

El complejo debate sobre el principio de necesidad de la pena en delitos sexuales abusivos:

Una revisión de los puntos principales de la discusión

GIOVANNA GERMAYNE CORTES CASTAÑEDA

Director: Dr. Nicolás SantaMaria

MAESTRIA EN DERECHO PENAL

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

BOGOTA

MAYO 22 DE 2019

TABLA DE CONTENIDO

JUSTIFICACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	v
DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	v
FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	vii
CONTEXTUALIZACIÓN DE LA PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN	ix
METODOLOGÍA.....	xi
CARACTERIZACIÓN DEL CASO COLOMBIANO.....	xiii
Capítulo primero.....	21
1. EL FIN DE LA PENA A TRAVÉS DE LA HISTORIA	21
1.1 FASE VINDICATIVA	21
1.2 FASE EXPIACIONISTA O RETRIBUCIONISTA	22
1.2.1 Exponentes de la teoría retribucionista.	24
1.2.2 Aportes de la teoría retribucionista.	27
1.2.3 Instituciones de esta fase.....	28
1.2.4 Críticas a la teoría retribucionista.....	30
1.3 FASE CORRECCIONALISTA	30
1.3.1 Exponentes de la teoría correccionalista.	32
1.3.2 Instituciones de esta fase.....	33
1.4 FASE RESOCIALIZANTE	34
1.4.1 La teoría de prevención especial.	35
1.4.2 Críticas de la teoría de la prevención especial.....	36
1.4.3 La teoría de la prevención general.....	37
1.4.4 Críticas a la prevención general.....	40
1.4.5 Teoría de la protección social.....	42
1.4.6 Teorías unificadoras o mixtas.....	42
1.4.7 Críticas a las teorías unificadoras o mixtas.....	44
1.5 LA CRISIS DE LAS TEORÍAS DE LA PENA	45
1.5.1 La nueva criminología.	45
1.6 DEBATE ACTUAL DE LA TEORÍA DEL FIN DE LA PENA.....	52
1.6.1 El fin de la pena según G. Jakobs.	53
1.6.1.1 Crítica a la concepción de G. Jakobs.....	55
1.6.2 El fin de la pena según Claus Roxin.....	58
Capítulo Segundo.....	70

2. EL FIN DE LA PENA EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA	70
2.1 CONCEPTO DE PENA	70
2.2 NORMATIVIDAD INTERNACIONAL SOBRE EL FIN DE LA PENA.....	70
2.3 EL FIN QUE DEBE CUMPLIR LA PENA EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO COMO COLOMBIA	71
2.3.1 El fin de la pena como última ratio.	73
2.4 PRINCIPIOS QUE RIGEN LA APLICACIÓN DE LA PENA EN COLOMBIA.	75
2.5 INSTITUCIONES QUE DESARROLLAN EL PRINCIPIO DE NECESIDAD BAJO EL MARCO DE LA PREVENCIÓN.....	79
2.6 FUNCIONES QUE DEBE CUMPLIR LA PENA EN COLOMBIA	83
2.6.1 La función de retribución justa.....	83
2.6.2 La función resocializadora.....	83
2.6.3 La función preventiva.....	85
2.6.4 La función de Protección.....	86
2.7 LOS SUBROGADOS PENALES COMO DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LA PENA ...	86
2.8 FUNCIONES Y FINALIDADES DE LA PENA EN EL RÉGIMEN PENITENCIARIO Y CARCELARIO	90
Capítulo tercero.....	96
3. PROBLEMÁTICA DE LOS DELITOS SEXUALES ABUSIVOS	96
3.1 NORMATIVIDAD DE LOS DELITOS SEXUALES ABUSIVOS.	96
3.2 POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	101
3.3 POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.	102
3.4 POLÍTICA CRIMINAL APLICADA A LOS DELITOS SEXUALES ABUSIVOS.	104
3.5 CASOS DE DELITOS SEXUALES ABUSIVOS OBJETO DE ESTUDIO.....	106
3.6 CUESTIONAMIENTO DEL CONCEPTO ABSOLUTO DEL DERECHO.....	112
3.7 CUESTIONAMIENTO DE LOS DERECHOS SEXUALES DE LOS MENORES DESDE UNA VISIÓN CRIMINOLÓGICA Y VICTIMOLÓGICA.	117
3.7.1 Desde el punto de vista de la criminología rural.	119
3.7.2 Desde una óptica victimológica.....	125
Capítulo Cuarto.....	135
4. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LA PENA EN DELITOS SEXUALES	135
4.1 LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD POR PARTE DEL LEGISLADOR.	135
4.2 LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.	138

4.3 LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD DESDE LA POLÍTICA CRIMINAL	139
4.4 LA NECESIDAD DE LA PENA COMO CUARTA CATEGORÍA DOGMÁTICA.	142
4.5 ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD.....	144
4.6 LA PENA COMO ÚLTIMA RATIO	148
4.7 ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD	151
4.8 ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD.....	154
4.9 ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	158
4.10 ANÁLISIS DE OTROS DERECHOS INVOLUCRADOS.....	160
4.11 EL CUMPLIMIENTO DE LAS FUNCIONES DE LA PENA EN LOS DELITOS SEXUALES ABUSIVOS....	166
4.12 LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LA PENA EN LA CONCESIÓN DE SUBROGADOS	175
CONCLUSIONES.....	189
BIBLIOGRAFÍA	198

JUSTIFICACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El artículo 3° de la Ley 599 de 2000 (Código Penal Colombiano, en adelante C.P.) establece que “[l]a imposición de la pena responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, e indica que el principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.” Por su parte el artículo 4° del C.P. señala que “[l]a pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.”

Teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento penal establece como principio la necesidad de la pena, esta norma rectoral obliga a los operadores jurídicos (fiscales y jueces) a analizar la necesidad de la aplicación de la pena, no sólo en los casos de delitos culposos, sino además al momento de individualizar la pena (artículo 61 C.P.)² y de conceder subrogados penales (artículos 63 y 64 del C.P., modificados por la Ley 1709 de 2014)³, análisis que se debe realizar

1 Artículo 13 del C.P. que señala que las normas rectoras contenidas en este Código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás e informan su interpretación.

2 El Artículo 61 del C.P. indica los fundamentos para la individualización de la pena a fin de establecer los cuartos punitivos y una vez se tenga ello la pena deberá ser impuesta ponderando los criterios de mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

3 Los artículos 61 y 63 del C.P. contemplan los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena y de libertad condicional, frente a los cuales el funcionario judicial además de verificar el cumplimiento de ciertos requisitos, debe hacer una valoración sobre la necesidad de la ejecución de la pena.

por parte de los fiscales, en aplicación del artículo 447 de la ley 906 de 2004, y por parte del juez al dosificar la correspondiente pena, con fundamento en las funciones dadas a la pena por el artículo 4 del C.P., ellas son, la de “prevención” (general y especial), “reinserción social” y “protección al condenado”, y no sólo limitarse a una función de retribución justa.

No obstante, el carácter imperativo de las normas citadas, que constituyen el reflejo o materialización del principio de necesidad de la pena, los funcionarios judiciales pueden aplicar las prohibiciones dadas por el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) que señalan que en caso de delitos sexuales no se autoriza la concesión de beneficios penales, lo cual plantea un debate interesante sobre la aplicación o negación del principio de necesidad de la pena y de cómo debe entenderse este principio, según o ordenado por el artículo 3 del C.P., dentro del “marco de la prevención y conforme a las instituciones que lo desarrollan”, y en cumplimiento de las funciones de la pena descritas en el artículo 4 del C.P., de “prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado”.

Debemos anotar que si bien los casos planteados en esta tesis corresponde a personas mayores de 18 años, no podemos ser ajenos a que a nivel de infractores adolescentes (entre 14 y 18 años) se les aplica una “privación de la libertad en centro de atención especializada con fines pedagógicos” de 2 a 8 años, con el “cumplimiento total del tiempo de sanción impuesta por el juez y sin lugar a beneficios para redimir pena” (artículo 187 de la Ley 1098 de 2006), y por ende presentan esta misma problemática, sin embargo, estos casos no serán objeto de estudio en la presente investigación, por estar regulados por una normatividad especial y comoquiera que

exceden las pretensiones dimensionales de la presente tesis.

En esta tesis no se pretende establecer una opinión o un juicio de valor sobre el fenómeno objeto de estudio, sino que se analizan de manera crítica los elementos del debate entre la interpretación y aplicación restrictiva de las normas y su correspondencia con las nuevas tendencias del derecho penal y de política criminal, que buscan que los funcionarios judiciales apliquen el derecho penal desde una óptica de afectación de derechos fundamentales que deben ser resueltos desde el ámbito de los principios que regulan un Estado Social y Democrático de Derecho a partir de un conjunto de casos concretos.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Con base en los anteriores planteamientos del problema surge la formulación del problema, con la siguiente pregunta de investigación:

¿Cuáles son los principales puntos del debate sobre el principio de necesidad de la pena en delitos sexuales abusivos en Colombia y cómo pueden ser analizados e interpretados con base en la literatura crítica del derecho penal y de política criminal, y en el impacto real de su aplicación ?

En concordancia con esta pregunta, el presente documento tiene como objetivo principal describir y analizar el debate sobre el principio de necesidad de la pena en el derecho penal en relación con la ciencia criminológica y la política criminal, para establecer las posibles

discrepancias, que desde distintas posturas, podrían resultar como incongruentes entre el marco constitucional y legal que aplica el funcionario judicial en desarrollo del mismo con miras a analizar la posibilidad de aplicación de penas que cumplan las funciones establecidas por la normatividad penal, pero que acaten la aplicación del principio de la necesidad de pena, establecido como desarrollo del principio de mínima intervención o *última ratio*.

Para lograr el objetivo general de este trabajo, resulta necesario desarrollar cuatro objetivos específicos, a saber: Primero, identificar las diferentes funciones que han sido atribuidas a la pena, mediante las diferentes teorías que han pretendido legitimar la necesidad de aplicar una pena; las críticas que ha recibido por parte de la criminología crítica y las posturas doctrinales sobre la aplicación del principio de necesidad de la pena. Segundo, reconocer el marco internacional y nacional, tanto de rango constitucional, legal y jurisprudencial que soporta la aplicación del principio de necesidad de la pena por parte de los funcionarios judiciales. Tercero, establecer el marco internacional y nacional (constitucional, legal y jurisprudencial) de aplicación de la política criminal en materia de delitos sexuales, así como la problemática presentada con los delitos sexuales abusivos cometidos con el consentimiento de la menor. Cuarto, establecer las implicaciones de la aplicación del principio de necesidad de la pena por parte de los funcionarios judiciales al momento de imponer una sanción penal y de conceder los subrogados y beneficios penales, dentro del marco de los fines constitucionales y legales de la pena consagrados en nuestra legislación, en casos de delitos sexuales abusivos cuando se presenta el consentimiento de la menor.

CONTEXTUALIZACIÓN DE LA PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

A través del tiempo la pena ha tenido diferentes fines u objetivos así: en la fase vindicativa (fin de venganza); fase retribucionista o expiacionista (fin retributivo); fase correccionalista (fin de corrección e intimidación de la colectividad); y en la fase resocializante (fin resocializador).

A la par de estas fases se han estructurado teorías para legitimar la pena como lo han sido la de la retribución, prevención general o especial y la de protección social, así como también se han estructurado teorías eclécticas (absolutas y relativas) que combinan las diferentes funciones.

La criminología crítica, representada por Ferrajoli con su Garantismo Penal o Baratta con su Derecho Penal Mínimo, ha cuestionado los fines de la pena, desde el punto de vista de los principios de igualdad, al señalar que el poder crea y aplica la ley penal mediante mecanismos selectivos; y respecto del principio de legitimidad, para señalar que el poder de criminalizar está ligado a la estratificación que se hace de la sociedad y de la contradicción que existe dentro de ésta misma, precisando que los bienes jurídicos sufren una selectividad por parte del sistema penal.

De igual forma, desde ésta visión del derecho penal, se cuestiona el principio o fin de la prevención, comoquiera que existe una distancia entre la resocialización y la función real del tratamiento. Controvirtiendo la teoría de la *prevención general negativa* al considerar que no es legítimo manipular a un individuo por parte del Estado.

Por tanto, la criminología crítica, para dar respuesta a las funciones no cumplidas de la pena

privativa de la libertad, ha presentado medios alternativos a la aplicación de la misma, mediante las figuras de descriminalización, despenalización, desprisionización y uso alternativo del derecho, que han puesto en discusión la posibilidad de lograr con ellas los fines esperados con la aplicación de la sanción penal.

La pena dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho tiene fines específicos como asegurar la protección efectiva de los derechos de un conglomerado y en donde el fin preventivo de la pena debe orientarse conforme a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, proporcionalidad, necesidad y razonabilidad, culpabilidad, legalidad, dignidad humana, debiendo el Estado ofrecer al infractor alternativas a su comportamiento criminal y posibilidades reales para su resocialización y reinserción social.

Dentro de este contexto de derechos, la pena tiene unos fines específicos y está enmarcada dentro de un derecho penal mínimo o de *extrema ratio*, que exige para su aplicación que ésta resulte realmente necesaria para la protección de la sociedad, y que requiera ser aplicada para lograr que el condenado se resocialice, porque de lo contrario la misma pierde legitimación o sentido.

El debate actual planteado por autores como Roxin se centra en discutir la necesidad de la pena como elemento de la responsabilidad, que comprende la culpabilidad y la necesidad de la pena, resaltando la importancia de no suprimir la categoría de culpabilidad porque cumple funciones de limitación de la pena, impidiendo que por razones preventivas se le prive de su libertad, sin tener en cuenta su grado de culpabilidad.

Esta discusión se soporta en que la culpabilidad se basa en los principios de política criminal

y sobre éstos debe analizarse la necesidad de la pena, pretendiendo que las categorías del delito se sistematicen y, desarrollen bajo el prisma de su función políticocriminal, para hacer un análisis adicional de la necesidad de la pena, con el objeto de combinar puntos de vista preventivo (generales y especiales), los intereses de la víctima y teniendo en cuenta que el fin principal de la pena es la resocialización, porque sirve al delincuente y a la sociedad.

Autores como Roxin han recalcado la importancia del principio de la necesidad de la pena, en donde se da mayor preponderancia al fin resocializador de la pena, al principio de *ultima ratio*, de subsidiaridad, de intervención mínima y la búsqueda de la humanización de la pena, abandonando el fin retribucionista.

Este marco teórico permite exponer la aplicación del principio de necesidad de la pena en ciertos casos específicos de delitos sexuales abusivos, a fin de analizar los diferentes elementos de la discusión sobre la aplicación amplia del mismo y la ponderación frente a los demás principios que orientan la aplicación de la pena, que igualmente gozan de rango constitucional.

METODOLOGÍA

La presente investigación es de tipo jurídico, al partir de la norma jurídica que regula el principio de necesidad de la pena, su aplicación e implicaciones. Es descriptivo, al señalar la evolución que ha tenido este principio en el derecho penal, a través de las diferentes teorías y concepciones de la pena que ha sostenido la doctrina, su regulación en los ámbitos nacional e internacional, y su desarrollo constitucional, legal y jurisprudencial.

El método de investigación es inductivo-deductivo como el análisis y síntesis del objeto investigado. Las estrategias de investigación son las de identificación y revisión de fuentes secundarias y terciarias (libros, normatividad constitucional y legal, jurisprudencia).

En la presente investigación se desarrollaron las siguientes estrategias de investigación, constituyéndose así cada uno de los capítulos que conforman esta tesis:

Búsqueda y recopilación de material de fuentes sobre la evolución de la funciones de la pena a través de las teorías que han soportado su legitimidad; las diferentes posturas dadas desde la doctrina, la política criminal y la criminología crítica, pasando por una visión garantista del Derecho Penal, para llegar a las posturas actuales expuestas, dentro de las cuales resaltaremos la expuesta por Claus Roxin.

Se procederá a hacer una exposición de la normatividad internacional y nacional (constitucional, legal y jurisprudencial) que sustenta el principio de necesidad de la pena.

Se presentará la problemática de la legislación penal sobre delitos sexuales, estudiando la normatividad de protección reforzada que se le ha dado a nivel internacional y nacional, así como los casos objeto de investigación que tienen prohibición taxativa de concesión de subrogados penales, analizados desde la óptica de la víctima y el infractor.

Se realizará una revisión de los criterios para la aplicación del principio de necesidad de la pena en materia de delitos sexuales, atendiendo los principios y fines que rige la aplicación de la pena dentro de un marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

CARACTERIZACIÓN DEL CASO COLOMBIANO

En Colombia la normatividad penal respecto de los delitos sexuales se ha adecuado a las exigencias internacionales⁴ mediante la normativización en el artículo 44 de la C.P. de dar una “protección prevalente de los niños”, como “sujetos de especial protección reforzada”, tanto a nivel constitucional como legal, y se ha dado énfasis al compromiso que tiene la familia, la sociedad y el Estado de asistir y protegerlos a fin de garantizarles su “desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. Dichos instrumentos internacionales imponen que las medidas que adopten los Tribunales y las autoridades Legislativas, entre otras, deban considerar primordialmente el “interés superior del niño”, y se compromete a los Estados para que adopten medidas legislativas adecuadas para proteger a los menores contra cualquier tipo de abuso.

4 Convención Interamericana sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 1; Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer-Convención Do Pará, artículo 1 y 2; Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 15 y 16; Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer aprobada por la Ley 248 del 29 de diciembre de 1995, artículos 1, 4, 7 y 9; Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 2, 3, 5 y 25; Declaración de los derechos del niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 1386 del 20 de noviembre de 1959, principio 2; , artículos 12, 13, 14, 18, 19, 20, 27, 37 y 39; de la Convención sobre los derechos del niño; Resolución 44/25 del 20 de noviembre del 89 de la Asamblea General de las Naciones Unidas por medio de la cual se aprobó la Convención Sobre los Derechos del Niño y fue ratificada por Colombia mediante Ley 12 de 1991; y Asamblea General de las Naciones Unidas ONU del 20 de noviembre de 1989, artículos 1, 2, 3, y 6.

Sobre este presupuesto normativo el Estado Colombiano sanciona a los que realicen acceso carnal o actos sexuales con menores de catorce años, independientemente de que las menores voluntariamente accedan a la realización de la conducta.

El legislador en su artículo 208 del C.P. y s.s. ha fijado la edad de catorce años para que los menores inicien su vida sexual, ya que solo hasta esta edad se presume el consentimiento como legítimamente válido, por lo que se presentan casos que deben ser conocidos por la jurisdicción penal, en donde jóvenes con edades entre los doce y los catorce años o que con edad superior a los catorce años pero que poseen retrasos leves, acceden libre y voluntariamente a iniciar la actividad sexual con mayores de dieciocho años, que conllevan el adelantamiento de investigaciones penales, pese a la manifestación de las menores de edad frente a su decisión libre y voluntaria de tener una relación sexual (entendido como acceso carnal o como mero acto sexual), sin que por parte del funcionario judicial se pueda concluir la inexistencia de la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad, aun cuando se ha dado el consentimiento de las menores y existe la decisión libre y voluntaria de la menor de iniciar su actividad sexual antes de los catorce años, llegando a presentarse casos en que incluso las menores deciden libre y voluntariamente iniciar la conformación de una familia antes de los catorce años.

Frente a estos casos el Legislador ha indicado, mediante la expedición del artículo 199 de la Ley de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006)⁵, la prohibición de otorgar beneficio alguno

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

1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de

a los infractores de delitos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes, que expresamente prohíbe la concesión de beneficios penales para este tipo de casos.

De su parte, la Corte Constitucional (C-876, 2011, p. 20) ha señalado una presunción de derecho frente a la no posibilidad de aceptar el consentimiento de la víctima, argumentando la incapacidad de comprensión y valoración del acto sexual por parte de los menores de 14 años, ya que “la diferenciación realizada por el Legislador entre menores y mayores de 14 años, persigue fines constitucionalmente legítimos pues (...) permite materializar la protección del artículo 44 constitucional” para los casos de en donde los menores no han desarrollado totalmente su

2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004.

2. No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios.

4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal.

5. No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal.

6. En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004.

7. No procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.

8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. En donde permanezca transitoriamente vigente la Ley 600 de 2000, cuando se trate de delitos a los que se refiere el inciso primero de este artículo no se concederán los beneficios de libertad provisional garantizada por caución, extinción de la acción penal por pago integral de perjuicios, suspensión de la medida de aseguramiento por ser mayor de sesenta y cinco (65) años, rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; ni se concederán los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de pena, y libertad condicional. Tampoco procederá respecto de los mencionados delitos la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal siempre que esta sea efectiva.

“capacidad volitiva y desarrollo sexual”.

Igualmente la Corte Suprema de justicia (Radicado 33022, 2010, p. 9) ha aplicado “esta presunción acerca de la ausencia de juicio y discernimiento en el menor de catorce años que opera de pleno derecho” señalando que es el Legislador el único legitimado para estimar la edad mínima autorizada para facultar a los menores a tener relaciones sexuales, en cumplimiento a la normatividad de derecho internacional que exige la protección especial de los menores de edad.

Así, la Corte Suprema de Justicia dejó claro que cuando se presenta la decisión por parte de la menor de iniciar su actividad sexual con un mayor de edad, el funcionario judicial no puede hacer una interpretación personal de la situación particular del caso para señalar que no se ha vulnerado el bien jurídico tutelado de la libertad, integridad y formación sexual, ya que no es de su resorte hacer valoraciones de este tipo por cuanto se trata de una presunción de derecho.

