluvia.* [En línea]. Disponible en:

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22282006000100004#go

Profamilia. (2016). *Informe anual de actividades.* [En línea]. Disponible en:

<http://www.profamilia.org.co/docs/INFORME%20PROFAMILIA%202016%20VERSION%20MARZO%202016.pdf>

Real Academia Española. (RAE). (2017). *Diccionario de Lengua Española.* [En línea]. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=FZkaUrI>

Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres en Inglés: United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women (2009). Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1988, No. 6 -7. [En línea]. Disponible en:
<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

Urteaga, Eguzki. (2009). *La teoría de sistemas de Niklas Luhmann*. Universidad del País Vasco. Departamento de Sociología. [En línea]. Disponible en:
<http://www.uma.es/contrastes/pdfs/015/contrastesxv-16.pdf>

Normatividad

Colección Universitaria. (2017). Código Civil. Ley 57 de 1887. Legis. Editores S.A.

Congreso de La República. Ley 1761 (06, julio, 2015) Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones. (Rosa Elvira Cely). En: Diario Oficial. Bogotá. No. 49.565

Congreso de La República. (2013). Proyecto de Ley “Rosa Elvira Cely” No. 107.

Congreso de La República. Proyecto de Ley 25. (21, Julio, 2006). Senador. Dr. Emilio Otero Dajud. Colombia.

Congreso de La República. Ley 1098 (08, noviembre 08, 2006). Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”. En: Diario Oficial. Bogotá: No. 46.446

Congreso de La República. Ley 906 (01, septiembre, 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. En: Diario Oficial. Bogotá: No. 45658

Congreso de La República. Ley 599 (24, julio, 2000). Por la cual se expide el Código Penal. En: Diario Oficial. Bogotá: N° 44.097

Congreso de La República Cámara de Representantes. Proyectos de Ley.2004. [En línea].
Disponible en: www.camaraderepresentantes.gov.co segundo debate del Proyecto de Ley
251 de 2004 por el cual se modifica la Ley 599 de 2000.

Consejo Nacional Legislativo. Ley 57 de 1887. Sobre adopción y unificación de la legislación
Nacional. Colombia.

Congreso de Argentina. (1999). *Ley 25.087. Delitos contra la integridad sexual. Modificación.*
En: B.O de 14/05/199 Buenos Aires: Argentina.

Jurisprudencia

Guerrero, P. Luis. G. (2017). Sentencia. T – 116. Corte Constitucional
Ríos, R. Alberto (2016). Sentencia SU - 214. Corte Constitucional
Palacio. P. Jorge I. (2015). Sentencia. C – 071. Corte Constitucional
Palacio. P. Jorge I. (2015). Sentencia. C – 683. Corte Constitucional.
Calle C. María V. (2013). Sentencia. T – 388. Corte Constitucional.
Palacio. P. Jorge I. (2012). Sentencia. C – 821. Corte Constitucional.
Pretelt C. Jorge I. (2012). Sentencia. C-365. Corte Constitucional.
González C. Mauricio. (2011). Sentencia C-876. Corte Constitucional.
Mendoza M. Gabriel E. (2011). Sentencia C-577. Corte Constitucional.
Vargas S. Luis E. (2010). Sentencia C-936. Corte Constitucional.
González C. Mauricio. (2010). Sentencia C – 008. Corte Constitucional.
Vargas S. Luis E. (2010). Sentencia C- 936. Corte Constitucional.
Monroy C. Marco G. (2008). Sentencia. C – 738. Corte Constitucional.
Monroy C. Marco G. (2008). Sentencia. C – 862. Corte Constitucional.
Pinilla P. Nilson (2008). Sentencia. C – 061. Corte Constitucional.
Tafur G. Álvaro (2006). Sentencia. C-988. Corte Constitucional.
Córdoba, T. Jaime (2005). Sentencia C-979. Corte Constitucional.
Rentería J. A. & Vargas H. C. I. (2006). Sentencia C -355. Corte Constitucional.

Espinosa P. Sigifredo. (2004). Sentencia C – 21064. Corte Constitucional.

Cepeda E. Manuel J. (2004). Sentencia C – 507. Corte Constitucional.

Montealegre L. Eduardo. (2003). Sentencia C-213. Corte Constitucional.

Cepeda E. Manuel J. (2003). Sentencia C – 873 Corte Constitucional.

Montealegre L. Eduardo. (2003). Sentencia C-530. Corte Constitucional.

Beltrán S. Alfredo. (2001). Sentencia C – 647. Corte Constitucional.

Cepeda E. Manuel J. (2001). Sentencia C-646. Corte Constitucional.

Arboleda R. Fernando. (2000). Radicado13466. Corte Constitucional.

Martínez C. Eduardo. (1999). Sentencia C-843. Corte Constitucional.

Cifuentes M. Eduardo. (1998). Sentencia T – 153. Corte Constitucional.

Mendoza M. Gabriel E. (1996). Sentencia C – 072. Corte Constitucional.

Cifuentes M. Eduardo. (1996). Sentencia C-070. Corte Constitucional.

Gaviria D. Carlos. (1996). Sentencia C – 022. Corte Constitucional.

Naranjo M. Vladimiro. (1995). Sentencia. C – 394. Corte Constitucional.

Cifuentes M. Eduardo. (1993). Sentencia C – 591. Corte Constitucional.

Naranjo M. Vladimiro. (1993). Sentencia. C – 566. Corte Constitucional.

Salazar. C. Patricia. (2018). Sentencia SPTP 2959 . Corte Suprema de Justicia

Carlier. E. (2017). Sentencia SP – 42656. Corte Suprema de Justicia.

Patiño C. Eider. (2017). Sentencia, SP – 41948. Corte Suprema de Justicia.

Salazar C. Patricia. (2017). Sentencia. SP – 606. Corte Suprema de Justicia.

Eider P. Cabrera. (2017). Sentencia. SP- 41948. Corte Suprema de Justicia.

Salazar C. Patricia. (2016). Sentencia. SP- 43866. Corte Suprema de Justicia.

Salazar C. Patricia. (2015). Sentencia. SP – 4406. Corte Suprema de Justicia.

Salazar C. Patricia. (2015). Sentencia. SP – 46153. Corte Suprema de Justicia.

Bustos M. José L. (2014). Sentencia. SP. 8611. Corte Suprema de Justicia.

Bustos M. José L. (2014). Sentencia. SP- 34131. Corte Suprema de Justicia.

Fernández C. Eugenio. (2014). Sentencia 41350. Corte Suprema de Justicia.

Espinosa P. Sigifredo. (2011). Sentencia. SP- 33651. Corte Suprema de Justicia.

Espinosa P. Sigifredo. (2010). Sentencia. SP- 32868. Corte Suprema de Justicia.

Augusto J. Ibáñez, G. (2008). Sentencia. SP- 28872. Corte Suprema de Justicia.

Munar C. Pedro A. (2007). Sentencia. SP- 31959. Corte Suprema de Justicia.

Pérez P. Álvaro R. (2006). Sentencia. SP- 25743. Corte Suprema de Justicia.

Lombana T. Edgar. (2006). Sentencia Sp-24468. Corte Suprema de Justicia.

Arboleda R. Fernando. (2000.). Sentencia. SP – 3466. Corte Suprema de Justicia.