En este contexto fáctico, estas conductas caen dentro del campo penal, sin consideración alguna, siendo objeto de condenas hombres que apenas superan la mayoría de edad (en el rango de 18 a 21 años de edad) que se ven sometidos a medidas de detención preventiva y sanciones punitivas que ameritan que sean llevados a prisión, en donde no se concede ningún tipo de beneficio sustitutivo (artículo 199 de la ley 1098 de 2006) respecto de “medidas de aseguramiento”, ni la “aplicación de medidas no privativas de la libertad”, ni la “extinción de la acción penal en aplicación al principio de oportunidad”, ni la aplicación de “subrogados penales”, como la “suspensión condicional de la Ejecución de la Pena”, ni de la “Libertad Condicional”, ni la concesión por parte del juez de ejecución de penas del beneficio de “sustitución de la ejecución

de la pena”, ni las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado”, así como tampoco ningún otro “beneficio o subrogado judicial o administrativo”.

De manera que en ese marco de protección especial a los menores, y una vez establecida la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en la conducta, para este tipo de casos expuestos en esta tesis, el problema consiste en exponer de manera analítica, sin prejuicios, los elementos del debate sobre si los funcionarios judiciales podrían dar aplicación al principio de la necesidad de la pena, de conformidad con lo normado en los artículos 3 y 4 del C.P., realizando un análisis jurídico de dicho principio frente a los fines de la pena, para analizar la posibilidad de establecer la necesidad de aplicar medidas alternativas a la pena de prisión, o la no necesidad de aplicación de pena o la obligación de otorgar beneficios como los subrogados penales.

¿El funcionario judicial podría dar aplicación al principio de necesidad en estos casos para analizar si se hace necesaria la aplicación de la sanción penal, como lo serían los casos de actos sexuales abusivos en donde la menor da su consentimiento para la comisión de la conducta, por no cumplirse con los fines dados a la pena por el artículo 4 del C.P., ello es, la de prevención (general y especial), “reinserción social y protección al condenado”, y así no limitarse a dejar sustentada la aplicación de la pena solamente en el fin de retribución justa?

¿La aplicación en concreto del principio de necesidad de la pena, de conformidad con lo ordenado por la normatividad penal, servirá para que por parte de los operadores jurídicos se determine la pena sopesando y analizando cada caso en concreto y no se limite al proceso mecánico de individualización de pena y de negación de concesión de subrogados, por aplicación

de la prohibición expresa de leyes especiales o procedimentales, sino que por el contrario, se realice un proceso valorativo de caros principios constitucionales y legales, dentro de los cuales se encuentra el de la necesidad de la pena, de tal forma que sus decisiones sean la expresión de la aplicación de un sistema penal que atienda a principios de obligatorio cumplimiento dentro de un marco de un Estado Social y Democrático de Derecho?

Es de interés el desarrollo de este tema por cuanto representa un aporte al debate de la aplicación del principio de necesidad, por parte de fiscales y jueces, no sólo para las conductas sexuales abusivas, sino también para los demás delitos en donde se cuestiona la aplicación de pena porque no se cumplirían los fines de la misma.

Reviste importancia el tema porque se trata de determinar las dimensiones que abarca la discusión en torno a la vulneración del principio de necesidad de la pena por parte de los funcionarios judiciales por la no aplicación del mismo al momento de solicitar una condena por parte de los fiscales o de dosificarla por cuenta de los jueces, y si dicho principio en realidad permite que los operadores jurídicos concedan subrogados penales, así estos se encontraren taxativamente prohibidos por normatividades especiales, por no existir necesidad de aplicar una sanción penal.

El ejercicio de la profesión en la Unidad de Delitos Sexuales de la Fiscalía General de la Nación, me ha llevado a conocer la gran problemática que existe respecto de la aplicación del principio de necesidad de la pena por parte de fiscales y jueces de la República, por cuanto la evidencia empírica sugiere que se ha omitido en forma constante justificar la necesidad de la pena, no sólo en los casos objeto de esta tesis, sino en general para todo tipo de delitos, y por

ende se hace necesario y útil advertir la existencia de este fenómeno y analizar todas las posibles aristas tanto legales como de política criminal relacionadas con este fenómeno.

Lo anterior teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento penal establece como principio la necesidad de la pena, y esta norma rectora⁶ obliga a los operadores jurídicos (fiscales y jueces) a analizar la necesidad de la aplicación de la pena, no sólo en los casos de delitos culposos, sino además al momento de individualizar la pena (artículo 61 C.P.)⁷ y de conceder subrogados penales (artículos 63 y 64 del C.P., modificados por la Ley 1709 de 2014)⁸, análisis que se debe realizar por parte de los fiscales, en aplicación del artículo 447 de la ley 906 de 2004, y por parte del juez al dosificar la correspondiente pena, con fundamento en las funciones dadas a la pena por el artículo 4 del C.P., ellas son, la de prevención (general y especial), “reinserción social y protección al condenado”, y no sólo limitarse a un fin de retribución justa.

No obstante el carácter de las normas citadas que constituyen reflejo o materialización del principio de necesidad de la pena, los funcionarios judiciales, generalmente, interpretan de manera restrictiva u omiten la aplicación de dicho principio al momento de individualizar la pena y de conceder beneficios o subrogados penales cuando se trata de delitos sexuales abusivos

6 Artículo 13 del C.P. que señala que las normas rectoras contenidas en este Código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás e informan su interpretación.

7 El Artículo 61 del C.P. indica los fundamentos para la individualización de la pena a fin de establecer los cuartos punitivos y una vez se tenga ello la pena deberá ser impuesta ponderando los criterios de mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

8 Los artículos 61 y 63 del C.P. contemplan los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena y de libertad condicional, frente a los cuales el funcionario judicial además de verificar el cumplimiento de ciertos requisitos, debe hacer una valoración sobre la necesidad de la ejecución de la pena.

realizados con el consentimiento dado por la víctima, ya que se limitan a dosificar la pena atendiendo las prohibiciones dadas por la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), sin realizar ningún tipo de valoración sobre la necesidad de la pena.

Como consecuencia de lo anterior, en esos eventos, en general, no se concede ningún tipo de beneficio, con lo cual se desconoce que dicho principio debe entenderse dentro del “marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan”, según lo dispone el artículo 3 del C.P. y en cumplimiento de las funciones de la pena (artículo 4 del C.P.) de “prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.”

Debemos anotar que si bien los casos planteados en esta tesis se encuentran analizados para jóvenes que son objeto de penas privativas de la libertad, ello es, los mayores de 18 años y máximo 21, no podemos ser ajenos a que a nivel de infractores adolescentes (entre 14 y 18 años) se les aplica una “privación de la libertad en centro de atención especializada tendrá una duración desde 2 hasta 8 años, con el cumplimiento total del tiempo de sanción impuesta por el juez y sin lugar a beneficios para redimir pena” (artículo 187 de la Ley 1098 de 2006), con fines pedagógicos, y por ende presentan esta misma problemática, sin embargo, estos casos no serán objeto de estudio en la presente investigación, por estar regulados por una normatividad especial y comoquiera que exceden las pretensiones dimensionales de la presente tesis.

Se considera que esta interpretación y aplicación restrictiva de las normas puede, a la luz de posturas críticas del derecho penal, entrar en contradicción con las nuevas tendencias del derecho penal y de política criminal, que buscan que los funcionarios judiciales apliquen el derecho penal desde una óptica de afectación de derechos fundamentales que deben ser resueltos desde el

ámbito de los principios que regulan un Estado Social y Democrático de Derecho, dado que “los principios politicocriminales rectores del sistema penal no son meros límites al ius puniendi, sino verdaderos fundamentos o principios constituyentes del mismo” que al estructurar un Derecho penal Constitucional tiene por función esencial “garantizar los valores, bienes y derechos que en dicho texto se establecen” (Duran, 2016, pág. 2).

Capítulo primero

1. EL FIN DE LA PENA A TRAVÉS DE LA HISTORIA

La pena a través de la historia ha sido legitimada a través de sus fines o funciones, encontrándonos con unas fases en donde se ha destacado un objetivo específico, y que son los siguientes:

1.1 FASE VINDICATIVA

Existe un primer período en el que el objetivo principal es la venganza, siendo “*la vindicta*” un fin admitido y reconocido entre los pueblos primitivos, en donde la retaliación no tuvo una elaboración teórica para justificarse, ni se diferenciaba entre delitos y pecados, y era el ofendido o su grupo quien ejercía la acción sancionadora, de forma potestativa, basada en una responsabilidad objetiva, por cuanto carecía de importancia la intencionalidad del autor (Sandoval, 1998, p. 42).

En estos tiempos el Derecho penal aparece íntimamente ligado a la religión, la moral y las costumbres, por lo que se prohibían y castigaban conductas consideradas pecado o inmorales, sin que la justificación a castigar fuere un problema que preocupara a los detentadores del poder (Roxin, Arzt, & Tiedemann, 1989, p. 21).

Las formas punitivas utilizadas, no eran impuestas de forma institucional, y recaían sobre el cuerpo físico, como “causar la muerte del sentenciado”, realizando “mutilaciones, tormentos,

trabajos forzados, sometiendo a alimentación de ‘pan y agua’ y deportarlo” (Sandoval, 1998, p. 45), entre otros. Por tanto, al reducirse la mano de obra, como consecuencia de la aplicación sin moderación de tales formas punitivas, “aparecieron dos instituciones orientadas a controlar y superar tal situación, [que fueron] el *Talión* y la *Compositio*” (Sandoval, 1998, p. 46), que empezaron a dar una proporcionalidad a la sanción penal, toda vez que la primera consistió en que la reacción punitiva debía ser exacta al perjuicio recibido “*ojo por ojo y diente por diente*”, y la segunda consistió en la “posibilidad de realizar transacciones sobre el derecho a tomar venganza” y en donde el perjudicado recibía del agresor un bien de valor, renunciándose así a la facultad de vengarse (Sandoval, 1998, p. 46).

1.2 FASE EXPIACIONISTA O RETRIBUCIONISTA

Las organizaciones religiosas que asumieron la función de legitimar el poder político que se ejercía territorialmente, por medio de la tesis de la delegación divina, legitimaron la imposición de sanciones penales, en donde la acción punitiva ya no la ejercía el perjudicado sino el representante de la divinidad (ya no venganza privada sino pública), argumentando que el autor de “una conducta punible se redime a través de la sanción que recibe” (Sandoval, 1998, p. 49).

En Europa en los siglos XVI y XVII surgió la necesidad de justificar las sanciones, adoptándose la idea de *expiación* (“dolor que redime”), ya no como reconciliación ante la divinidad sino ante la colectividad, mediante el trabajo que generaba un lucro y que compensaría el daño causado a la sociedad, dándosele a esta noción el nombre de *retribución*, planteándose el

beneficio de la sanción penal en estos dos sentidos (Sandoval, 1998, p. 50).

Roxin (1997) afirma que la teoría de la retribución es:

[U]na teoría “absoluta” porque para ella el fin de la pena es independiente o “desvinculado” de su efecto social: La teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. (p. 82).

La teoría de la *retribución* o *teoría absoluta* se denomina así porque para ella la pena solo persigue:

[E]l logro de valores universales (*punitu, quia peccatum est*) (esto es, se castiga porque se ha pecado) – lo básico no es el fin, sino el *sentido de la pena*-, tales como “la realización de la justicia”; imponer una pena es una condición indispensable para que reine la justicia en la Tierra; o “el imperio del derecho”; la pena está orientada a restaurar el derecho cuando ha sido quebrantado (Velásquez, 2010, p. 154).

La teoría de la retribución o de la justicia consiste “en la retribución justa, es decir, en imponer al delincuente un mal que corresponda al grado de culpabilidad (...) La pena no se justifica en virtud de la utilidad social, cualquiera que sea (...), sino por la idea de justicia” (Roxin, 1981, p. 33-34).

Pero adicional a ello tiene un “carácter ‘represivo’ en la medida en que se limita a compensar o retribuir el hecho ilícito cometido” y de esta manera se restablece el ordenamiento jurídico y se realiza la justicia (Hassemer & Muñoz, 1989, p. 150).

Con la “*expiación*” se piensa que “el autor acepta interiormente la pena como justa compensación de la culpabilidad, que asimila moralmente su comportamiento delictivo, (y que) se purifica y recobra por dicha expiación su integridad humana y social”, no puede ser el sustento para justificar la pena retributiva por cuanto ello “constituye un acto moral autónomo de la personalidad que no puede imponerse a la fuerza” (Roxin, 1997, p. 85).

1.2.1 Exponentes de la teoría retribucionista.

La teoría retribucionista, que fue defendida por filósofos como Immanuel Kant y Friedrich Hegel, parte de la base que el Derecho penal consiste en la retribución y en la compensación de la culpabilidad en la que incurre el autor al cometer el ilícito, y en donde “la pena no sirve a fines sociales sino a la idea de justicia”. Esta teoría tiene una gran utilidad puesto que limita el poder penal del Estado, dado que la pena no puede ser de mayor gravedad que la que corresponde a su culpabilidad (Roxin et al. 1989, p. 24).

1.2.1.1 El fin de la pena en Kant.

Kant (Como se cita en Betegón, 1992) en su libro *La Metafísica de las costumbres* define “el derecho a castigar como el derecho que tiene el soberano de afectar dolorosamente al súbdito como consecuencia de su trasgresión de la ley” que requiere el “requisito necesario y previo de la

culpabilidad” y una “carga de sufrimiento que debe caracterizar la pena”. La pena no se justifica con argumentos de eficacia y fines sociopolíticos, toda vez que aquella “jamás puede ser utilizada instrumentalmente para la consecución de un bien, aun cuando éste vaya a redundar en el beneficio de la sociedad o (...) del afectado” porque está categóricamente prohibido que el acusado “sea utilizado como un mero medio (...) para fines que le son ajenos” (p. 20-21).

Kant (como se cita en Roxin et al., 1989) señala que incluso en los casos en que una comunidad decida disolverse deberá realizar la retribución de los delitos cometidos, a fin de que cada uno reciba su merecido, y dentro de un marco separado de malos tratos, a pesar de que con ello no se tenga utilidad alguna para el sentenciado o para los conciudadanos, tratándose por tanto de un asunto de justicia, en donde el derecho del talión permite “determinar adecuadamente la calidad y cantidad de la pena que el delincuente merece, como consecuencia del pronunciamiento de un Tribunal” (p. 54).

Kant (como se cita en Betegón, 1992) para explicar por qué se castiga y cómo se castiga, parte de dos principios, a saber:

1) el principio de la dignidad humana, como imperativo categórico, que consiste en obrar de tal modo que se use a la humanidad como un fin y no como un medio, y en donde para la aplicación de la pena no se puede renunciar al requisito de la culpabilidad como presupuesto de todo castigo justo; y 2) el principio de igualdad como regla del *quantum* de pena necesaria para lograr la retribución justa (p. 26).

Para Kant la ley penal es un “imperativo categórico” y el castigo se justifica por la maldad interior proveniente del hombre, es decir, por su culpabilidad, la cual denominó

“reprochabilidad”, que no puede evitarse, porque “si perece la justicia, carece ya de cualquier valor el que los hombres moren sobre la tierra” (Como se cita en Moya, s.f).

1.2.1.2 El fin de la pena para Hegel.

Para Hegel (como se cita en Betegón, 1992) en su libro los *Principios de la Filosofía del Derecho*, la noción de injusto o ilícito es “la antítesis entre derecho en sí y la voluntad individual”. El delito es equivalente a “la negación del derecho” y la pena se convierte en necesaria para el “restablecimiento del derecho” (p. 63). La pena se concibe “como un remedio apto para favorecer el reingreso del delincuente a la sociedad” (p. 71) y así normalizar la vida social, y encuentra su justificación como necesidad de la existencia misma del derecho (p. 78) y para ofrecer al culpable una justificación moral de su castigo, el cual es infligido bajo principios de dignidad humana” (p. 90).

Para Hegel (como se cita en Betegón, 1992) la determinación del castigo no puede hacerse por la ley del talión, ya que tiene una idea equivocada de igualdad, por lo que considera que el ilícito “viene determinado por su calidad de acto negador de los derechos de la víctima, [en donde] la retribución se satisface si (...) la respuesta penal [tiene] una identidad de valor” (pág. 91), para así lograr un castigo adecuado . Es por ello que Roxin (1997) afirma que Hegel se distingue de Kant al sustituir el principio del talión, por ser “prácticamente irrealizable, por la idea de la equivalencia del delito y la pena” (p. 83).

Hegel (como se cita en Roxin et al., 1989), soportado en que el fin de la pena debe ser

retributivo y en la compensación de la culpabilidad, señaló que:

“la pena no sirve a un fin social sino a la idea de justicia. El fin de la pena no es la prevención de delitos futuros ni la intimidación de los ciudadanos, ni la mejora del delincuente. La pena se justifica, no por el aspecto subjetivo del delito, sino por la naturaleza del delito, del desvalor que implica la violación del derecho. Lo esencial de la pena es que ésta es en sí misma justa, ya que al producirse una vulneración del derecho con el mal provocado, aquella debe desaparecer mediante la aplicación de la pena, por tanto es una negación de la negación del derecho” (p. 55).

Para Hegel “[L]a pena es ‘negación del Derecho’, negándose con ella la ‘voluntad especial’ del delincuente que con su delito negó la ‘voluntad general’ del ordenamiento jurídico (como se cita en Hassemer & Muñoz, 1989, p. 150).

Así, Hegel (como se cita en Roxin, 1997) interpreta “el delito como negación del Derecho y la pena como negación de esta negación”, como “anulación del delito, que de lo contrario tendría validez” y con ello, como “restablecimiento del Derecho” (p. 83). “Con el sufrimiento por parte del delincuente de la pena correspondiente a su culpabilidad, el delito queda compensado (anulado, negado) y restablecido el derecho lesionado” (Como se cita en Roxin, 1981, p. 35).

1.2.2 Aportes de la teoría retribucionista.

Jerónimo Betegón (1992) considera que para Hegel un sistema penal retributivo cumple su función al fijar límites de calidad y cantidad, y por ello concluye que es importante que el juez deba tener que realizar consideraciones sobre estos dos presupuestos al momento de emitir una decisión (p. 93). Igualmente considera que se debe superar el retribucionismo basado en que es bueno responder mal con otro mal, por existir una ofensa moralmente condenable, para proceder a explicar el por qué y el cómo de un castigo merecido, sin ignorar circunstancias relevantes que justifican un trato desigual, tal y como el mismo Kant lo expuso al señalar que ello conduciría a resultados injustos (p. 129). Es por ello que se puede afirmar que la teoría de la retribución “ha cumplido un cometido garantístico, por cuanto sirve como límite para la imposición de la pena, y permite que ésta se gradúe según el monto de la culpabilidad deducida del agente” (Velásquez, 2010, p. 153).

1.2.3 Instituciones de esta fase.

Las instituciones características de esta fase son las “*galeras, los presidios, la deportación y los establecimientos correccionales*”, en donde conllevan la privación de la libertad como medio de asegurar el lucro generado por el trabajo, siendo denominado dicho período como el de “explotación oficial de la labor reclusa” (Sandoval, 1998, p. 52).

Miralles (1983)) señala que hasta finales del Siglo XVIII la cárcel tiene el “carácter de medida procesal”, que alberga a quienes “han de ser enviados a las galeras, deportados a colonias o ejecutados públicamente” y a los que están en “prisión por deudas”, y en donde “no se aplica el

menor régimen disciplinario”, sino que se presentaba una gran congestión de “presos ricos e influyentes” que son regidos por “reglas de la corrupción”, y en donde no existe disciplina ni control de ningún tipo (situaciones de promiscuidad y problemas sanitarios) (p. 96-97).

La finalidad de estos establecimientos fue la explotación de la fuerza de trabajo de los reclusos, siendo administrada por particulares (burgueses) que se usufructuaban con los productos realizados por los reclusos y mediante el cobro de las personas que mantenían privados de la libertad, siendo regulada ésta situación mediante el “*derecho de carcelaje*” (Sandoval, 1998, pág. 61-62).

En los Países Bajos y en Inglaterra, en donde se desarrolla el mercantilismo las *casas de trabajo* nacen por la necesidad de mucha mano de obra, las cuales se encuentran integradas por las personas que provienen del campo y en las que se presenta “un régimen de disciplina (higiene, regulación sexual y vida abstemia) y aprendizaje laboral”. Estas instituciones albergaron “pobres, mendigos, ociosos, jóvenes y delincuentes”. Sin embargo, con la crisis del mercantilismo estas casas sufren una degradación de su capacidad laboral y se convierten en “depósito de individuos sobrantes en un mercado de trabajo incipiente y desorganizado” (Miralles, 1983, p. 97).

En el siglo XVIII, hasta cuando prevaleció la finalidad retribucionista, se presentaron dos instituciones de transición que tuvieron características poco diferenciadoras con la prisión, y que fueron el *Hospicio de San Miguel* en Roma y la *Casa de Fuerza de Gante* en Bélgica, en donde la primera era destinada a “huérfanos, ancianos, inválidos y jóvenes delincuentes o reacios a la disciplina paterna, [que] combinaba la finalidad retribucionista con el propósito correccionalista”, aplicando el aislamiento nocturno, trabajo comunitario, instrucción religiosa y la “disciplina

impuesta mediante castigos corporales”. Y en la segunda se recluyeron “delincuentes, ancianos y mujeres” de quienes se aprovechaba el trabajo en raspado de maderas, en donde se aplicó la “asistencia médica y religiosa” en cambio de los castigos corporales (Sandoval, 1998, p. 64-65).

1.2.4 Críticas a la teoría retribucionista

La teoría de la retribución trae consigo dos consecuencias negativas:

1) la pena resulta exigible aun cuando no se haga necesaria para garantizar la paz social, e incluso, cuando su imposición puede conllevar efectos socialmente dañosos, contradiciendo así el derecho penal su función de protección de bienes jurídicos; y 2) que no se proporciona a la ejecución penitenciaria ningún criterio de utilidad o para que el condenado no vuelva a delinquir, sino que por el contrario se promueve la reincidencia, estando por tanto esta teoría en contradicción con la función social de la pena (Roxin et al., 1989, p. 24).

1.3 FASE CORRECCIONALISTA

Al alcanzarse la aspiración política de la burguesía a finales del siglo XVIII, dentro del contexto del liberalismo clásico, con hechos históricos tales como las revoluciones norteamericana y francesa de 1776 y 1789, se abandona la intención de retribución económica

por parte del sentenciado, en la que se usufructuaba de la labor de los reclusos, para acoger una finalidad de corrección de éstos. Dieron cuenta de esta concepción legislaciones tales como el Código Criminal francés de 1791 en donde “se redujo los delitos sancionables con penas de muerte”, se suprimieron las mutilaciones por modalidades de privación de la libertad, tales como el calabozo, la “géne” (calabozo alumbrado, cadena a la cintura, trabajo solitario) y la prisión (Sandoval, 1998, p. 65-66).

Se trató de conseguir que el sentenciado no volviera a cometer la acción, recogiendo la idea del cristianismo que pretendió alcanzar la enmienda del infractor a través de la meditación y el arrepentimiento, a fin de manipular el comportamiento futuro de aquel (Sandoval, 1998, p. 67). “El fin de la pena apunta a la prevención que va dirigida al autor individual (especial)”, hablándose por tanto de una “prevención especial” como fin de la pena, siendo una “teoría relativa” pues se refiere al fin de prevención de delitos (Roxin, 1997, p. 85).

Surge la necesidad de legitimar esta nueva propuesta, no sólo por el Estado sino también por la población, por lo que se busca que la pena sea efectivamente humana y moral y que sea considerada eficaz por parte de los posibles delincuentes y de los ofendidos por el delito (Miralles, 1983, p. 98).

Esta teoría relativa de la pena responde a “la idea de un *fin* en desmedro del “sentido” de la pena (*punitur, ne peccetur*)”, es decir, se castiga, para que no se incurra de nuevo en delitos. “El fin relativo de la pena no es la retribución de la culpabilidad pasada, sino la *prevención* de futuros delitos, por eso se les conoce también como *teorías de la prevención* (...) La pena es necesaria para evitar la comisión de delitos” (Velásquez, 2010, p. 154).

1.3.1 Exponentes de la teoría correccionalista.

La misión del Estado pasa a garantizar la coexistencia de los ciudadanos y por ende se requiere de la lesión de derechos de otras personas. El *daño social* se convierte en presupuesto de la pena, la cual se deriva directamente de la teoría del contrato social, y encontró su mayor expresión en la obra de Cesare Beccaria (1734-1794) (Roxin, 1981).

Para Beccaria (Angulo, 2012) debe haber suavidad en las penas y el fin de estas es aterrorizar las personas pero no atormentarlos y afligirlos ni deshacer el delito cometido. La pena debe ser justa y necesaria, para lo cual debe tener la intensidad que sirva para que los demás no cometan delitos, precisando que no es la intensidad de la pena lo que produce el mayor efecto sino la duración de ésta. Las penas deben ser necesarias y prontas, por lo que la cárcel debe ser utilizada para custodiar al reo hasta que se le sentencie, debiendo ser la custodia lo menos penosa y duradera y con el fin de impedir la fuga, o para que no se oculten las pruebas de los delitos. La pena no se puede llamar justa (lo que quiere decir necesaria) mientras no se hayan empleado los medios para prevenirlo.

Así mismo, Beccaria señaló que las penas deben ser proporcionadas entre sí y en relación a los delitos, en fuerza y en el modo de infligirlas, siendo eficaz la infalibilidad y no la crueldad. Indicó que la verdadera medida de los delitos es el daño de la sociedad y no la intención del que la comete, ni la dignidad de la persona ofendida (Angulo, 2012).

Por eso concluyó diciendo:

[P]ara que cada pena no sea violencia de uno o de muchos contra un ciudadano particular debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la mínima de las posibles en las circunstancias de que se trate, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes (Angulo, 2012, p. 93).

1.3.2 Instituciones de esta fase.

“[L]os principios teóricos de imposición y ejecución de las sanciones penales” cambian, ya que no se tenía en cuenta el daño pasado causado por la conducta, “como ocurría en las fases vindicativas y retribucionista, *sino el comportamiento futuro (...)* (finalidad correccionalista) y, *en forma secundaria, (...) [el] de la colectividad* (finalidad de intimidación general)”, aplicando para ello la técnica del “*régimen penitenciario*”, basado en la técnica médica de curar enfermedades (Sandoval, 1998, p. 68).

Si bien la prisión nació como el producto de la humanización de la pena, debe aclararse que tanto Beccaria como Bentham, si bien procuraron la humanización de las penas, ninguno pretendió que ello se lograra mediante la privación de la libertad, toda vez que sugerían la adopción de pluralidad de penas (penas corporales, pecuniarias, la infamia y el destierro) que reflejaran las diferentes conductas punibles y la privación de la libertad como medida de custodia para aplicación posterior de la sanción (Sandoval, 1998, p. 74-75).

1.4 FASE RESOCIALIZANTE

Entre finales del siglo XVIII y comienzos del XIX y una vez institucionalizada como sanción penal la privativa de la libertad, se legitima la sanción penal mediante “el argumento resocializador” o de “reinserción social” o “readaptación social” o “reeducción social” o “rehabilitación social”, basado en principios positivistas de las ciencias naturales, pretendiendo mostrar la necesidad de devolver al delincuente a la sociedad (Sandoval, 1998, p. 98-99).

“La cárcel como castigo pierde el apoyo político-social e incluso ideológico que la legitimaba” al producirse el cambio de las condiciones estructurales, y dentro de un marco altísimo de “muertes, automutilaciones y suicidios”, siendo por tanto “el pensamiento positivista con el concepto científico de *‘peligrosidad social’* ” el que plantea el cambio de ideología punitiva al centrarla en el individuo, mediante un “tratamiento socio terapéutico”, siendo la cárcel un “laboratorio” en donde se ayuda al individuo a adquirir “capacidades técnico-laborales-disciplinarias” para que por esa vía obtenga la adaptación a las normas capitalistas, mediante la terapia, medicalización y aprendizaje de disciplina (Miralles, 1983, p. 103-104).

Con este modelo, en donde el monopolio de aplicación de la sanción es exclusivamente del Estado, se buscó que el sentenciado y el resto de la colectividad recibieran beneficios mediante la introducción de “un concepto original de las ciencias naturales: *‘el método’* , en cuanto instrumento idóneo para alcanzar determinada finalidad”, aplicándole al sentenciado un tratamiento penitenciario, en similitud al tratamiento de la ciencia médica, buscando éste último al igual que aquel, erradicar anomalías del individuo mas no circunstancias sociales que originan el delito (Sandoval, 1998, p. 104).

Con esta teoría se orientó hacia la misión social de la pena, rechazando los castigos innecesarios, y en casos en donde la pena es inevitable se exigía que ésta “operara a favor de la resocialización y para evitar la reincidencia” (Roxin et al., 1989, p. 25). “El fin de la pena no es la retribución de una culpabilidad pasada, sino (...) la prevención de futuros delitos del delincuente, actuando sobre el condenado” (Roxin, 1981, p. 36).

1.4.1 La teoría de prevención especial.

“Esta tesis con la ilustración se convirtió en teoría autónoma, (...) [y] a finales del siglo XIX, resurgió con la llamada ‘Escuela sociológica del Derecho Penal’” con su representante, Frank Von Liszt (1851-1919), fundador del moderno derecho penal de la resocialización, quien expuso que la prevención especial se lleva a cabo de tres formas: “*asegurando* a la comunidad (...) con su internamiento; *intimidando* al delincuente con la pena (...) preservándolo de la reincidencia a través de su *corrección*”. Así pues, propuso utilizar la “*inocuización* de los delincuentes habituales que no son susceptibles de *intimidación* ni de mejora; la intimidación de los delincuentes racionales y la *corrección* de los susceptibles a ella” (Roxin, 1981, p. 36-37)

Los regímenes utilizados para el tratamiento penitenciario (Sandoval, 1998) son los “*regímenes progresivos*” (p.109), los “*regímenes “al’aperto”*” (p. 112) y la “*prisión abierta*” (p.114), en donde el primero busca obtener la resocialización y en donde se van otorgando privilegios al sentenciado a medida que va mostrando avances en su resocialización o cuando está próximo a cumplir su pena, laborando en el día y siendo recluso en la noche y con la vigilancia

de autoridades penitenciarias. Mientras que el segundo permite el trabajo al interior del establecimiento realizando labores agrícolas al aire libre o fuera del establecimiento, acudiendo a laborar en sus trabajos y retornando en la noche al lugar de reclusión. Y el tercero consiste en que el reo no es recluido en un centro cerrado y tiene un régimen disciplinario voluntariamente aceptado, siendo realizada una selección de ciertos reclusos tras un serio estudio biológico, psíquico y social, o que estén en la última etapa de cumplimiento de pena.

En la doctrina contemporánea se habla de *prevención especial* en dos sentidos:

[C]omo *prevención especial negativa o inocuización*, para indicar que la finalidad de la pena es eliminar o neutralizar al reo; y como *prevención especial positiva*, o de la *corrección*, pues se atribuye a la pena la función positiva de corregir o enmendar al reo, de resocializarlo. (Velásquez, 2010, p. 156)

1.4.2 Críticas de la teoría de la prevención especial.

Esta finalidad de la resocialización ha tenido críticas de *tipo liberal o radical* (Sandoval, 1998, p. 122) consistentes en que a veces la rehabilitación del sentenciado no se logra con la pena de prisión, ya sea porque no requiere resocialización o porque es incorregible, debiendo ser por tanto este fin, solo de tipo secundario. Por tanto, se afirma que el régimen penitenciario no se debería aplicar con la finalidad exclusiva de alcanzar la reforma del recluso sino además la de reincorporación a la vida social. Además, se recalca que se ha tratado de dar la característica de científico al tratamiento penitenciario cuando se tiene establecido que el origen de la criminalidad

está dado por factores sociales, pero se combate el fenómeno criminal solo de manera individual (sobre el sentenciado), en una institución que aísla al individuo, cuando su objeto fundamental es la reinserción social.

Esta teoría enfrenta aspectos negativos, como son:

1) No se puede impedir que una persona que haya cometido un delito leve esté encerrada largos años, en cuanto sean los necesarios para modificar los defectos de la personalidad y prevenir la comisión de más delitos; 2) Habría que dejar impune los casos en que no existe peligro alguno de que cometa más delitos, siendo ello por tanto de difícil aceptación por parte de los perjudicados y de la sociedad en general (Roxin et al., 1989, p. 26); 3) Se trataría de una violación a la dignidad humana, en términos de Kant y Hegel, por cuanto se forzaría a personas adultas a ser tratados y educados; 4) La no necesidad de pena para los delincuentes que no requieran una resocialización por su gran posibilidad de no reincidencia, como en los casos de imprudencia, delitos ocasionales, o delitos graves de escasa ocurrencia; 5) Su poco éxito o dificultades de realización práctica (Roxin, 1997, p. 88-89).

1.4.3 La teoría de la prevención general.

Hacia finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, con autores como Lock, Beccaria y Bentham, se intentó legitimar la aplicación de la pena atribuyéndole a ésta funciones secundarias, tales como la de *intimidación general* y de *protección*. Con la *intimidación general* se señaló

que se buscaba impedir, mediante el ejemplo intimidador, que otros llegaren a cometer delitos (prevención general) (Sandoval, 1998, p. 139).

Con esta teoría se orienta hacia “la paz jurídica de la comunidad, la cual debe ser garantizada por el Derecho penal”, y se responde a la crítica realizada a la teoría de la prevención especial frente a que no se puede renunciar a la pena en los casos en que no exista el peligro de que por parte del condenado se cometan más delitos, toda vez que señala que “si quedaran impunes delitos graves se estimularía a otras personas a cometerlos” y por tanto se debe aplicar la pena a fin de prevenir que ello suceda (Roxin et al., 1989, p. 26).

1.4.3.1 Prevención general negativa o de la intimidación. Esta teoría atribuye a la pena el fin de disuadir a los ciudadanos mediante su amenaza o su utilización.

Von Feuerbach, a quien se le considera el fundador de la moderna escuela alemana del Derecho Penal, sustenta su concepto de la “teoría de la coacción psicológica”, y señala que la pena “no persigue el fin de retribuir la culpabilidad del delincuente ni evitar que el condenado cometa más delitos, sino de motivar a los ciudadanos a un comportamiento conforme al Derecho”, presentándose “mediante la intimidación de los ciudadanos a través de la amenaza de imposición de la pena” (forma negativa), o “conformando los mandatos y prohibiciones legales y la conciencia jurídica de la sociedad y determinando el comportamiento de ésta (forma positiva) (Roxin et al., 1989, p. 26). Constituye una “teoría de la imposición y de la ejecución de la pena, puesto que de esto depende la eficacia de la amenaza. El fin de infligir la pena está en la

motivación de la eficacia de la amenaza legal” (Roxin, 1997, p. 90).

Por ello, Feuerbach consideraba que la amenaza de la pena “tendría que producir en la psique del indeciso tales sensaciones de displacer que equilibraran las tendencias que impulsarán el delito, ejerciendo de ese modo ‘una coacción psíquica’ que le obligara a abstenerse de cometerlo” (Roxin, 1981, p. 37), hablándose de una “fuerza configuradora de las costumbres” del Derecho penal (Roxin, 1981, p. 39).

1.4.3.2 Prevención general positiva o de la integración. Esta teoría explica el efecto preventivo “atendiendo a la relación de la conducta humana con el contenido de la propia norma penal que prohíbe la comisión de delitos”, en donde el no delinquir no depende sólo de la intimidación sino de que los ciudadanos consideren “justo el contenido de la norma, que se sientan motivados valorativamente a su respeto” o de que independientemente del juicio que tengan de las normas, “el derecho penal funcione como mecanismo generador y estabilizador de expectativas de conducta, de manera que la imposición de la pena constituye un acto de reafirmación del ordenamiento jurídico” (Pérez, 2011, p. 16).

Esta teoría significa “asignar a la pena la función real de asegurar la fidelidad de los asociados al orden constituido y a las instituciones” según la teoría de G. Jakobs; o “la estabilización de la conciencia del derecho a partir del entendimiento de este como una forma de control social”, según la posición de W. Hassemer (Citados en Velásquez, 2010, p. 155).

Roxin (1997) señala que la prevención general positiva tiene tres fines y efectos distintos:

[E]l efecto del aprendizaje, motivado socialpedagógicamente; el ejercicio en la

confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal (...) que surge cuando el ciudadano ve que el derecho se aplica y (...) el efecto de pacificación que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza (prevención integradora), en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor. (p. 92)

[N]o (se) ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación (...) [Es una] teoría que tiende a la prevención de delitos (y con ello preventiva y relativa) (...) [por lo que] la pena debe, sin embargo, actuar no **especialmente** sobre el condenado, sino **generalmente** sobre la comunidad (p. 89).

1.4.4 Críticas a la prevención general.

Contra la prevención general negativa o de intimidación se le ha criticado “la ausencia de evidencia empírica fiable sobre cuándo y cómo se produce este efecto en la pena” (Pérez, 2011, p. 17).

No proporciona ninguna limitación al máximo de la pena, por cuanto se puede llegar a pretender una gran intimidación general con una selección amplia de conductas punibles y la aplicación de penas altísimas (Pérez, 2011, p. 17) atentando así contra los principios del Estado Liberal de Derecho; y además, sería poco apto para promover la resocialización del condenado, y por ende tendría las mismas características de la teoría retribucionista, contradiciendo la dignidad

humana (Roxin et al., 1989, p. 27), toda vez que ya Kant había rechazado la instrumentalidad del ser humano, puesto que ni siquiera la sociedad podría servirse de los individuos en el sentido de instrumentalizarlos a su favor (Moya, s.f).

Además, comoquiera que la prevención general va dirigida “a la comunidad y no al autor”, ello conllevaría a que “la sola intimidación de los ciudadanos incitara más a la reincidencia que a su evitación” beneficiando la criminalidad (Roxin, 1997, p. 93).

De la *prevención general negativa* se critica que acude al “terror estatal, al miedo, a la intimidación”, atentando contra un Estado Social y democrático de Derecho por cuanto “se instrumentaliza al hombre para cumplir los fines del Estado” (Pérez, 2011, p. 19). El delincuente se usa “para fines que no son los suyos y convertido en instrumento de promoción del bienestar social (...) como medio para intimidar y apartar a otros del delito”, siendo ello incompatible con el principio de dignidad humana (Hassemer & Muñoz, 1989, p. 160).

Además, se le critica que el concepto de intimidación tiene evidentes problemas empíricos, pues no se puede calcular el efecto intimidatorio que tiene la pena sobre los potenciales delincuentes, ya que las personas tienen una idea deformada del derecho penal, al regirse sus comportamientos por factores sociales que no tienen nada que ver con la pena (Hassemer & Muñoz, 1989, p. 160).

Por ello se concluye que esta teoría cae en un utilitarismo, sin límites en la duración de la pena, pues los fines están dados por la necesidad de la colectividad y no del reo (Velásquez, 2010, p. 155).

De la *prevención general positiva* se critica por utilizar conceptos como “fidelidad al derecho”

o “ejercicio en el reconocimiento de la norma” que deben ser rechazados por generar “confusión entre derecho y moral”, con un concepto conservador de la norma que propicia una justicia clasista y dada su cercanía a la idea de *retribución*, proclama penas simbólicas, siendo por tanto ilegítima para un Estado Social y democrático de Derecho (Velásquez, 2010, p. 156).

1.4.5 Teoría de la protección social.

Con la *protección social* se pretende que el sentenciado no continúe realizando conductas dañinas, viéndose beneficiada en consecuencia la sociedad, al ser separado el delincuente de la comunidad, ya sea de forma definitiva o temporal. A esta función se le ha refutado que su sustento es de tipo peligrosista (escuela positivista), aunado a que en las cárceles se continúa delinquir y por ende la privación de la libertad contribuye a la comisión de comportamientos delictuales en contra de la sociedad (Sandoval, 1998, p. 141).

1.4.6 Teorías unificadoras o mixtas

Estas teorías eclécticas o *unitarias* combinan básicamente las teorías de retribución, prevención especial y general, queriendo llevar a la práctica las virtudes de todas ellas, por lo que se concluye que la pena debe ser “limitada por la culpabilidad del autor, [por lo que] por razones de prevención general o especial no se pueden imponer penas de mayor gravedad a las que le

corresponden por el hecho cometido y de acuerdo al grado de culpabilidad.” Dentro de este contexto “se pueden conseguir los fines de retribución de la culpabilidad, resocialización y prevención general”, y es por ello, que se ha rechazado la aplicación de la pena de muerte o de la prisión perpetua, por cuanto contradicen el fin de resocialización y el principio de culpabilidad (Roxin et al., 1989, p. 27).

Las *teorías de la unión* afirman que “el *sentido* de la pena es la retribución y su *fin* es la prevención general y especial”, sirviendo la *retribución* el límite del *ius puniendi* del Estado, porque determinar la magnitud de la pena de acuerdo al grado de culpabilidad, y al mismo tiempo se evita que la pena se imponga como “escarmiento para el sentenciado y la comunidad” (Velásquez, 2010, p. 157). Es decir que se “siguen manteniendo los fines de la pena de las teorías relativas” (finalidades preventivas), pero con algunas limitaciones tales como “la retribución de la culpabilidad” (Hassemer & Muñoz, 1989, p. 161).

Es por ello que se considera que “ni la prevención general de la intimidación ni la prevención especial, tomadas como fines exclusivo de la pena, son capaces de realizar una fundamentación legítima del Derecho penal, sino que ambas necesitan acudir a las fundamentaciones retributivas”, ya que la prevención general negativa necesita la retribución “para justificar la pena frente al sujeto que se le impone y como requisito de su propia eficacia funcional”, y de las teorías de la prevención especial “para no desbordar los límites derivados de los principios del hecho y legalidad inherentes al Estado de Derecho” (Pérez, 2011, p. 32).

Por tanto se entiende la prevención especial como idónea para procurar que el reo no vuelva a delinquir y que se resocialice, dentro de un sistema penitenciario con dicho fin, y la prevención general como la forma de “velar por los intereses de la comunidad” al mantener a “la sanción

dentro de límites razonables”, siendo ello la razón de que a los delitos graves se les castigue con penas graves, aunque no haya peligro de que se repita el hecho, “justificándose la intervención del Estado por “razones de tipo social y político jurídico’ ” (Velásquez, 2010, p. 158).

1.4.7 Críticas a las teorías unificadoras o mixtas

Además de poseer todas las críticas que tiene cada teoría de manera independiente, y que fueron reseñadas, se le critica que consiste en una adición de funciones que “conduce a una indeterminabilidad de la pena y por ende al fracaso” (Velásquez, 2010, p. 158).

Se señala que esta teoría da demasiada discrecionalidad dado que tanto el legislador como el juez podrían recurrir a cualquier teoría de la pena, depende de la decisión que quisieran tomar, ya que si se deseara fijar una pena alta se puede utilizar la prevención general negativa, y por el contrario si se quiere imponer una pena baja se puede utilizar la teoría de la prevención especial positiva señalando que no existe la necesidad de pena privativa de la libertad por cuanto no requiere resocialización (García, 2008).

El problema de estas teorías de la unión es su falta de consistencia teórica y política pues, ciertamente limitan las teorías absolutas y relativas en lo que pueden tener de contrarias a una concepción moderna del estado y del Derecho Penal, pero no están en condiciones de dar una orientación y una fundamentación consistente a las finalidades de la pena (...) [ya que] solo ofrecen diversas posibilidades, pero ninguna recomendación fundada. Igualmente se ven sus insuficiencias en el rol que asignan a las

teorías absolutas: pierden su función de fundamento de la pena y se les asigna un papel simplemente limitador de la misma, con lo que obviamente pierden su principal misión: fundamentar la necesidad de pena. (Hassemer & Muñoz, 1989, p. 161).

1.5 LA CRISIS DE LAS TEORÍAS DE LA PENA

En los años cincuenta y sesenta se produce una crisis de la teoría de la resocialización en donde se cuestionó la eficacia del tratamiento penitenciario, por los altos índices de reincidencia y en donde la teoría retributiva retrocede al considerarse que lo que se debe hacer es una protección social por parte del Estado (Mir, 1986, p. 50).

Con la criminología crítica y las teorías abolicionistas se mostró tal crisis de la concepción preventiva del derecho penal como intimidación y de la resocialización del delincuente, que buscó la abolición del derecho penal, sobre la base de la “normalidad de la conducta criminal”, es decir, que todas las personas delinquen, pero solo unos son sancionados, produciéndose una criminalización de personas de clase baja, llegándose a la conclusión que solo es posible combatir la criminalidad, no por medio de resocialización de criminales, sino con la resocialización de la sociedad, eliminando las condiciones que generan las infracciones de la ley, estudiando las instancias de control, que son las que designan al delincuente (tanto en la creación como en la aplicación de sanciones) (Roxin, 1981, p. 156).

1.5.1 La nueva criminología.

Mientras que la criminología tradicional pretendió efectuar una teoría de las condiciones o causas de la criminalidad, es decir, “criminalidad” en tanto definida por las normas y las estadísticas, los “criminales” como individuos seleccionados y estigmatizados (y así destinados para la observación clínica) a través de la institución de la prisión” (Baratta, 2004, p. 231), por el contrario la Criminología Crítica pretendió:

“[E]xaminar de forma científica la génesis del sistema, su estructura, sus mecanismos de selección, las funciones que realmente ejerce, sus costos económicos y sociales y evaluar sin prejuicios el tipo de respuesta que está en condiciones de dar y que efectivamente da a los problemas sociales reales” (Baratta, 2004, p. 231).

La nueva criminología desarrolló las teorías de “la sociología del conflicto” y de la “reacción social o etiquetamiento” hasta llegar a un enfoque materialista del derecho penal (Pérez, 2009, p. 84).

La teoría del *interaccionismo* (Baratta, 2004, p. 85) señaló que la desviación es fijada por las definiciones sociales y no en las cualidades personales, estudiando quienes son los que definen lo que es delito, es decir, las agencias de control social; así como con “*la sociología del conflicto social*” (p. 120) que muestra el poder de definición (proceso de criminalización) determinado por el gobernante sobre el gobernado (intereses de grupos sociales en conflicto) y la “*teoría del etiquetamiento*” (p. 88) que muestra el proceso de selectividad que hace el sistema penal mediante la definición social y criminalización del delito, y del “*paradigma marxista*” (p. 165) que muestra al delito como algo funcional al sistema capitalista y como medio de control social

para definir lo que se criminaliza (proceso de criminalización).

Todas estas teorías buscaban estudiar el delito desde su proceso de criminalización, para aliviar la presión ejercida por el sistema penal sobre cierta población, determinada por el poder, aspirando a la sustitución parcial o total del sistema penal por medidas más adecuadas que atendieran los intereses de grupos sociales mayoritarios y que respetaran el derecho a la diversidad (Pérez, 2009, p. 89).

Esta tendencia criminológica se ha conocido como “*política criminal alternativa*” estructurada por Baratta, quien propugnando por una política a favor de los desprotegidos, apuntaba a la realización de la política criminal entendida como alternativa al sistema penal y pretendiendo su superación, por cuanto el derecho penal al ser inadecuado como mecanismo de política criminal y ser desigual, debía tender a la despenalización y contracción máxima del sistema penal, para evitar la criminalización selectiva, así como “la sustitución de las sanciones penales por formas de control legal no estigmatizantes (sanciones administrativas, o civiles (...)) [es decir] la apertura de mayores espacios de aceptación social de la desviación” ((Barata, 2004, p. 213).

Propugnó por la abolición de la cárcel y la utilización de medios alternativos como la ampliación de la suspensión condicional de la pena y la libertad condicional, la ejecución de la pena en “régimen de semilibertad, la extensión del régimen de permisos y la revaluación del trabajo penitenciario, abriendo la cárcel a la sociedad” (Baratta, 2004, p. 216).

Esta teoría mira positivamente el delito, tolerando la diversidad, aplicando los siguientes medios alternativos para desmontar el sistema penal: la descriminalización, realizada por el Legislador o por los operadores jurídicos atendiendo el cumplimiento de mandatos superiores de

las constituciones, normatividad internacional sobre derechos humanos o principios; la despenalización, suprimiendo la sanción, en especial la pena privativa de la libertad o disminuyéndola (*quantum punitivo*) o sustituyéndola por la multa; desprisionización, sustrayendo las personas de la cárcel mediante el aumento de causales de libertad provisional y de exclusión o extinción de pena, generando la apertura de la cárcel para lograr la reintegración del delincuente a la sociedad, mediante medidas como libertad vigilada, condena condicional, arrestos de fin de semana, semilibertad y abolición de la detención preventiva (Pérez, 2009, p. 91).

Así mismo, aplica la desjudicialización resolviendo los conflictos en otras sedes diferentes a la penal y el uso alternativo del derecho, como instrumento del funcionario judicial al aplicar la ley, interpretando la ley a partir de criterios de la realidad cultural, política, económica y social del medio, por medio de la utilización de los principios constitucionales (Pérez, 2009, p. 94).

Una perspectiva menos radical de este tipo es el reduccionismo penal o del derecho penal mínimo, que le atribuyen al derecho penal un carácter fragmentario, accesorio, *ultima o extrema ratio* y mínima intervención, dentro del marco de los principios constitucionales desarrollados por el Estado Social y Democrático de Derecho, de tratados internacionales de derechos humanos y de postulados de la perspectiva abolicionista, siendo su exponente Luigi Ferrajoli,(1999) (2000) desde una perspectiva garantista.

En este contexto, para el Derecho penal mínimo el sistema penal se justifica si evita más violencia de la que causa; y por ende la pena se justifica si es un mal menor que otras reacciones no jurídicas; si los costos que comporta el Derecho penal son más bajos que lo que implica ejercer controles no oficiales; si minimiza la violencia en la sociedad; si es racional y “tiende al máximo bienestar de los no desviados y el mínimo malestar de los desviados” (Pérez, 2009,

p.84). La pena tiene una doble función: la de prevención general del delito y prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas, y la finalidad de proteger al débil del fuerte (ofendido del agresor y a éste de la venganza privada) (p.118).

Señala Ferrajoli (1999) que en la democracia el derecho penal se concibe como un instrumento de defensa social, de prevención de los delitos y defensa de las mayorías no desviadas, proveniente de la minoría desviada. Siendo el Derecho penal donde se construye el Estado Constitucional de Derecho, donde se entienden los valores y los límites del derecho penal y de la pena, buscando la igualdad de los ciudadanos, sean desviados o no, y la garantía de sus derechos fundamentales, entre los que priman la vida y la libertad. Dentro de este marco el derecho penal se justifica si logra ser instrumento de defensa y garantía de todos (los desviados y no desviados), cumpliendo así con la prevención y disminución de los delitos y con la prevención de la reacción al delito y la disminución de las penas.

Dentro de un marco de una concepción garantista se busca una doble función preventiva general negativa de la pena: la prevención general de los delitos y de las penas desproporcionadas, con lo cual la primera impone el límite mínimo y la segunda, el máximo de éstas. (Velásquez, 2010, p. 160).

Es así como se señala que “el derecho penal asume como fin una doble función preventiva, una y otra del signo negativo: la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas”. Las dos funciones “legitiman conjuntamente la “necesidad política” del derecho penal como instrumento de *tutela de los derechos fundamentales*”, siendo éstos los límites al derecho penal “en cuanto bienes que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos” (Ferrajoli, 2000, p. 334-335).

La segunda función es la más significativa por cuanto es “necesario y suficiente para fundamentar un modelo de derecho penal mínimo y garantista” ya que “la tutela del inocente y la minimización de la reacción al delito, sirve para distinguir el derecho penal de otros sistemas de control social” que podrían resultar más expeditos y eficaces para “satisfacer el fin de la defensa social” (Ferrajoli, 2000, p. 334).

Es por ello que “el fin del derecho penal no es reducible a la mera defensa social de los intereses constituidos contra la amenaza representada por los delitos”, sino de “la protección del débil contra el más fuerte: del débil ofendido o amenazado por el delito, así como del débil ofendido o amenazado por la venganza” (Ferrajoli, 2000, p. 335).

Ferrajoli (2000) con ello reconoce “que la pena, por su carácter aflictivo y coercitivo, es en todo caso un mal, que no cabe encubrir con finalidades filantrópicas del tipo reeducativo o resocializador”, por lo que la pena:

Aun siendo un mal, sin embargo, la pena es con todo justificable si (y sólo si) se reduce a un mal menor respecto a la venganza o a otras reacciones sociales y si (y sólo si) el condenado obtiene de ella el bien de que le sustrae a castigos informales imprevisibles, incontrolados y desproporcionados (Ferrajoli, 2000, p. 337).

En consecuencia, el *derecho penal mínimo* se contrapone a las “doctrinas tradicionales retribucionistas de la pena de Kant y Hegel”, que asumen una concepción de venganza, así como de las “doctrinas utilitaristas de la prevención o defensa social, sean de prevención general o especial”, que tienen como fin la utilidad de “la mayoría no desviada”. El derecho penal mínimo asume como única justificación su papel de defensa del más débil (el imputado y condenado). Así

pues, “las garantías penales y procesales, son las técnicas dirigidas a minimizar la violencia y potestad punitiva”, buscando así “reducir los delitos, la arbitrariedad de los jueces y la aflictividad de las penas” (Ferrajoli, 1999, p. 18).

Se reclama por tanto la necesidad de replantear todo el derecho penal sobre bases racionales y garantistas, tanto del sistema de delitos como del sistema de las penas, para contrarrestar la inflación penal y el decaimiento del sistema de garantías que ha llevado a la pérdida de legitimación de la justicia penal. De esta manera se busca racionalmente justificar el derecho penal mediante una despenalización de delitos y penas, una desprisionalización (limitada solamente a ofensas graves e intolerables contra derechos fundamentales) (Ferrajoli, 1999, p. 22).

Así con la aplicación de *la despenalización* se logrará mayor eficiencia e investigación de los delitos más graves que conllevará a una credibilidad del derecho penal, debiéndose por tanto despenalizar delitos bagatelares, contravenciones y delitos con penas pecuniarias. Mientras que con *la desprisionalización* se busca la reducción de la prisión mediante la restricción de la duración de la pena (que no debería ser superior a quince años) o mediante la concesión de beneficios utilizados al momento de la ejecución de la pena; y con la aplicación de penas privativas de la libertad no segregativas, es decir, penas que incluyen la vigilancia especial hasta la semilibertad, arrestos domiciliarios y el sometimiento a prueba (Ferrajoli, 1999, p. 23).

Finalmente, en este mismo sentido, pero llegando a un extremo más radical se elaboró la *perspectiva abolicionista*, siendo su principal exponente Louk Hulsman, en su libro *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una alternativa* (1984), quien pretende la reducción y desaparición del sistema penal, al encontrarlo ilegítimo, por no admitirle ninguna finalidad posible y porque cree que es más ventajoso el cambio a sanciones como la utilización de medios

pedagógicos o instrumentos informales y sociales, dentro de un marco de diálogo, apertura y solidaridad, en donde se resuelvan los conflictos enfrentándolos y extinguiéndolos o conviviendo con ellos, pero desde una perspectiva de la realidad social. Buscan la abolición, supresión o sustitución de las cárceles y la abolición de los subrogados penales, aplicando un castigo sólo para los comportamientos más graves.

1.6 DEBATE ACTUAL DE LA TEORÍA DEL FIN DE LA PENA

Actualmente el debate frente al fin que debe cumplir la pena “se centra en las funciones que se le atribuyen a la teoría de la prevención general positiva o de la prevención por integración”, en donde unas doctrinas se caracterizan por otorgar a la prevención general un carácter “*fundamentador*” y “ampliatorio de la intervención penal” en las que la misión del derecho penal es la de “conformar valores morales en la colectividad”, influyendo “en la conciencia ético social del ciudadano, en su actitud interna frente al Derecho” (concepción Welziana) que luego es modificada por Jakobs rechazando “que se trate de proteger determinados valores de acción y de bienes jurídicos”, manteniendo la “fidelidad al derecho en la colectividad”, es decir, que la única meta es la de “garantizar la función *orientadora* de las normas jurídicas” (Mir, 1986, p. 53).

Y las otras doctrinas se centran en defender la prevención general positiva “en un sentido *limitador* de la intervención penal”, estando dentro de ellos autores como Roxin, Hassemer y Zipt (Mir, 1986, p. 54).

Así, para Hassemer la función de la pena debe ser de prevención general positiva, ya que

persigue “la protección efectiva de la conciencia social de la norma”, la cual debe estar limitada por la “*proporcionalidad*, por la retribución por el hecho”, buscando la “*resocialización*” como ayuda al delincuente, conduciendo ello a la “reformulación de la idea retributiva”. Mientras que para Zipt la prevención general positiva la entiende en sentido restrictivo, de *última ratio*, correspondiendo al concepto de “defensa del orden jurídico”. Y por último para Roxin la prevención general positiva que llama “prevención general compensadora o integradora social” la entiende como “el mantenimiento del orden jurídico y de la afirmación de la fe en el derecho [y] se consigue respetando el límite de la culpabilidad” (citados en Mir, 1986, p. 55).

Por tanto procederemos a entrar a estudiar en profundidad las tesis expuestas por los dos autores más representativos de cada doctrina, ellos son, Jakobs y Roxin, quienes tienen puntos de vista realmente diferentes de la interpretación del fin de la pena, y que por tanto deben ser tenidos en cuenta como dos ópticas diversas de los fines que debe buscar aquella.

1.6.1 El fin de la pena según G. Jakobs.

Para Jakobs la reacción punitiva tiene como función principal la de “restablecer la confianza y reparar o prevenir los efectos negativos que la violación de la norma produce para la estabilidad del sistema y la integración social”. La pena no constituye una retribución ni disuasión (prevención negativa), sino “prevención positiva”, entendida como “prevención-integración en el sentido que su función primaria es “ejercitar” el reconocimiento de la norma y la fidelidad frente al derecho por parte de los miembros de la sociedad” (citado en Baratta, 1985, p. 10).

“El delito es una amenaza a la integridad y la estabilidad sociales, en cuanto constituye la expresión simbólica de una falta de fidelidad al derecho. Esta expresión simbólica hace estremecer la confianza institucional(,) y la pena, a su vez, una expresión simbólica opuesta a la representada por el delito. (...) [La pena] tiende a restablecer la confianza y a consolidar la fidelidad al ordenamiento jurídico” (Baratta, 1985, p. 10).

La prevención especial o reeducación del delincuente no es la función principal sino un “efecto posible y esperable, producido por la pena”, porque lo que importa en “la valoración negativa del comportamiento delictivo y en la adscripción de responsabilidad” no es “la producción consciente y voluntaria de un hecho lesivo de bienes jurídicos dignos de tutela, sino el grado de intolerabilidad funcional hacia la expresión simbólica de infidelidad en relación con los valores consagrados por el ordenamiento positivo” (Baratta, 1985, p. 10).

Es por ello que Jakobs señala que la *“pena es siempre reacción ante la infracción de una norma”* y por medio de *“la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma”*, por lo que *“la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma”*. Por tanto, “[s]e trata de un problema normativo: de la asignación de un suceso perturbador a quien ha de soportar aquellos costes que son necesarios para eliminar la perturbación” (Jakobs, 1995, p. 8).

La pena es: “[U]na muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada” (Jakobs, 1995, p. 9). La pena no tiene la misión de “evitar lesiones de bienes jurídicos” sino solo de “reafirmar la vigencia de la norma” (p. 10).

En palabras suyas: la “[m]isión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales “y el “[c]ontenido de la pena es una réplica que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma” (Jakobs, 1995, p. 14).

Por tanto, la pena “tiene lugar para ejercitar la confianza hacia la norma (...) (,) la fidelidad al Derecho (y a) la aceptación de las consecuencias” y secundariamente puede producir efectos de miedo que pueden hacer que las personas se abstengan de realizar hechos futuros, pero sin embargo, esta efectos de la pena se pueden desear pero no es la función de la pena provocarlos (Jakobs, 1995, p. 18-19).

El principio de culpabilidad significa que la culpabilidad es un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal (como) resultado de una imputación reprobatoria (por cuanto) la defraudación que se ha producido viene motivada por la voluntad defectuosa de una persona (...) la culpabilidad es reprochabilidad, en lenguaje coloquial: tener la culpa (Jakobs, 1997, p. 393).

1.6.1.1 Crítica a la concepción de G. Jakobs.

Considera Roxin (2007) que para Jakobs la culpabilidad es “absorbida por la prevención general”: “no se trata de lo que se merece el delincuente, sino de lo necesario para mantener la confianza, que puede ser definido arbitrariamente por las instancias políticas” (p. 55). Por ello la pena se justifica para “reforzar la confianza de los ciudadanos en la firmeza y fuerza coercitiva del ordenamiento jurídico” (p. 63).

Se le critica a Jakobs que con la prevención especial positiva se debe aplicar pena aunque la protección de los bienes jurídicos no se requiera por prevención general ni especial, desapareciendo los límites materiales de la culpabilidad que debía respetar al “vaciar al delito de contenido intrínseco y definirlo únicamente como función de la norma” (Mir, 1986, p. 54).

En concepto de Roxin (2007) Jakobs defiende la “teoría de la prevención general positiva”, en donde la función de la pena y del derecho penal consiste en la “estabilización social que conserva el sistema a través de la ‘práctica de fidelidad jurídica’ ”, en el cual la pena lleva consigo su propia finalidad independiente de cualquier efecto empírico. La pena no sólo es un “medio para preservar la identidad social, sino para constituirla, por lo que no importan constataciones empíricas sobre la prevención general positiva, pues el resultado final no interesa, ya que solo le importa “la fuerza autoconservadora del sistema” (p. 47-49).

En concepto de Martínez (2002) Jakobs (defensor de la teoría sistémica) “la culpabilidad no sirve (...) de límite o de medida de la punibilidad, pues la pena adecuada a la culpabilidad es la pena necesaria para la estabilización de la norma” (p. 71)

Roxin (2007) apela a lo dicho por Kant para criticar a Jakobs señalando que no se puede instrumentalizar al individuo en pos de intereses sociales que van en contra de la dignidad humana. Por lo que concluye que se deben poner límites a los objetivos preventivos, ya que debe primar la culpabilidad como presupuesto que debe ser contrastado con la necesidad social de la pena, ya que es importante para limitar la pena “una dogmática orientada racionalmente en finalidades y en los principios rectores de política criminal del ordenamiento jurídico que se encuentra más cerca del “pensamiento principista” (de la ilustración) (...) que de un sistema funcionalista técnico-sistémico” (p. 56).

Roxin (2007) critica la fundamentación de la pena que hace Jakobs ya que la única finalidad de la pena es la afirmación de un sistema no vinculado a ningún contenido determinado o de efectos reales, siendo por tanto una teoría abstracta que no soluciona problemas concretos (p. 49), que no tiene en cuenta investigaciones sobre eficacia del derecho penal, por cuanto solo se trata de restablecer la identidad social, aunque no se logren efectos empíricos (p. 63).

De su parte, Baratta (1985) presenta críticas internas y externas de la teoría funcionalista de Jakobs, entre las cuales resaltamos como fundamentales, el que “el derecho penal no tiene por función principal o exclusiva la defensa de los bienes jurídicos, sino ante todo la función simbólica de ordenamiento normativo entendido como instrumento de orientación e institucionalización de la confianza mutua” por lo que el derecho penal no sanciona “lesiones de intereses, sino el “desvalor de los actos”(…) la infidelidad al derecho” (p. 13).

Señala Baratta (1985) que Jakobs “se aleja de una ideología utilitarista-humanística de la pena en donde se resalta la función de la resocialización”, que constituyó una respuesta de legitimación de la pena frente a la “crisis presentada por la ideología penitencia-educativa”, dando un “sustento simbólico al delito y a la pena”, para así lograr justificar ésta y proteger al sistema penal, haciendo que se expanda el sistema penal, desconociendo las evidencias sobre los altos costos sociales, los graves efectos que se tienen sobre la sociedad y la confianza en las instituciones penales, sin “afrontar seriamente el problema de la transformación radical del sistema y de la creación de respuestas alternativas para los conflictos de desviación” (p. 17-20).

Santiago Mir Puig (1985) rechaza “ las concepciones de la prevención general positiva que ofrecen una legitimación fundamentadora o ampliatoria de la intervención penal”, toda vez que en un Estado Social y Democrático de Derecho se debe utilizar limitadamente dicha función,

dado que su interés es el de “proteger a la sociedad y para ello debe acudir al derecho penal si es absolutamente necesario”, partiendo de la base que el derecho penal debe aplicarse sólo si es necesario para la protección de bienes jurídicos fundamentales, y con las limitaciones dadas por “los principios de culpabilidad, legalidad, humanidad, proporcionalidad y resocialización”, entre otros (p. 58).

1.6.2 El fin de la pena según Claus Roxin.

Roxin justifica la aplicación del derecho penal, y en especial la pena privativa de la libertad, como la “necesidad para proteger la convivencia social”, examinando “los fines de la pena, la crisis de la idea de resocialización, (y) el concepto de culpabilidad como fundamento y límite de la pena” y un sistema de medidas capaz de “sustituir el derecho penal tradicional por un sistema de control social mucho más sutil” (Luzon. & Muñoz, 1981).

El fin de la pena es primeramente de pura prevención general (cuando se emite la norma prohibitiva), y luego cuando se emite la sentencia se deben tener en cuenta las necesidades preventivas especiales como generales, y por último, en la ejecución de la pena deben tenerse en cuenta, en primer plano, la prevención especial (Roxin, 1997, p. 97).

La imposición de una pena se hace necesaria y sólo se justifica en los casos en donde se “perjudique de manera insoportable la coexistencia, libre y pacífica, de los ciudadanos y no sean adecuadas para impedirlo otras medidas jurídicas y político sociales menos radicales”, puesto que la sola dañosidad no es presupuesto de pena, se requiere, según el principio de proporcionalidad,

que “no sean suficientes otros medios menos radicales para combatir o impedir fenómenos de perturbación social”, por cuanto el derecho penal tiene un carácter subsidiario (Roxin, 1981, p. 30-32), por lo que dentro de un contexto de “*derecho penal mínimo*” o “*última ratio*” la pena privativa de la libertad “únicamente se puede legitimar cuando sea materialmente imposible suprimir una determinada perturbación social mediante medidas menos duras de política social” (Roxin, 1981, p. 134).

Roxin (1981) resume en cuatro tesis la justificación de la pena:

“a) La pena sirve a la reinserción social del delincuente (resocialización) y a la protección de la comunidad (prevención general).

b) La ley no puede superar en su gravedad el grado de culpabilidad del delincuente (función limitadora del principio de culpabilidad).

c) La pena sí puede ser inferior a la que corresponde al grado de culpabilidad. Basta con que se aproxime a dicho grado lo que sea preciso para conseguir la reinserción social del delincuente y la protección de la comunidad.

d) Dentro de lo posible, la pena no debe imponerse en virtud de la protección de la comunidad, en una extensión mayor que la que exija la reinserción del delincuente.”

(p. 48).

Señaló que la imposición de cualquier teoría (retributiva, preventiva especial o preventiva general) era insatisfactoria, indicando que “para una concepción moderna la resocialización debe considerarse como el fin principal de la pena, ya que sirve tanto al delincuente como a la sociedad”; debiendo ser rechazada la retribución, como concepto abstracto basado en justicia ya

que el derecho penal está sustentado en la necesidad social y no en conceptos metafísicos, pero recomienda recurrir al principio de culpabilidad (de la teoría retribucionista) con el objeto de limitar el poder del Estado al momento de cumplir con el fin resocializador (Roxin, 1981, p. 47-48).

Por tanto, se deberá tener en cuenta la motivación del sujeto y la proporción con el daño causado para tasar la pena, pero sobre la base de que “la pena no tiene la misión de compensar la culpabilidad como fin en sí mismo, sino que solamente está justificada si al mismo tiempo resulta de ser un medio necesario para cumplir la misión preventiva y protectora del Derecho penal” (Roxin, 1981, p. 147).

El fin retributivo se mantiene sobre la base de que “la pena no puede desvincularse en cuanto a su contenido ni hacia arriba ni hacia bajo de su determinación como compensación justa de culpabilidad”. En este sentido debe considerarse que este fin es meritorio al “proporcionar un baremo para la magnitud de la pena”, porque “la pena debe ‘corresponder’ a la magnitud de la culpabilidad” por lo que está prohibido “dar un escarmiento mediante una penalización drástica en casos de culpabilidad leve”. Así pues, la retribución justa debe marcar “un límite al poder punitivo del Estado y tiene, en esa medida, una función liberal de salvaguarda de la libertad” (Roxin, 1997, p. 83-84).

La culpabilidad, como instrumento limitador de la pena, conlleva que “la pena no debe ser impuesta nunca sin una legitimación preventiva, pero tampoco puede haber una pena sin culpabilidad o más allá de la medida de ésta (...) [porque] la prevención es limitada a través del principio de culpabilidad” (Roxin, 2007, p. 53).

Es por ello que por prevención general, así el delincuente no la necesite, no se puede renunciar a la pena, por cuanto queda el efecto sobre la comunidad, pero sin embargo, dentro de este contexto, en lo posible: “los efectos preventivos generales deben subordinarse al fin resocializador”, ya que ésta también cumple el fin preventivo general. Sin embargo, “es innecesario agravar [la pena] por razones preventivas generales”, para lograr una resocialización, ya que el “mayor efecto intimidatorio (...) sobre la comunidad no es tanto la gravedad de la pena, como la intensidad de la persecución penal” (Roxin, 1981, p. 47).

Roxin (1981) opina que se puede “aplicar una pena inferior a la correspondiente por la culpabilidad, siempre que el delincuente pueda ser reconducido al camino del Derecho con sanciones menos graves y las razones de intimidación general no exijan la imposición de la pena” (p. 48), toda vez que es la pena privativa de la libertad en general sólo se debería ejecutar en un centro de internamiento cuando no haya “otro medio para proteger a la sociedad y mantener al delincuente apartado de la reincidencia en el futuro” (p. 75). Puesto que sólo deben ser internados en cárceles los “delincuentes que hayan cometido graves delitos y no puedan ser reconducidos a un comportamiento fiel a la ley sin la privación temporal de su libertad”. (p. 83).

Sin embargo, considera Roxin (1997) que por motivos preventivo especiales “la pena no puede ser reducida hasta el punto que la sanción ya no se tome en serio en la comunidad; pues esto quebrantaría la confianza en el ordenamiento jurídico y a través de ello se estimularía la imitación” (p. 97).

La teoría de la prevención especial que sigue el principio de la resocialización cumple muy bien con el cometido del derecho penal, dentro de un marco de un Estado social, por cuanto “se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo

quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo” (Roxin, 1997, p. 87).

En primer lugar, la resocialización es un imperativo constitucional, que no puede ser desobedecido donde sea posible su cumplimiento. Y en segundo lugar hay que tener en cuenta que, en caso de conflicto, una primacía de la prevención general amenaza con frustrar el fin preventivo especial, mientras que por el contrario, la preferencia de la prevención especial no excluye los efectos preventivos generales de la pena, sino que a lo sumo, los debilita de forma difícilmente mensurable; pues bien, una pena atenuada actúa de forma preventivo general (Roxin, 1997, p. 97).

Roxin (2007) finaliza señalando que los objetivos que deben perseguir las instituciones jurídicas deben ser de tipo político-criminal entendidos como “la totalidad de los aspectos valorativos” (constitucionales y legales) “determinantes en la fijación y configuración tanto de los presupuestos de la punibilidad” y de la sanción como “los elementos limitadores de la pena (...) o el principio de culpabilidad” (p. 42). Que “cuando no exista una necesidad de pena”, de prevención especial o general, “la pena carecerá de una justificación penal”, por lo que “no tendría legitimidad social y no deberá ser impuesta” (p. 44).

En este orden de ideas, en este capítulo se ha estudiado la evolución que ha tenido el fin de la pena, en donde se ha buscado superar que ésta cumpla tan sólo con un fin retributivo, sino que además busque fines de prevención (general y especial), resocialización, y protección de la comunidad y del condenado.

Se resaltaron las consecuencias negativas de la teoría de la retribución consistente en que la pena resultaría exigible aun cuando no se haga necesaria para garantizar la paz social, o aun

cuando conlleve efectos socialmente dañosos. Igualmente se señaló que la ejecución de la pena no comporta una utilidad ni sirve para que el condenado no vuelva a delinquir, sino que por el contrario se promueve la reincidencia, estando por tanto esta teoría en contradicción con la función social de la pena (Roxin et al., 1989).

Se estudió el avance logrado con el fin de prevención de la pena consistente en que ésta es necesaria para evitar la comisión de delitos (Velásquez, 2010), y en donde el “daño social” se convierte en presupuesto de la pena (Roxin, 1981), debiendo ser ésta justa y necesaria (Beccaria 2012), dándole importancia al comportamiento futuro del condenado (finalidad correccionalista) y secundariamente, al de la colectividad (finalidad de intimidación general), mediante la aplicación del régimen penitenciario (Sandoval, 1998), procediéndose luego a legitimar la sanción penal con el fin resocializador o de reinserción social, consistente en devolver al delincuente a la sociedad y para evitar su reincidencia, cumpliendo la pena una misión social (Roxin et al., 1989).

Se resaltó que para la teoría de la prevención especial la pena es coacción para que el delincuente se acomode a la sociedad, intimidándolo y mejorándolo, así como inocuizándolo, al sacarlo de la sociedad mediante el internamiento, utilizando regímenes penitenciarios progresivos (Roxin, 1981), y es por ello que la prevención especial se entiende en sentido negativo o *inocuización*, eliminando o neutralizando al reo; y en sentido positivo o de la *corrección*, corrigiendo o resocializando al reo (Velásquez, 2010).

Esta teoría de la resocialización ha sido criticada al señalarle que hay casos en donde no se requiere la resocialización del reo o no es posible su corrección, por lo que el régimen penitenciario no se debería aplicar con la finalidad exclusiva de alcanzar la reforma del recluso

sino además la de reincorporación a la vida social. Criticando además que no existen demostraciones científicas de que el tratamiento penitenciario funcione, ya que es una institución que aísla y no que promueve la reinserción social, y menos cuando se tiene establecido que el origen de la criminalidad está dado por factores sociales (Sandoval, 1998). Aunado a que se trataría de una violación a la dignidad humana, por cuanto se forzaría a personas adultas a ser tratados y educados (Roxin, 1997)

Como contraposición a la anterior teoría se intentó legitimar la aplicación de la pena atribuyéndole a ésta funciones tales como la intimidación general y la protección, buscando la primera impedir, mediante el ejemplo intimidador, que otros llegaren a cometer delitos (prevención general) y la protección social que busca que el sentenciado no continúe realizando conductas dañinas para lo cual se separa al delincuente de la comunidad, ya sea de forma definitiva o temporal (Sandoval, 1998).

Con la teoría de intimidación general se busca obtener la paz de la comunidad, la cual debe ser garantizada por el Derecho penal, en donde en los casos en que no exista el peligro de que por parte del condenado se cometan más delitos, igualmente se debe imponer una pena a fin de no estimular a otras personas a cometerlos (Roxin et al., 1989).

Se anotó cómo esta corriente de prevención general se bifurcó al dar una mayor importancia al fin de Prevención general negativa o de la intimidación, consistente en que la pena tiene como fin el de disuadir a los ciudadanos mediante su amenaza o su utilización y por ende la pena no persigue el fin de retribuir la culpabilidad del delincuente ni evitar que el condenado cometa más delitos, sino de motivar a los ciudadanos a un comportamiento conforme al Derecho (Roxin et al., 1989).

O los que dieron mayor importancia al fin de prevención general positiva o de la integración que consiste en que los ciudadanos consideren justas las normas que imponen penas y que se sientan motivados a respetarlas, o de que independientemente de que las acepten y respeten, la pena sirva como un acto de control social y de reafirmación y fidelidad al ordenamiento jurídico (Pérez, 2011).

Esta teoría de la prevención general ha sido criticada por no ser demostrables empíricamente los efectos de la pena, y por el contrario al no tener limitación de penas para lograr la intimidación general, lo cual genera un terror estatal (Hassemer & Muñoz, 1989), atentando contra la dignidad humana al instrumentalizar al reo en favor de los fines del Estado (Roxin et al., 1989) y generando por el contrario mayor reincidencia (Roxin, 1997).

Igualmente la prevención general positiva tiene críticas tales como utilizar conceptos como “fidelidad al derecho” o “ejercicio en el reconocimiento de la norma” que deben ser rechazados por generar confusión entre derecho y moral, aunado a que reclama penas simbólicas no aceptadas para un estado Social y democrático de Derecho (Velásquez, 2010).

Observamos como ante la crisis de la teoría de la resocialización, cuestionada por los altos índices de reincidencia, se generan nuevas corrientes criminológicas como el derecho penal alternativo, que examina el delito desde su proceso de criminalización, estableciendo la población sobre la cual se ejerce el sistema penal, determinada por el poder, aspirando a la sustitución parcial o total del sistema penal por medio de medidas de despenalización y contracción máxima del sistema penal, para evitar la criminalización selectiva, así como la sustitución de las sanciones penales (Baratta, 2004).

Igualmente se generaron perspectivas menos radicales como el reduccionismo penal o del derecho penal mínimo, que le atribuyen al derecho penal un carácter accesorio, *ultima o extrema ratio* y mínima intervención, dentro del marco de los principios constitucionales desarrollados por el Estado Social y Democrático de Derecho, de tratados internacionales de derechos humanos y desde una perspectiva garantista y de defensa del más débil (el imputado y condenado) proponiendo la *despenalización* de delitos (sólo para delitos graves) y la *desprisonalización* (concesión de beneficios o penas no segregativas) (Ferrajoli, 1999, 2000).

Dentro de las perspectivas extremas está el abolicionismo que buscaba la supresión o sustitución de las cárceles y la abolición de los subrogados penales, aplicando un castigo sólo para los comportamientos más graves (Hulsman, 1984).

Es así como se ha llegado al debate actual del fin de la pena centrado en los fines que se le atribuyen por parte de la teoría de la prevención general positiva o de la prevención por integración, en donde unas doctrinas se caracterizan por otorgar a la prevención general un carácter *fundamentador*, en donde se amplía la intervención penal, para mantener la fidelidad al derecho, y garantizar la función *orientadora* de la ley, siendo su representante Jakobs (Mir, 1986).

En otra vía tenemos las doctrinas que se centran en defender la prevención general positiva con efectos más limitadores de la acción penal, estando dentro de ellos Roxin, el cual la entiende como el mantenimiento del orden jurídico y de la afirmación del derecho aplicando criterios de política criminal y límites como el principio de la culpabilidad. (Mir, 1986).

De manera que para Jakobs lo importante es la prevención positiva como el ejercicio de

reconocer y ser fieles a la norma, ya que el delito atenta a la estabilidad social, al constituirse en una *expresión simbólica* de falta de fidelidad a la ley, y en consecuencia la pena se convierte en otra *expresión simbólica* opuesta al delito que restablece la confianza y consolida la fidelidad al ordenamiento jurídico (Baratta, 1985), por lo que para Jakobs ni la intimidación ni la reeducación del delincuente son funciones principales de la pena, aun cuando se puedan producir, porque lo que importa es la fidelidad a los valores dados por el ordenamiento jurídico, así como tampoco es importante el evitar lesiones de bienes jurídicos, ni tener en cuenta la culpabilidad como medida para establecer cuánto se merece de pena el delincuente, ya que ella depende de lo que se necesite para *mantener la confianza y reafirmar la vigencia de la norma* (Jakobs, 1995).

Es por ello que Jakobs ha recibido críticas al señalarle que al no ser la culpabilidad un criterio de tasación de pena, ya que ésta, como criterio simbólico, depende de la necesidad de *mantener la confianza en la norma*, ello conduce a la tasación arbitraria de la pena por parte de las instancias políticas y a instrumentalizar al individuo en pos de los intereses sociales (Roxin, 2007), al aplicarse penas aun cuando no se requiera la protección de los bienes jurídicos, ni por prevención general ni por la especial, haciendo desaparecer el criterio de culpabilidad para imponer la pena, ya que el delito se define únicamente en función del mantenimiento de la norma (Mir, 1986).

En contraposición a este pensamiento y superando las críticas hechas a esta posición tenemos que Roxin ha planteado que la pena se hace necesaria y sólo se justifica en los casos en donde se perturba de manera insostenible la coexistencia y no existan otras medidas (jurídicas y político sociales) menos duras que la solución, ya que el derecho penal tiene un carácter subsidiario y debe desarrollarse en un contexto de “*derecho penal mínimo*” o “*última ratio*” (Roxin, 1981).

Recalcó Roxin que la pena primero tiene como fin la prevención general cuando se emite la norma de prohibición, y que cuando se emite la sentencia tiene como fin las necesidades preventivas especiales y generales, y en la ejecución de la pena tiene por fin la prevención especial, entendida como reinserción de delincuente, limitada por el principio de culpabilidad al momento de cumplir con el fin resocializador, siendo éste el más importante de todos los fines, pudiendo ser la pena incluso menor al grado de culpabilidad, ya que depende de lo que necesite el delincuente para lograr su reinserción social, no debiendo tener mayor valor la protección de la comunidad para imponer la pena, sino la motivación del sujeto y la proporción con el daño causado, pero sin que pueda dejar de imponerse una pena, así el delincuente no la necesite, por cuanto se debe dar cumplimiento al fin de prevención general (Roxin, 1981,1997).

Aclaró Roxin que es innecesario agravar la pena por razones preventivas generales, para lograr una resocialización, ya que no se logra un mayor efecto intimidatorio con la gravedad de la pena sino con su efectividad en la persecución penal, pudiendo incluso aplicar una pena inferior a su grado de culpabilidad, siempre que el delincuente pueda ser resocializado con sanciones menos graves y no se requiera hacer una intimidación general (Roxin, 1981).

Para Roxin (1997) la teoría de la prevención especial que sigue el principio de la resocialización cumple muy bien con el fin del derecho penal, dentro de un marco de un Estado social, por cuanto protege a la sociedad y ayuda al delincuente aplicándole penas reducidas y reintegrándolo a la vida social, por lo que al cumplirse el fin preventivo especial se cumple en consecuencia el fin preventivo general.

Y que en caso de que no exista una necesidad de pena, de prevención especial o general, la pena carece de justificación penal, por lo que no tendría legitimidad social y por ende no debería

ser impuesta (Roxin, 2007).

Así pues, teniendo en cuenta este desarrollo que han tenido los fines de la pena procederemos a analizar cómo se han plasmado éstos en nuestra legislación penal.

Capítulo Segundo

2. EL FIN DE LA PENA EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

2.1 CONCEPTO DE PENA

“La pena configura la sanción legal, la expresión del poder punitivo del Estado por la realización de un acto considerado típicamente como delito” (C-181, 2016, p. 26).

La pena como herramienta de control social del Estado busca “asegurar la protección eficaz de los intereses tutelados por la ley (...) [cuando] el comportamiento prohibido perjudica de manera insoportable la coexistencia libre y pacífica de los ciudadanos y no resultan adecuadas para impedirlo otras medidas jurídico criminales menos radicales”. Por ello la pena “se justifica por su *necesidad* para el mantenimiento de la convivencia social” (Velásquez, 2010, p. 152).

2.2 NORMATIVIDAD INTERNACIONAL SOBRE EL FIN DE LA PENA

La normatividad internacional que ha regulado el fin que debe cumplir la pena y los establecimientos carcelarios, la cual debe ser acatada por el Estado Colombiano, se encuentra plasmada en la Declaración Universal De Derechos Humanos, en sus artículos 5º y 9º; la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, artículo 4º, 5º, 7º; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7º, 9º, 10º; y las Reglas

Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

Esta normatividad dispone que no se debe someter a *penas crueles, inhumanas o degradantes*, debiendo ser respetados en todo momento la dignidad humana, y sin que la pena pueda trascender el ámbito del condenado. En cuanto a la pena privativa de la libertad prescriben que tendrá como finalidad esencial la *reforma y la readaptación social de los condenados*, en donde el tratamiento de éstos sea el que vivan conforme a la ley, que se mantengan con el producto de su trabajo, por lo que dicho tratamiento deberá fomentarles el respeto de sí mismos, el ser responsables, en donde el régimen penitenciario debe emplear, según cada individuo, todos los medios que posea para lograrlo.

2.3 EL FIN QUE DEBE CUMPLIR LA PENA EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO COMO COLOMBIA

Nuestra Constitución Política Colombiana de 1991 se expidió:

“[C]on el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes, entre otros bienes jurídicos, la convivencia, la justicia, la igualdad, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo” (preámbulo de la Constitución).

Colombia se organiza en un Estado Social de Derecho, “fundada en el respeto de la dignidad humana” (artículo 1 de la C.P.), en donde como fin esencial debe “garantizar la

efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”, siendo las autoridades de la República las llamadas a proteger dichos “derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (artículo 2 de la C.P.).

Por tanto, y siguiendo los lineamientos del artículo 1º de la Constitución, la Corte Constitucional (C-565, 1993) ha indicado que el fin que debe cumplir la pena es de carácter político, regulando la vida social, asegurando su funcionamiento y garantizando la convivencia pacífica mediante la protección de bienes jurídicos fundamentales de los ciudadanos, ante comportamientos dañinos graves, debiendo el Estado buscar que la pena cumpla un fin de prevención de comisión de nuevos delitos (en el momento de descripción legislativa) y de represión o retribución (en el momento de su aplicación) de delitos que atenten contra dichos bienes (p. 26).

Santiago Mir Puig (1982) ha señalado que en un modelo de Estado social y democrático de Derecho “la pena ha de cumplir (y *solo* está legitimado para cumplir) una misión política de *regulación activa* de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos”, por lo que la pena tiene “la *función de prevención* de los hechos que atenten a estos bienes, y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta, sin *retribución*, la infracción del orden jurídico”. Así pues, “para que el Estado social no se convierta en autoritario, sino que sea democrático y de Derecho, deberá respetar una serie de límites que garanticen que la prevención se ejercerá en beneficio y bajo control de todos los ciudadanos” (p. 40).

2.3.1 El fin de la pena como última ratio.

El derecho penal en un Estado democrático se justifica solo si es la *última ratio*, por lo que para que las penas sean legítimas deben ser justas y ello se logra si se cumplen los siguientes requisitos (Martínez, 2002, p. 60):

a) *proporcionalidad*, esto es, las penas deben ser adecuadas al daño social causado con la conducta delictiva;

b) *necesariedad*, significa que las penas deben servir para la convivencia armónica y pacífica de los asociados, en cuanto su existencia realmente evite la comisión de delitos (prevención general) y permita la reincorporación del autor del delito a la sociedad, siendo partícipe del desarrollo económico, político, social y cultural (prevención especial), en las mismas condiciones de los “no delincuentes, y

c) *Utilidad*, o sea que sea “socialmente necesaria” y no retaliatoria.

La Corte Constitucional (C-647, 2001) señaló que la pena debe ser aplicada como último recurso, “*pues el derecho penal en un Estado democrático sólo tiene justificación como la última ratio que se ponga en actividad para garantizar la pacífica convivencia de los asociados, previa evaluación de su gravedad*”; debiendo ser la pena “*necesariamente justa, lo que indica que, en ningún caso puede el Estado imponer penas desproporcionadas, innecesarias o inútiles*” por

cuanto debe el Estado *“asegurar la “convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”; proporcional, es decir, “que haya una adecuación entre la conducta delictiva y el daño social causado con ella, habidas las circunstancias que la agraven o la atenúe”; y útil, que “supone la necesidad social de la misma”(p. 16-17).*

Igualmente, la Corte Constitucional (C-312, 2002) ha señalado que la creación y desarrollo de la política criminal no sólo es función del ejecutivo o legislativo, sino que es el poder judicial, al sancionar los delitos y al ejecutar la pena, quienes también tienen la obligación de dar aplicación a la política criminal del Estado, y con ella, la preservación de los principios constitucionales o legales que la normatividad señala, dentro de los cuales se encuentra el principio de necesidad, que está delimitado por el principio de *ultima ratio*, y en donde la necesidad de la pena deba ser definida por su utilidad, porque de lo contrario *“sería suficiente con acudir a otros tipos de instrumentos jurídicos e incluso de sanciones no tan drásticas como la pena”* (p. 8).

Es por ello que Martínez (2002) indica que la utilidad de la pena es también un juicio que tiene como elementos:

a) ante todo debe haberse realizado un injusto: hay entonces necesidad de pena como retribución, si ha habido un acto lesivo de bienes;

b) hay necesidad de pena solo si los objetivos sancionatorios no pueden alcanzarse sin ella; si no se alcanzan con otros no necesariamente sancionatorios, y

- c) la pena es necesaria sólo si ella garantiza el derecho de resocialización. (p. 56)

2.4 PRINCIPIOS QUE RIGEN LA APLICACIÓN DE LA PENA EN COLOMBIA.

La Ley 599 de 2000 dentro del Título I, Capítulo I, de Normas Rectoras señala en su artículo 3º los de las Sanciones Penales indicando que “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”.

Para Alexy (2003) los principios, como expresión de un “derecho racional de la modernidad” se constituyen en “*mandatos de optimización*” porque “ordenan que algo se realice en la mayor medida de lo posible”, de acuerdo con las “posibilidades fácticas y jurídicas”, y “pueden ser cumplidos en diversos grados” (p. 93). La teoría de los principios implica el principio de la proporcionalidad, entendido en sus “tres subprincipios: de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto”. La relación con las “posibilidades fácticas” conduce a los subprincipios de *idoneidad* y *necesidad*, mientras que el principio de *proporcionalidad* en sentido estricto se origina de un “*mandato de optimización*” relacionado con las “posibilidades jurídicas” de los principios que juegan en contra, y para lo cual se requiere la aplicación por parte del operador jurídico de la ley de la ponderación, que consiste en que “cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del

cumplimiento del otro” (p. 137).

2.4.1 Principio de necesidad.

En un Estado Social de Derecho basado en el respeto a la dignidad de la persona humana, y en el principio de intervención penal mínima, el principio de *necesidad* se entiende como “la tutela de aquellos derechos, libertades y deberes que sean imprescindibles para el mantenimiento y conservación del orden jurídico, frente a aquellos ataques que se realizan contra éste, considerados como los más intolerables”, por lo que “la sanción penal imponible sólo puede ser la suficiente para cumplir con la política criminal que el Legislador ha diseñado (*nulla poena sine necessitate*)”, es decir, una que cause el menor daño posible para la persona sancionada, por lo que al señalarse que “la pena debe ser necesaria se parte del presupuesto que la pena debe ser merecida, porque la “necesidad de pena” se da en cuanto es “merecedor de pena” y viceversa” (Velásquez, 2010, p. 660).

La Corte Constitucional (C-806, 2002) respecto del principio de *necesidad* de la pena ha señalado que ésta debe servir para “*la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados*” no sólo por “*su poder disuasivo e intimidatorio*” que evita o disminuye “*la comisión de conductas delictuales*”, sino además para que se “*reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica*” y se logre “*la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad*” (p. 15).

2.4.2 Principio de razonabilidad.

Este principio ha sido llamado por la Corte Constitucional como *de idoneidad o de adecuación al fin*, el cual mediante el *test de razonabilidad*, el juez fundamenta que “la aplicación de la pena materializa o garantiza la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, como finalidad suprema de nuestro Estado” (Martínez, 2002, p. 90).

Debe tenerse en cuenta que si se obtiene una pena adecuada a los fines perseguidos, se logra obtener un restablecimiento de los bienes jurídicos afectados por medio de la “respuesta equitativa y justa” del Estado. Es por ello que el juicio de ponderación debe hacerse “a partir de la finalidad esencial de la seguridad jurídica”, protegiendo sólo “los más preciados bienes jurídicos”, en donde la determinación de la pena por parte del funcionario judicial sea “altamente controlable, predecible y debatible” (Velásquez, 2010, p. 659).

Por tanto, ha dicho la Corte (C-530, 1993) que el principio de razonabilidad hace relación a la prudencia, justicia o equidad, es decir, “*cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad*” (p. 67) .

Ha precisado la Corte Constitucional (C-022, 1996) que el concepto de razonabilidad se “*concreta en otro más específico, el de proporcionalidad*”, ya que por medio de éste se ponderan principios constitucionales que “*entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro*” por lo que el juez debe justificar objetiva

y razonablemente si la reducción de un derecho es proporcionada, según el principio afectado para cada caso (p. 9).

2.4.3 Principio de proporcionalidad.

El principio de *proporcionalidad*, es derivación del principio de igualdad, entendido como la prohibición de exceso, es decir, que debe haber una relación ponderada entre la pena y “la antijuridicidad-culpabilidad de la conducta (lesividad y consciencia de esta, etc.) y los derechos constitucionales de la persona sacrificados con la pena a imponer” (Martínez, 2002, p. 90).

El principio de proporcionalidad logra que las sanciones más graves se apliquen a los delitos más graves y las leves para los delitos menores. Es por ello que “la cuantificación penal debe basarse en dos pilares: *la gravedad del injusto cometido (principio de lesividad)* y *el grado de culpabilidad (principio de culpabilidad)*” (Velásquez, 2010, p. 658).

Así, se vulnera este principio cuando se imponen penas “draconianas y ejemplarizantes”, perjudicando “el principio de prohibición de exceso como límite del poder punitivo del Estado”, el cual se encuentra sustentado en el “concepto retributivo de la pena”, ya que se vulneraría la prohibición constitucional de imponer penas inhumanas, crueles o degradantes (Velásquez, 2010, p. 659).

La Corte (C-022, 1996) ha señalado que el concepto de proporcionalidad está constituido por

tres conceptos:

(L)a adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes (p. 10).

La proporcionalidad en sentido estricto, ha dicho la Corte (C-022, 1996) *“busca que la medida no sólo tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.”*(p. 10).

En consecuencia, estos principios constitucionales y el principio de la *efectividad de los derechos*, imponen realizar este tipo de razonamiento, ya que la Constitución ordena que las decisiones judiciales tengan un carácter justo, en las cuales los valores y principios esenciales se apliquen, por lo que es necesario concluir que los principios que contienen valores fundamentales, proporcionan a los funcionarios judiciales los criterios para realizar su valoración y su real aplicación.

2.5 INSTITUCIONES QUE DESARROLLAN EL PRINCIPIO DE NECESIDAD BAJO EL MARCO DE LA PREVENCIÓN

El artículo 3º del C.P. señala que “el principio de necesidad debe entenderse en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan”.

En desarrollo de este principio el Legislador ha establecido, de manera clara y precisa, que ciertas conductas, por aplicación de criterios de política criminal, deben ser analizadas por el operador jurídico desde el principio de necesidad de la pena, a fin de prescindir de la aplicación de pena, tal y como sucede con el artículo 34 del C.P., que señala que para los “delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta alcanzan exclusivamente al autor o a sus parientes cercanos se puede prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulta necesaria”.

Así mismo, el artículo 61 del C.P. indica los “fundamentos para la individualización de la pena” a fin de establecer los cuartos punitivos, y una vez se determine ello, la pena deberá imponerla ponderando los criterios de “mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto”.

El Legislador aplicando su política criminal ha decidido que no hay necesidad de pena, por aplicación de causales de atenuación punitiva, así como por aplicación de las causales de disminución punitiva (artículo 55 del C.P.), o cuando la conducta punible se realice “bajo influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas” (artículo 56 del C.P.) (Martínez, 2002, p. 59).

E incluso, el Legislador ha autorizado al juez, siguiendo una visión de la criminología crítica,

a utilizar la figura de la *descriminalización* de comportamientos delictivos, excluyendo de responsabilidad por no *necesidad de pena*, en casos como el delito de “abandono de menores y personas desvalidas” “cuando el agente o la madre recoja voluntariamente al abandonado antes de ser auxiliado por otra persona” (artículo 129); en el delito de injuria y calumnia no será responsable de esta conducta quien probare la veracidad de las imputaciones (artículo 224) o cuando haya retractación voluntaria (artículo 225); en el delito de fuga de presos habrá eximente de responsabilidad “cuando el interno se presente voluntariamente dentro de los tres días siguientes a la evasión” (artículo 452) (Martínez, 2002, p. 59).

Igualmente, ello se observa en el artículo 124 del C.P. que establecía un atenuante punitiva cuando el aborto era “el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal violento o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas”; o como cuando señalaba en su párrafo que en caso de realizarse “el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podía prescindir de la pena cuando ella no resultara necesaria en el caso concreto” (Martínez, 2002, p. 59).

Frente a este artículo debe advertirse que la Corte Constitucional (C-355, 2006) consideró que en lugar de la atenuación de la pena, lo que debía declararse era “la inexistencia del delito de aborto en las precisas y excepcionales circunstancias anotadas”, razón por la cual la disposición acusada debía retirarse del ordenamiento (p. 298).

Así, la Corte Constitucional (C-355, 2006) declaró la inexecutable del artículo 124 del C.P., que señala las circunstancias de atenuación punitiva del aborto, ello es, despenalizó la conducta de aborto, por no necesidad de pena, cuando con la voluntad de la mujer la interrupción del embarazo se produce en los siguientes casos:

(i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto (p. 301).

En esta misma sentencia (C-355, 2006) la Corte Constitucional despenalizó la conducta de aborto cometida por menores de catorce años, al considerar que el artículo 123 del C.P. despojaba “de relevancia jurídica el consentimiento del menor”, conllevando ello una inconstitucionalidad porque se anulaba “totalmente el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía y la dignidad de los menores”, razón por la cual descartó que se tuvieran en cuenta “criterios de carácter meramente objetivo, como la edad” como los únicos para lograr “establecer el alcance del consentimiento libremente formulado por los menores para autorizar tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo”, toda vez que de lo contrario se anularían “los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la dignidad de la menor embarazada”, y adicionalmente, dicha norma no resultaba “adecuada para conseguir los fines que se pretendía”, por resultar desproporcionada, y por lo tanto inconstitucional, razón por la cual el aborto realizado “en mujer menor de catorce años” fue declarado inexecutable, permitiendo que las menores de catorce años puedan dar su consentimiento para la práctica del aborto en los casos excepcionales en donde la Corte señaló que no se incurre en delito (p. 298).

2.6 FUNCIONES QUE DEBE CUMPLIR LA PENA EN COLOMBIA

El Código Penal en su artículo 4º describe las “Funciones de la Pena” señalando que ésta “cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”.

2.6.1 La función de retribución justa.

La Corte Constitucional (C-144, 1997) señaló que “si bien se conserva la idea retributiva, como criterio orientador de la imposición judicial de sanciones, pues debe haber una cierta proporcionalidad entre la pena, el delito y el grado de culpabilidad”, es claro que bajo una concepción humanista se “abandona el retribucionismo como fundamento esencial de la pena, pues no es tarea del orden jurídico impartir una justicia absoluta, más propia de dioses que de seres humanos” (p. 17).

2.6.2 La función resocializadora.

La Corte Constitucional (C-144, 1997) señaló que la función resocializadora adquiere relevancia al estar fundada en los principios de *dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad*, por lo que “la ejecución de las penas debe tener una función de prevención especial positiva” con lo que se pretende “buscar ante todo la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad” por lo que “[e]l objeto del derecho penal (...) no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo” (p. 18).

La función de reeducación y reinserción social del condenado, debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad, y como prohibición de entorpecer este desarrollo (C-144, 1997, p. 18).

Sin embargo, ha dicho la Corte (C-806, 2002) que para “dar aplicación en concreto a una de las funciones declaradas de la pena como es la resocialización del sentenciado” se deben otorgar los subrogados penales, los cuales “sin dejar de ser eficaces”, conllevan “una menor aflicción” en los casos en que “un condenado, bajo determinadas condiciones y circunstancias, no necesita de la privación física de la libertad para readaptarse a la sociedad” (p. 17).

Indicó la Corte (C-806, 2002) que las finalidades de la pena, se deben cumplir “no solo en el momento judicial de su determinación, impidiendo su imposición o cumplimiento cuando no resulte necesaria para la protección de la sociedad o contraindicada para la resocialización del condenado, sino también en el momento de su ejecución” (p. 15).

2.6.3 La función preventiva.

La Corte Constitucional (C-806, 2002) señaló que el derecho penal debe desarrollar una función de *prevención general* y otra de carácter *especial*, dentro de un marco de garantías para el ciudadano. La prevención general no solo debe ser vista como amenaza (prevención general negativa) sino también como agente estabilizador (prevención general positiva) “en cuanto la pena se presente como socialmente necesaria para mantener las estructuras fundamentales de una sociedad” (p. 14).

El postulado de la prevención, encuentra cabal desarrollo en el mismo estatuto penal cuando señala los criterios que debe tener el juez para aplicar la pena, como son la gravedad y modalidad del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente. (C-806, 2002, p. 16)

En cuanto a la función *preventiva especial* de la pena la Corte (C-806, 2002) ha dejado anotado que aquella se ve desarrollada en la aplicación de los mecanismos sustitutivos, los cuales deben estar “*orientados hacia la efectiva resocialización de quienes hayan cometido hechos punibles, favorezcan el desestímulo de la criminalidad y la reinserción de sus artífices a la vida en sociedad*” (p. 16).

2.6.4 La función de Protección

La Corte Constitucional (T-286, 2011) sobre el derecho a la protección del condenado ha acentuado las “obligaciones de la administración”, al imponer un “deber positivo de asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales que no permiten limitación, en razón a la especial situación de indefensión en la que se encuentran los reclusos”, como por ejemplo el derecho al trabajo, que ayuda a la resocialización y fomenta valores a la sociedad:

[L]os sujetos sometidos a una relación de sujeción especial con el Estado podrán hacer valer sus derechos en pro de obtener las oportunidades necesarias y los medios precisos para el desarrollo de su personalidad humana, con el fin de que se les garantice una vía para la resocialización (p. 13).

2.7 LOS SUBROGADOS PENALES COMO DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LA PENA

Siguiendo el desarrollo del principio de necesidad de la pena el Legislador ha establecido los Mecanismos Sustitutivos de la Pena Privativa de la Libertad en donde el funcionario judicial debe realizar una valoración sobre la necesidad de aplicación de la pena, tal y como se observa en los siguientes artículos:

El artículo 63, modificado por la Ley 1709 de 2014, plantea el beneficio de la “suspensión de la ejecución de la pena”, señalando que:

La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos: 1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años. 2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2o del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo. 3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

Y el artículo 64 del C.P. (modificado por la Ley 1709 de 2014) señala que:

[E]l juez, previa valoración de la conducta punible, concederá la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad cuando la persona haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la pena; su adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permite suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena, y que se demuestre arraigo familiar y social (...).

La Corte Suprema de Justicia (25813, 2007) señaló que la concesión del subrogado implica

no sólo tener en cuenta “*la gravedad del delito, o las circunstancias en las cuales éste se cometió, sino también y con mayor énfasis, la buena conducta anterior del procesado, (y) las actitudes posteriores al hecho delictivo (...) como elementos expresivos de una personalidad positiva del acusado*” (p. 19).

La Corte Constitucional (C-757, 2014) ha indicado que el juez de ejecución de penas “no cumple un mero papel de verificador matemático de las condiciones necesarias para conceder el beneficio de la libertad condicional” sino que además de valorar la conducta punible, “debe estudiar el comportamiento del condenado dentro del penal”, y considerar todos los “elementos posteriores a la imposición de la condena”, tales como “confesiones; aceptación de los cargos; reparación del daño; contribución con la justicia; dedicación a la enseñanza, trabajo o estudio; trabas a la investigación; indolencia ante el perjuicio; intentos de fuga; ocio injustificado; comisión de otros delitos, etc” a fin de que con todas estas circunstancias, y no sólo con la valoración de la conducta punible, el juez adopte su decisión (p. 25).

Sin embargo, aclaró (C-194, 2005) que “el juez de ejecución de penas no puede valorar de manera diferente la conducta punible, ni puede tampoco salirse del quantum punitivo determinado por el juez penal”, resaltando la necesidad de motivar razonablemente dicha decisión al momento de estudiar el “cumplimiento de los requisitos objetivos” para otorgar la libertad condicional, a fin de ser objeto de impugnaciones (p. 21-22).

La Corte Constitucional (C-806, 200) se pronunció sobre la figura de los subrogados penales señalando que el Legislador consideró que existían casos en donde no era necesaria la ejecución de la pena para conseguir la resocialización del condenado (suspensión condicional de la

ejecución de la pena) o que cumplido un período de pena y se observara una readaptación del condenado, el juez debería analizar si se hacía necesario continuar con la ejecución de la sanción (libertad condicional) (p. 19).

Recalca la Corte (C-806, 2002) que el Legislador le ha dado a la libertad condicional un doble significado *“tanto moral como social”* al reconocerle su buena conducta mostrando con ello, su readaptación y resocialización, sin tener en cuenta sus antecedentes penales, y al motivar a los demás presos a seguir este ejemplo (p. 19).

Es por ello que colige que *“una vez demostrados los requisitos correspondientes, al condenado le asiste un verdadero derecho al subrogado penal, y su otorgamiento, por tanto, no podrá considerarse como una gracia o favor que dependa del simple arbitrio del juez”* (C-806, 2002, p. 19).

Ahora bien, el Legislador en ejercicio de la aplicación de su política criminal ha excluido de los beneficios y subrogados penales algunas conductas punibles por su gravedad y la necesidad de ser reprimidos con penas altas, dado los bienes jurídicos afectados, y es por ello que como límites a este beneficio vemos que el artículo 68A del C.P. establece la “Exclusión de los beneficios y subrogados penales” como “la suspensión condicional de la ejecución de la pena, prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión” ni beneficios “judicial[es] o administrativos” cuando la persona haya sido condenada por delitos que el Legislador ha considerado de alta gravedad, entre los que se encuentran los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual.

Pese a lo anterior, debemos anotar que este mismo artículo 68A, en su Parágrafo 1º dispone que esta excepción “no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38 G del C.P.”, el cual fue adicionado por la Ley 1709 de 2014, ordenando que:

La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurren los presupuestos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo 38 B del C.P [arraigo y caución] (...), excepto en aquellos eventos en que (...) fue sentenciado (...) por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, entre otros.

La Corte Constitucional (C-073, 2010) ha señalado que lo que se busca al eliminar estos beneficios penales, es que la pena sea cumplida en su totalidad por la gravedad y el alto grado de criminalidad de los hechos delictivos cometidos, castigando así de forma ejemplarizante y proporcionada, ya que no puede “*contrariarse el sentido de la pena, que comporta la repuesta del Estado a la alarma colectiva generada por el delito*”, y menos aún “*el valor de la justicia que consiste en darle a cada quien lo suyo de acuerdo a una igualdad proporcional y según sus propias ejecutorias*” (p. 26).

2.8 FUNCIONES Y FINALIDADES DE LA PENA EN EL RÉGIMEN PENITENCIARIO Y CARCELARIO

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporado a nuestro ordenamiento interno mediante la ley 74 de 1968, en su artículo 10.3 establece que: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados”.

En el mismo sentido, el artículo 10 de la Ley 63 de 1995 dispone que la finalidad del tratamiento penitenciario consiste en “Alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad (...)”.

Siguiendo la misma línea del Código Penal, el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993, modificado por la Ley 1709 de 2014) en sus artículos 9 y 10 describe las funciones de la pena y la finalidad del tratamiento penitenciario, resaltando que la principal es la resocialización, “mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario”.

Y en sus artículos 142 y 143 señala que el objetivo del tratamiento penitenciario es “preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad” y debe hacerse “conforme a la dignidad humana y a las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto” el cual debe ser “verificado a través de la educación, la instrucción, el trabajo, la actividad cultural, recreativa y deportiva y las relaciones de familia, siendo aquel progresivo y programado e individualizado hasta donde sea posible”.

La Corte Constitucional (C-430, 1996) señaló que el régimen penitenciario al tener como

finalidad esencial la adaptación social del penado “ha adoptado un modelo de tratamiento penitenciario progresivo (Título XIII Código Penitenciario y Carcelario), del cual hacen parte los beneficios administrativos (permisos hasta de 72 horas, libertad y franquicia preparatoria, trabajo extramuros y penitenciaría abierta), y los subrogados penales” (p. 18).

De manera que la determinación de las condiciones de ejecución de la pena es una función de los jueces de ejecución de penas, en donde se deben garantizar los principios de necesidad, utilidad y proporcionalidad durante el período de su ejecución, comoquiera que corresponde a los jueces resolver “de manera definitiva situaciones de carácter particular y concreto en las que se afectan derechos fundamentales” (C-312, 2002, p. 8).

En consecuencia, la Corte Constitucional (C-312, 2002) ha señalado que los *beneficios administrativos*, como mecanismos de política criminal que “suponen una disminución de las cargas” de los condenados, es una función exclusiva de los jueces de ejecución de penas, que permite modificar “las condiciones de cumplimiento de la condena y la reducción del tiempo de privación efectiva de la libertad”, como efectividad de los principios constitucionales que regulan la aplicación de la pena, y en especial el principio de necesidad, razón por la que los jueces de ejecución de penas podrían otorgar diferentes beneficios a los condenados en caso de no se haga necesaria la aplicación de la pena, por no cumplirse el fin de la necesidad de la pena (p. 10).

En este orden de ideas vemos que en este capítulo se ha mostrado que Colombia al constituirse como Estado Social de Derecho tiene por fin esencial garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como la convivencia pacífica y

la vigencia de un orden justo, en donde el fin que debe cumplir la pena es la de proteger bienes jurídicos fundamentales de los ciudadanos ante comportamientos dañinos graves, debiendo el Estado buscar que la pena cumpla un fin de prevención de comisión de nuevos delitos (en el momento de descripción legislativa) y de represión o retribución (en el momento de su aplicación) de delitos que atenten contra dichos bienes (C-565, 1993).

En un Estado democrático la pena se justifica solo si es la última ratio, por lo que para que las penas sean legítimas deben ser justas y ello se logra si estas son proporcionadas (adecuación de conducta delictiva y el daño social causado), y útiles (necesidad social de la pena) (C-647, 2001).

La política criminal no sólo es desarrollada por el legislativo sino también los jueces al sancionar los delitos y al ejecutar la pena, debiendo preservar los principios constitucionales o legales como el principio de necesidad, que está delimitado por el principio de *ultima ratio*, y en donde la necesidad de la pena deba ser definida por su utilidad (C-312, 2002).

Es por ello que en La ley 599 de 2000 se estableció como norma rectora en su artículo 3º que la imposición de la pena “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”.

Así, el principio de *necesidad* implica que la pena debe ser merecida (Velásquez, 2010) y sirva para la preservación de la convivencia, no sólo por su poder disuasivo e intimidatorio sino porque se reafirma la decisión del Estado de proteger los derechos tutelados y porque se logra la

reincorporación del delincuente a la sociedad (C-806, 2002).

El principio de *razonabilidad* concretado en el principio de proporcionalidad permite ponderar principios constitucionales que colisionan y que hacen que el juez deba justificar objetiva y razonablemente si la reducción de un derecho es proporcionada (C-022, 1996).

El principio de *proporcionalidad* hace relación a los medios adecuados que se requieren para conseguir un fin, a la necesidad de utilizar esos medios para el logro del fin (que no exista otro medio que afecte menos los principios constitucionales vulnerados por la aplicación de la pena, y a la proporcionalidad entre medios y fin, es decir, que no se vulneren principios constitucionales más importantes (C-022, 1996).

Desarrollando este principio de *necesidad* de la pena en el marco de la prevención el Legislador ha establecido ciertas conductas, que por aplicación de criterios de política criminal y del principio de *necesidad* de la pena, se debe prescindir de la aplicación de pena, tal y como sucede con el artículo 34 del C.P., (delitos culposos) o al señalar en el artículo 61 del C.P. los “fundamentos para la individualización de la pena”, o al establecer causales de atenuación punitiva o de no necesidad de pena (Martínez, 2002).

Además, el Código Penal en su artículo 4º describe las “funciones de la pena” señalando que ésta “cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado”, aclarando que “la prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”.

La Corte Constitucional (C-144, 1997) señaló que debe existir proporcionalidad entre la pena, el delito y el grado de culpabilidad (retribución justa); buscar ante todo la resocialización del condenado mediante el otorgamiento de subrogados penales (en la determinación ejecución de la pena) que permitan su readaptación a la sociedad (resocialización) (C-806, 2002); que la prevención general no sea sólo vista como amenaza (prevención general negativa) sino también como agente estabilizador (prevención general positiva) en tanto sea socialmente necesaria para mantener la sociedad, y que la preventiva especial se ve desarrollada en la aplicación de los mecanismos sustitutivos (prevención especial) (C-806, 2002); y en cuanto el derecho a la protección del condenado ha reconocido las obligaciones de la administración, al imponer un deber positivo de asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales de los presos por su especial situación de indefensión en la que se encuentran, como por ejemplo el derecho al trabajo, que ayuda a la resocialización y fomenta valores a la sociedad (Protección) (T-286, 2011).

En desarrollo del principio de necesidad de la pena se han establecido los subrogados descritos en el artículo 63 del C.P. (suspensión de la ejecución de la pena), artículo 64 del C.P. (libertad condicional), y beneficios administrativos, que buscan la adaptación social del penado (C-430, 1996), por lo que la determinación de las condiciones de ejecución de la pena es una función de los jueces de ejecución de penas, en donde se deben garantizar los principios de necesidad, utilidad y proporcionalidad durante el período de su ejecución (C-312, 2002).

Capítulo tercero

3. PROBLEMÁTICA DE LOS DELITOS SEXUALES ABUSIVOS

3.1 NORMATIVIDAD DE LOS DELITOS SEXUALES ABUSIVOS.

En Colombia la normatividad penal respecto de los delitos sexuales se ha adecuado a las exigencias internacionales⁹ mediante la normativización en el artículo 44 de la C.P. de dar una “protección prevalente de los niños”, como “sujetos de especial protección reforzada”, tanto a nivel constitucional como legal, y se ha dado énfasis al compromiso que tiene la familia, la sociedad y el Estado de asistir y protegerlos a fin de garantizarles su “desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. Dichos instrumentos internacionales imponen que las medidas que adopten los Tribunales y las autoridades Legislativas, entre otras, deban considerar primordialmente el “interés superior del niño”, y se compromete a los Estados para que adopten medidas legislativas adecuadas para proteger a los menores contra cualquier tipo de abuso físico, mental o sexual.

Esta legislación a nivel internacional se encuentra descrita en la *Convención Interamericana*

9 Convención Interamericana sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 1; Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer-Convención Do Pará, artículo 1 y 2; Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 15 y 16; Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer aprobada por la Ley 248 del 29 de diciembre de 1995, artículos 1, 4, 7 y 9; Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 2, 3, 5 y 25; Declaración de los derechos del niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 1386 del 20 de noviembre de 1959, principio 2; , artículos 12, 13, 14, 18, 19, 20, 27, 37 y 39; de la Convención sobre los derechos del niño; Resolución 44/25 del 20 de noviembre del 89 de la Asamblea General de las Naciones Unidas por medio de la cual se aprobó la Convención Sobre los Derechos del Niño y fue ratificada por Colombia mediante Ley 12 de 1991; y Asamblea General de las Naciones Unidas ONU del 20 de noviembre de 1989, artículos 1, 2, 3, y 6.

sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 1; *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer-Convención Do Pará*, artículo 1 y 2; *Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura*; *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, artículo 15 y 16; *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* aprobada por la Ley 248 del 29 de diciembre de 1995, artículos 1, 4, 7 y 9; *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, artículos 2, 3, 5 y 25; *Declaración de los derechos del niño* proclamada por la *Asamblea General de las Naciones Unidas* en Resolución 1386 del 20 de noviembre de 1959, principio 2; , artículos 12, 13, 14, 18, 19, 20, 27, 37 y 39; de la *Convención sobre los derechos del niño*; Resolución 44/25 del 20 de noviembre del 89 de la *Asamblea General de las Naciones Unidas* por medio de la cual se aprobó la *Convención Sobre los Derechos del Niño* y fue ratificada por Colombia mediante Ley 12 de 1991; y *Asamblea General de las Naciones Unidas* ONU del 20 de noviembre de 1989, artículos 1, 2, 3, y 6.

Y a nivel interno se encuentra en la Ley 265 de 1996 por medio de la cual se aprueba el *Convenio de la Haya*, relativo a protección del niño; Ley 360 de 1997 que penaliza la “pornografía infantil” y aumenta penas para delitos sexuales, sin posibilidad de excarcelación; la Ley 599 de 2000, título IV, delitos contra la Libertad, Integridad y formación sexuales, en especial, para la presente tesis, los artículos 208, 209 y 210, modificados por la Ley 890/04, y 1236/08; la Ley 679/01 y su decreto reglamentario 1524 de 2002 respecto de “normas para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual”; la Ley 742/02; la Ley 747 de 2002 por la que se crea el tipo penal de “trata de personas” y agrava la sanción cuando se comete en menores de edad; la Ley 765/02, por medio de la cual se aprueba el *Protocolo*

Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la “venta de niños, prostitución infantil y utilización de los niños en la pornografía”; la Ley 1098 de 2006 o *Código de la Infancia y la Adolescencia*, en especial el artículo 199 respecto de la prohibición de subrogados en casos de delitos sexuales cometidos contra menores; la ley 1257/08 por medio de la cual se dictan normas de “sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres”, se aumentan penas y se adiciona el delito de “acoso sexual”; la Ley 1146/07 y 1329/09 en las que se adicionan conductas penales para “contrarrestar la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes”, tales como el “proxenetismo con menor de edad” y “demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad”.

Con este derrotero, el Legislador ha venido haciendo incrementos punitivos a las conductas punibles que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales, desde la expedición del Decreto 100 de 1980 hasta la Ley 599 de 2000, tal y como se observa a continuación:

DECRETO 100 DE 1980	MODIFICADO POR LEY 360/1997
ARTICULO 303. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce años, incurrirá en prisión de uno (1) a seis (6) años.	ARTICULO 303. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS El que acceda carnalmente a persona menor de catorce años, <u>incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años</u>
ARTICULO 304. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental, o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años. Si no se realizare el acceso sino actos sexuales diversos de él, la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión.	ARTICULO 304. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental, o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de tres (3) a diez (10) años. Si no se realizare el acceso sino actos sexuales diversos de él, la pena será de dos (2) a cuatro (4) años de prisión.
ARTICULO 305. CORRUPCION. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años o en su presencia, o la induzca a práctica sexuales, estará sujeto a la pena de	ARTICULO 305. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal

uno (1) a cuatro (4) años de prisión.		con persona menor de catorce años o en su presencia, o la induzca a práctica sexuales, estará sujeto a la pena de dos (2) a cinco (5) años de prisión.
ARTICULO 306. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. La pena para los delitos descritos en los capítulos anteriores, se aumentará de una tercera parte a la mitad en los casos siguientes: 3. Si la víctima quedare embarazada.		
ARTICULO 307. EXTINCION DE LA ACCION PENAL POR MATRIMONIO. Si cualquiera de los autores o partícipes de los delitos descritos en los capítulos anteriores contrajere matrimonio válido con el sujeto pasivo, se extinguirá la acción penal para todos ellos.		ARTICULO 307. EXTINCION DE LA ACCION PENAL POR MATRIMONIO. Derogado por el artículo 8o. de la Ley 360 de 1997
LEY 599	LEY 890 DE 2004	LEY 1236 DE 2008
ARTICULO 208. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.	ARTÍCULO 208. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.	ARTICULO 208. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.
ARTICULO 209. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años.	ACCESO CARNAL ABUSIVO 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 cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses. Inciso adicionado por el Parágrafo Transitorio del Artículo 33 de la Ley 679 de 2001: Si el agente realizare cualquiera de las conductas descritas en este artículo con personas menores de catorce años por medios virtuales, utilizando redes globales de información, incurrirá en las penas correspondientes disminuidas en una tercera parte.	ACCESO CARNAL ABUSIVO 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.
ARTICULO 210. ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.	ARTICULO 210. ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144)	ARTICULO 210. ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años. Si no se realizare el acceso, sino actos sexuales diversos de él, la pena será de ocho (8) a dieciséis

<i>Si no se realizare el acceso sino actos sexuales diversos de él, la pena será de tres (3) a cinco (5) años de prisión.</i>	<i>meses.</i> <i>Si no se realizare el acceso sino actos sexuales diversos de él, la pena será de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses de prisión.</i>	<i>(16) años</i>
<i>ARTICULO 211. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:</i> <i>6. Se produjere embarazo</i>	<i>ARTICULO 211. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:</i> <i>6. Se produjere embarazo</i>	<i>ARTICULO 211. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:</i> <i>6. Se produjere embarazo.</i>

De manera que verificados los diferentes aumentos realizados desde el año 1980 a la fecha vemos que las sanciones han aumentado de penas entre uno (1) y seis (6) años a penas entre ocho (8) y veinte (20) años de prisión, eliminándose cualquier causal de extinción de la acción penal, tal y como la plasmada en el Código de 1980 en el evento en que se produjera el matrimonio válido con el sujeto pasivo, ello es, con la edad mínima de doce años (artículo 34 del C.C.) y con autorización de sus padres (artículo 117 C.C.).

Además, recordemos que la Corte Constitucional (C-507, 2004, p. 110) declaró inexecutable la expresión “*de doce*” (años) contenidas en el numeral 2 del artículo 140 del Código Civil, que regula las “causales de nulidad del matrimonio”, y la exequibilidad de las expresiones “*un varón menor de catorce años y una mujer menor*” contenidas en el numeral 2 del artículo 140 del Código Civil, en el entendido de que la edad para la mujer es también de catorce años, por cuanto, es inconstitucional por violación del principio de igualdad de protección, al fijarse la edad mínima a los 12 años de edad para que las mujeres contrajeran matrimonio, ya que la edad para los varones era de catorce años.

3.2 POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Sobre este presupuesto normativo el Estado Colombiano sanciona a los que realicen acceso carnal o actos sexuales con menores de catorce años, independientemente de que las menores (entre el rango de doce a catorce años) o que siendo mayores de catorce años, e incluso con su mayoría de edad, pero con retardo leve, voluntariamente accedan a la realización de la conducta.

Frente a los dos primeros artículos, la Corte Constitucional en Sentencia (C-876, 2011) declaró exequibles las expresiones “...*de catorce (14) años...*” contenidas en los artículos 208 y 209 de la Ley 599 de 2000, señalando una presunción de derecho en cuanto a la no posibilidad de aceptar el consentimiento de la víctima, debido a la incapacidad de comprensión y valoración del acto sexual por parte de los menores de 14 años, dado que en estos menores “su capacidad volitiva y desarrollo sexual no está aún configurado plenamente”, por lo que la Ley lo protege, aún de su propia decisión, con el fin de salvaguardar no solo sus derechos sexuales y reproductivos sino el libre desarrollo de su personalidad (p. 20).

Se ha precisado por la Corte Constitucional (C-876, 2011) que a los tipos penales de los artículos 208 y 209 del C.P. sancionan conductas “consentidas o no resistidas por el menor”, es decir, “sin la intervención de coacción alguna”, siendo abusivos estos actos por cuanto se cometen sobre incapaces absolutos, y por ende señaló la Corte:

El carácter abusivo de estos actos deriva de la circunstancia de ser realizados con persona que físicamente aún no ha llegado a la plenitud de su desarrollo corporal y, especialmente, por tratarse de seres humanos que no han desplegado su madurez volitiva y sexual, prestándose para el aprovechamiento de personas que los aventajan en lo corporal e intelectual y precipitándolos precozmente a unas experiencias para los que no están adecuadamente preparados, con consecuencias indeseadas como el embarazo prematuro y la asunción de responsabilidades que exceden sus capacidades de desempeño social (p. 19).

Consideró la Corte Constitucional (C-876, 2011) que “de acuerdo con documentos de la Organización Mundial de la Salud, los menores entre 10 y 14 años tienden a ser mucho menos activos sexualmente que aquellos entre los 15 y los 19 años”, sin embargo, la misma Corte tuvo claro que los diferentes estudios no definían “claramente una edad promedio de inicio de la actividad sexual”, y pese a dicho presupuesto aseveró que era “justificable que el Legislador” estableciera “que los menores de 14 años no puedan ser involucrados en el ejercicio de su sexualidad, así medie su voluntad” (p. 4).

3.3 POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

La Corte Suprema de justicia (Radicado 33022, 2010) también ha aplicado esta presunción de “ausencia de juicio y discernimiento en el menor de catorce años [que] opera de pleno derecho”,

señalando que es el Legislador el único legitimado para estimar la edad mínima autorizada que faculta a los menores a tener relaciones sexuales, en cumplimiento a la normatividad de derecho internacional que exige la protección especial de los menores de edad (p. 9).

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia (Radicado 33022, 2010) resaltó y avaló en sus decisiones el derrotero que ya había dado la Corte Constitucional en su Sentencia C-507 de 2004, ya mencionada, por medio de la cual se retiró del ordenamiento jurídico la edad de doce años de la mujer para contraer matrimonio, dejándola en 14 años, al igual que la establecida para el hombre (p. 28).

Ahora bien, debe resaltarse que en esta Sentencia (Radicado 33022, 2010) la Corte Suprema de Justicia reiteró su criterio dado en la Sentencia de septiembre 26 de 2000, Radicación 13466, dejando claro que el funcionario judicial no puede hacer una interpretación personal de la situación particular del caso para señalar que no se ha vulnerado el bien jurídico tutelado de la libertad, integridad y formación sexual, cuando se presenta la decisión por parte del menor de iniciar su actividad sexual con un mayor de edad (mayor de 18 años), ya que no puede el aplicador de la norma hacer valoraciones del caso que permitan señalar una posible atipicidad de la conducta o la no vulneración del bien jurídico tutelado, toda vez que se trata de una presunción de derecho, y comoquiera que según el artículo 230 de la C.P. “los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley (...)” y “*no entrar en consideraciones de lege ferenda para justificar el apartamiento de ella, en cuanto entraña la subversión del sistema por vía de dar cabida a la derogatoria judicial de la ley*” (p. 28).

En esta Sentencia (Radicado 33022, 2010) la Corte Suprema de Justicia trajo a colación que antes de la Sentencia C-507 de 2004 la Corte Constitucional estimaba que tanto el matrimonio como la formación natural de una familia con mujer mayor de doce años no sólo eran ajustadas a derecho, sino que constituían una causal de justificación respecto de los delitos de acceso carnal con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años, dado que en sentencia (C-146, 1994) se señaló que existía una incongruencia entre las normas del Código penal y las del civil, en relación con la edad para contraer matrimonio, concluyendo que:

(...) [P]uede darse el caso –no contemplado por las normas impugnadas– de relaciones sexuales consistentes en acceso carnal o diversas de él con mujer menor de catorce años y mayor de doce, con la cual se haya contraído matrimonio previamente o se haya establecido una familia por vínculos naturales. En esos eventos es claro que no habría cometido el delito, pues existiría una clara justificación del hecho, así no lo haya previsto el Legislador de manera explícita (p. 29).

3.4 POLÍTICA CRIMINAL APLICADA A LOS DELITOS SEXUALES ABUSIVOS.

Acatando la política criminal de protección reforzada a los menores, que se le impone por la normatividad internacional, el Legislador ha establecido la prohibición de otorgar beneficio alguno a los infractores de delitos sexuales, mediante la expedición de la Ley de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), ya que en su artículo 199 señala que “cuando se trate de los delitos de (...) contra la libertad, integridad y formación sexuales (...) cometidos contra niños,

niñas y adolescentes”, la medida a aplicar siempre es la de “detención en establecimiento de reclusión”, no siendo aplicables “las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículo 307 literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004”, ni el otorgamiento de beneficio alguno de “sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004”, ni “la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad” por “suspensión de procedimiento a prueba” (artículo 324, numeral 7 de la Ley 906 de 2004), así como tampoco procede el “subrogado penal de suspensión condicional de la Ejecución de la Pena” (artículo 63 del C. P.), ni el de la “Libertad Condicional” (artículo 64 del C. P.).

Al igual que tampoco, “[e]n ningún caso, el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena” (artículo 461 de la Ley 906 de 2004), ni proceden “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”, ni tampoco, “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 este mismo sentido, la Ley de Infancia y Adolescencia precisó en el párrafo transitorio del artículo 199 que:

En donde permanezca transitoriamente vigente la Ley 600 de 2000, cuando se trate de delitos sexuales no se concederán los beneficios de libertad provisional garantizada por caución, extinción de la acción penal por pago integral de perjuicios, suspensión de la medida de aseguramiento por ser mayor de sesenta y cinco (65)

años, rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de pena, y libertad condicional. Ni tampoco procederá respecto de los mencionados delitos la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que sea efectiva.

De otra parte, el Parágrafo del artículo 314 de la ley 906 de 2004 (modificado por la Ley 1474 del 12 de junio de 2011) señaló que “no procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por detención domiciliaria cuando la imputación se refiera a (...) delitos de Acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir (C.P. artículo 210)”.

Ahora, la Corte Suprema de Justicia mediante su jurisprudencia (Radicado 18455, 2005) también ha dado un derrotero (demasiado fuerte) para señalar que en estos casos el otorgamiento excepcional de este beneficio se constituiría como una afrenta a la sociedad y la sensación de inseguridad, impunidad y desamparo de las víctimas, y se les enviaría “un mensaje de que no hay proporcionalidad entre la lesión del bien jurídico y sus consecuencias penales”, razón por la que la única medida a aplicar sería la de la detención preventiva ya que la función de “prevención especial y la reinserción social, solo se hacen posibles mediante la detención intramural” (p. 36).

3.5 CASOS DE DELITOS SEXUALES ABUSIVOS OBJETO DE ESTUDIO.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que por parte del Legislador Colombiano se ha fijado una edad de catorce años para que sea presumido el consentimiento como legítimamente válido, se presentan casos que podrían ser conocidos por la jurisdicción penal, en donde las menores de catorce años y mayores de doce, o que teniendo una edad superior a los catorce años pero que poseen retraso mental leve, acceden libre y voluntariamente a iniciar su actividad sexual con jóvenes mayores de dieciocho años, que conllevan el adelantamiento de investigaciones penales con condenas altas, pese a la manifestación de las jóvenes frente a su decisión libre y voluntaria de realizar el acto sexual (entendido como acceso carnal o como mero acto sexual), sin que por parte del funcionario judicial se pueda concluir la inexistencia de la tipicidad, antijuridicidad o la culpabilidad, aun cuando se haya dado el consentimiento de la menor y pese a que existe la decisión libre y voluntaria de ésta de iniciar su actividad sexual antes de los catorce años, o con edad superior a los catorce años o incluso la mayoría de edad, pero con retrasos mentales leves, llegando a presentarse casos en que además las menores deciden libre y voluntariamente iniciar la conformación de una familia.

En donde hombres, que apenas superan la mayoría de edad y que se encuentran cursando sus estudios de colegio o superiores, si es que los adelantan, se ven sometidos a medidas de detención preventiva y sanciones punitivas que ameritan que sean privados de la libertad, por espacio de mínimo ocho años, y a quienes no se les concede ningún tipo de beneficio sustitutivo respecto de medidas de aseguramiento.

Debemos aclarar que nuestro objetivo no es hacer una apología a este tipo de relaciones entre niñas menores de edad con jóvenes mayores de edad, y más aún cuando tenemos el convencimiento de que lo ideal sería que las menores tuvieran la edad suficiente para iniciar su actividad sexual, para que así pudieran afrontar con madurez las consecuencias de tal situación.

Sino de evidenciar esta problemática que surge dentro de una sociedad que se está adecuando a la nueva concepción de protección reforzada de los menores, en donde se presentan factores socioeconómicas y socioculturales que llevan a que las menores decidan libremente iniciar su vida sexual antes de la cumplir la edad señalada por el Legislador para hacerlo.

Es así como como existen investigaciones (Flórez, 2005) sobre los “Factores Socioeconómicos y contextuales que determinan la actividad reproductiva de las adolescentes en Colombia” en donde se ha establecido que se ha aumentado la fecundidad en adolescentes (estudio de menores entre los 13 y 19 años) y del inicio temprano de la actividad sexual, determinados por las condiciones socioeconómicas y socioculturales, toda vez que sus decisiones dependen de:

[L]as oportunidades económicas, laborales y educativas que se prevén, la oferta de planificación familiar, la situación socioeconómica, las características personales y del hogar en que viven, y las condiciones, normas sociales e influencia del medio o contexto social en que viven y crecen (p. 392).

Se observa que las menores del estrato bajo comienzan la maternidad con mayor intensidad que el estrato alto, influyendo ello en la fecundidad, ya que estas menores “establecen uniones estables mucho más temprano y con mayor frecuencia que las del estrato más alto”, dado que las menores “perciben las relaciones sexuales en la adolescencia como algo natural y esperable, y de

hecho, se sienten presionadas a iniciarlas” presentándose una mayor nupcialidad en los casos de fecundidad de los estratos bajos, dado que “el inicio de las relaciones sexuales ocurre típicamente dentro del marco de una relación romántica”, con jóvenes que “en promedio” son tres años mayores que ellas (Flórez, 2005, p. 394).

Debe tenerse en cuenta que en los estratos bajos “el embarazo en la adolescencia es un instrumento válido de reconocimiento y aceptación social, además de una opción para conformar una verdadera familia” (Flórez, 2005, p. 395); aunado a que para las mujeres existe la convicción de que la maternidad es un “elemento central de la identidad femenina, y entre los varones, de que el embarazo de la pareja confirma su masculinidad y su capacidad reproductiva” y que los hijos son la “fuente de autorealización y trascendencia y de seguridad afectiva, económica y social”, soportado en que “el aborto es un asesinato y que si una pareja decidió tener relaciones sexuales debe asumir las consecuencias de sus acciones” (Flórez, 2005, p. 403).

Además, se debe considerar que:

[E]n las decisiones tomadas por las adolescentes y sus parejas predominan la dependencia y la aplicación de estrategias intuitivas o espontáneas en función de los sentimientos del momento (...) poniendo en tela de juicio las normas sociales en torno a la práctica sexual en la adolescencia, con una fuerte inclinación por sus propios intereses, creencias, actitudes, valores y metas” (Flórez, 2005, p. 403).

Por lo que este tipo de investigaciones da luces para considerar que el problema de los embarazos adolescentes no se resuelve únicamente con el establecimiento de penas sino que también amerita el establecimiento de políticas públicas focalizadas a esta población.

Lo anterior significa que los menores no tienen en cuenta ni las normas sociales y menos aún las legales que le señalan las edades en que deben iniciar sus relaciones sexuales, sino que se acogen a sus creencias propias, dado que se dan dentro de un contexto de relación sentimental consentida, en donde asumen las consecuencias de su sexualidad conformando familias, ocurriendo en su mayoría estas situaciones en los estratos bajos (Flórez, 2005, p. 403), razón por la que sería este grupo de personas el objeto de investigación en casos de abuso sexual abusivo, en la medida en que al concebirse hijos requieren de la atención médica de instituciones, que una vez conocen la edad de la menor (12 a 13 años) deben poner en conocimiento de las autoridades administrativas y judiciales el asunto, siendo por tanto objeto de investigación de oficio y de condenas penales.

En este contexto, se presentan casos tales como el expuesto en el caso de la Corte Suprema de Justicia (Radicado 33022, 2010) en donde se condenó a pena de prisión y se le negó la prisión domiciliaria como la suspensión condicional de la ejecución de la pena, a:

Francisco Javier Rivera Candia, nacido en el municipio de Saldaña (Tolima) el 10 de enero de 1986, quien se graduó como bachiller y desempeñaba labores de vidriería, marquetería y agricultura en dicha población y a los diecinueve años de edad se enteró de que para mediados de agosto de 2005 debía prestar el servicio obligatorio como auxiliar de la Policía Nacional (p. 2).

Los hechos se resumieron de la siguiente manera:

En aquel entonces, sostenía una relación de ocho meses de noviazgo con su vecina

Y. B. M. D.¹⁰ (nacida el 15 de febrero de 1992), a quien conocía de tiempo atrás, desde que ella tenía nueve años.

El viernes 5 de agosto de 2005 (es decir, cuando la menor contaba con trece años y casi seis meses), FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA convenció a Y. B. M. D. para no asistir al colegio Roberto Leiva de Saldaña (en donde cursaba noveno grado de bachillerato) y dirigirse en un taxi al balneario Punta Gallina, situado en la vereda La Esperanza, acompañados de sus amigos en común WILSON FERNANDO SÁNCHEZ (de veintidós años) y M. L. M. P. (de dieciséis).

En dicho lugar, mientras la otra pareja sostenía relaciones sexuales, FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA y Y. B. M. D. decidieron hacer otro tanto, dada la inminente separación que el ingreso a la Policía les representaba.

A su regreso del balneario, FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA y Y. B. M. D. fueron abordados por los familiares de esta última, quienes se habían enterado de la inasistencia al colegio de la menor y de ninguna manera aprobaban esa relación sentimental, por lo que después de sostener un altercado con el joven decidieron denunciar lo ocurrido ante las autoridades (p.2).

Frente a este tipo de casos se ha generado un debate sobre la aplicación o no de una sanción penal como respuesta a esta problemática, dado que además de existir factores sicosociales y socioeconómicos que lo generan, existen serios cuestionamientos de diferente tipo, que ponen en tela de juicio la aplicación de la

¹⁰ La Sala se abstiene de revelar el nombre completo de esta persona, de acuerdo con lo que se desprende del numeral 8 del artículo 47 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia.

pena, y los cuales desarrollaremos a continuación.

3.6 CUESTIONAMIENTO DEL CONCEPTO ABSOLUTO DEL DERECHO.

Existe un carácter relativo en el rango de edad, tanto de la de mayoría de edad del infractor (entre los dieciocho y los veintiún años), como de edad de la menor para presumir su consentimiento (entre los doce y los catorce) y de las menores con retardo leve que incluso superan la edad autorizada, que se convierte en un concepto del derecho que no es absoluto.

Es así como se tiene que en cuanto a la mayoría de edad del infractor de la ley, ello es, la edad para determinar la plena capacidad de obrar, como cualidad de la persona para establecer la eficacia a las acciones y relaciones que establece en la vida pública, vemos que las normatividades a nivel mundial no han tenido un concepto unificado, puesto que cada país ha decidido una edad diferente, estando entre el rango de los 12 a 21 años¹¹.

Debe señalarse como la OMS (*Organización Mundial de la Salud*, 2000) en su informe sobre salud de los jóvenes aclara que anteriormente se consideraba la adolescencia como el período comprendido entre los 10 y 19 años, correspondiente al tiempo desde el inicio de la pubertad hasta la mayoría de edad legal, en donde se da una maduración biológica, psicológica y social, y

¹¹ Desde Trinidad y Tobago (12 años) hasta países como Honduras, Nicaragua, Puerto Rico, entre otros (21 años).

se ha considerado la juventud como el período de transición de la adolescencia a la edad adulta (p. 11-12).

Al respecto es menester señalar que los debates biológicos sobre la conducta humana, en muchas ocasiones se desentienden de los factores sociales que afectan en la opinión pública, por lo que dependiendo del contexto, la edad puede significar distintos roles dentro de cada sociedad.

En este momento los términos adolescentes, jóvenes y juventud son intercambiables y comprenden de los 10 a los 24 años, sin embargo se aclara en dicho estudio (Organización Mundial de la Salud, 2000) que no podría establecerse “una categorización universalmente válida”, por lo que reconocen que “las subdivisiones son arbitrarias y traen contradicciones conceptuales” ya que no se reconocen “las discrepancias entre la edad cronológica, la biológica y las etapas psicosociales del desarrollo, ni tampoco las grandes variaciones debidos a factores personales y ambientales” (p. 12).

Además, debe recalcar que el concepto de jóvenes varía según “factores culturales y jurídicos tales como la edad escolar obligatoria, la edad aceptada para el matrimonio y la legislación laboral concerniente a la niñez” (*Organización Mundial de la Salud*, 2000, p. 13).

De igual manera, en cuanto a la presunción de consentimiento sexual¹² vemos que existen legislaciones penales, como la Mexicana, que ha considerado que aquel se adquiere desde la edad

¹² Sobre la edad de consentimiento sexual, véase Rafael Velandia Montes en *Sexualidad y políticas penales contemporáneas* (p. 73- 78).

de los doce o trece años o aplicando el concepto de pubertad¹³ o como en Italia que en su artículo 609 admite el consentimiento a la edad de trece años si su pareja es menor de dieciséis años, o en España que en su artículo 183 fijó la edad de 13 años, siendo por tanto establecidas tales edades por factores socio-culturales y no físico-biológicos (Velandia, 2013, p. 78).

Velandia (2013) ha señalado como la determinación de la edad de consentimiento sexual puede estar basada en razones religiosas, médicas (psiquiátrica y psicológica clínica) o morales. Sin embargo, estas razones han sido cuestionadas dado que “ninguna posición de carácter religioso puede fundamentar un rechazo a las relaciones sexuales entre adultos y menores de determinada edad” comoquiera que no se debe tomar partido de “ninguna de las posiciones ideológicas de las religiones existentes”, y por ende “no puede imponer ninguna visión religiosa de la sexualidad” habida cuenta que se atentaría contra la libertad de disposición de la sexualidad de las personas (p. 65). Igualmente se ha señalado que no existe una moral social única, ya que lo máximo que existirá será una “opinión social mayoritaria” basada en una opinión pública, que se crea por cuestionables encuestas, la cual se constituye en un instrumento utilizado para “disminuir la eventual resistencia social que pueda existir frente la adopción de una medida (...) dirigida a hacer frente a un conflicto social” para hacer creer que se está aceptando por parte de la sociedad (p. 71).

Además, lo que puede ser considerado desviado o técnicamente una “enfermedad mental” puede ser revaluado, no por el resultado de investigaciones científicas, sino como reivindicación

¹³ De los 32 Estados que conforman la República federal Mexicana, 21 Estados presumen el consentimiento en la edad de 12 años, Yucatán en la edad de trece años y Nayarit en la “pubertad”. Los demás Estados han tomado la edad de 14 años.

de derechos, tal y como sucedió con la homosexualidad, con lo cual se debe colegir que “la cuestión de la preferencia sexual es una cuestión socio-cultural y no de las ciencias mentales” (Velandia, 2013, p. 78-83).

Igualmente, desde la perspectiva abolicionista (Hulsman, 1984) se ha puesto en tela de juicio la *relatividad* del delito, por su carácter *oscilante*, en donde lo que hoy es catalogado como punible, antes no lo era, o viceversa, o porque en ciertas sociedades se consideran unas conductas como punibles y en otras no; no teniendo el delito un carácter ontológico, ya que es “la ley la que crea al criminal” (p. 51).

Roxin (1981) cuestiona igualmente una validez supratemporal y universal de las normas sancionatorias mostrando con la explicación de ciertos casos cómo se produce un cambio de pensamiento frente a las exigencias de castigo, para concluir que deberían ser punibles solo aquellas “*conductas que supongan una intromisión dañina a la esfera jurídica ajena*”, pero sin que puedan ser objeto de sanción “*aquellas acciones que se realicen con el consentimiento de todas las partes y que no lesionen los derechos de nadie, por muy inmoral que sean*” (p. 125).

Sin embargo Roxin (1981) hace la salvedad, que ello es aceptable “en cuanto no se vea afectada la protección a los menores o no se perturbe la paz pública ofendiendo a personas no participantes” (p. 129), y por ende quedaría en tela de juicio si tal excepción se haría o no válida para estos casos, comoquiera que si bien estas conductas se trata de menores, no logran tales efectos con su comisión, en la medida en que no se evidencia la afectación de la protección reforzada de los menores ni la perturbación de la paz pública, ya que en grado sumo se estaría

ofendiendo de manera leve a las personas que conforman el grupo familiar de la menor, en caso de que no consintieran la relación.

Sin embargo, en los casos particulares que se analizan en este documento, vale la pena analizar críticamente el postulado de Roxin en cuanto al “consentimiento de todas las partes”, que hace en este caso referencia a personas con diferencias de edad significativas en términos biológicos, pero más importante aún, en términos dados por la legislación colombiana.

Hulsman (1984) señala cómo “las ciencias criminales han puesto en evidencia la relatividad del concepto de infracción, el cual varía en el tiempo y el espacio, de modo que lo “delictivo” en un contexto se considera aceptable en otro” (p. 51), en donde la definición de crimen “resulta de una decisión humana modificable (...) Es la ley (...) la que dice dónde hay un crimen” (p. 52).

De manera que, los rangos de categoría relativa son un elemento central en el debate sobre la necesidad de aplicar una pena mínima o la aplicación de los subrogados penales. Adicionalmente, por tratarse de casos ocurridos con el consentimiento de la menor, quien, aparentemente, de manera libre y voluntaria ha decidido iniciar su actividad sexual con un joven mayor de edad, conformando incluso una familia, y en donde se debe analizar si la aplicación de altas penas en estos casos se adecúa a los fines político criminales y de necesidad de pena consagrados en nuestro ordenamiento penal en consonancia con la Carta Constitucional.

Debemos anotar que los cuestionamientos no se realizan con el objeto de poner en tela de juicio la política criminal utilizada por el Estado para determinar desde qué momento se presume el consentimiento, ni menos aún para considerar que las menores entre los doce y catorce años poseen la madurez psicológica suficiente para otorgar su consentimiento frente a este tema

sexual, sino que de lo que se trata es de traer a colación todas las dimensiones relacionadas con el problema analizado. Además, tampoco se trata de plantear el traslado automático de otros ordenamientos jurídicos al caso colombiano ya que ello puede comportar resultados negativos. En ese sentido, lo que sucede en otros contextos, brinda tan sólo un conjunto de elementos a considerar para el caso colombiano, ya que la adopción de la política de otros países a la política criminal doméstica no puede hacerse sin considerar las particularidades del contexto colombiano, y menos aún si no se tienen en cuenta los intereses que han tenido los legisladores de cada país al momento de fijar las penas en sus países.

3.7 CUESTIONAMIENTO DE LOS DERECHOS SEXUALES DE LOS MENORES DESDE UNA VISIÓN CRIMINOLÓGICA Y VICTIMOLÓGICA.

Desde algunas posturas se ha considerado que el Derecho penal debe “integrar y traducir a sus categorías conceptuales la totalidad de las ciencias del hombre y de la sociedad”, implicando ello que las nuevas teorías deben tener en cuenta “los métodos de la sociología y de política social dirigida científicamente” (Roxin, 1981, p. 162), y que es importante apoyarse en la “investigación empírica y con enfoques diversos de lo jurídico (...) [para] llegar a una nueva visión global del sistema penal (...) Las ciencias sociales (...) cuando se las practica, no dan el tipo de respuestas que de ellas se espera”, sino que muestran “el contrasentido del sistema penal” (Hulsman, 1984, p. 13-14).

Además, esta discusión amerita comprender la manera cómo los legisladores asumen los principios de *idoneidad* y de *adecuación de la pena al costo social*, al criminalizar comportamientos como los estudiados, ahondando en las motivaciones que señalaron para

criminalizar dichas conductas, a fin de establecer si hubo o no uso de investigaciones empíricas que demostraran la utilidad de la aplicación de una pena privativa de la libertad para tal tipo de casos y la ineficacia de otras medidas no penales, o si realizaron un análisis de costos sociales que conllevaron a la aplicación de una pena para este tipo de situaciones particulares (Martínez, 1990, p. 62).

A la luz de este criterio, una investigación a profundidad sobre la deliberación y los motivos presentados por los legisladores resulta muy conveniente y para ello vale la pena traer a colación que en la exposición de motivos de la Ley 1236 de 2008 descritos en el Proyecto de Ley 08 del Senado (Gaceta No 243, 2006) se indicó que el aumento de penas se debía realizar por cuanto “se ha tratado con benignidad las agresiones sexuales” contra menores de edad, y dada la denuncia frecuente en los medios de comunicación de hechos contra la integridad sexual de niños y adolescentes, embarazos de menores y agresiones por parte de parientes cercanos a su entorno familiar, limitándose a señalar que la “función educadora y coercitiva de los ordenamientos jurídicos contribuyen en la toma de conciencia y por supuesto en la persecución misma de los delitos”.

Hulsman (1984) señala que las leyes distan de resolver los problemas sociales reales, que “no tienen absolutamente nada de democráticas y difícilmente son el efecto de una coherencia ideológica. Peor aún, son dictadas ignorando la diversidad de situaciones sobre las que van a influir” ya que la ideología del Estado no es la de proteger al ciudadano, toda vez que en ciertas circunstancias, puede incluso “volverse contra él” (p. 12). Y si tuviéramos una aproximación a algunas investigaciones de la sociología empírica se podría sostener al igual que Hulsman que “el sistema opera en la irracionalidad, que es totalmente aberrante” (p. 15) y que el derecho como

sistema tiene su propia lógica, la cual “no tiene nada que hacer con la vida ni con los problemas de la gente” (p. 16).

Sin embargo, es imposible señalar que todos los trabajos que utilizan evidencia empírica demuestran ese distanciamiento entre el derecho y su efecto en la resolución de problemas sociales pues existen investigaciones que demuestran el impacto positivo de la política criminal sobre la disminución de situaciones definidas socialmente como problemas.

Desde el planteamiento garantista de Ferrajoli (1999, p. 22) se afirma que se hace necesario adoptar una posición crítica frente al ordenamiento punitivo para cuestionar si existe una correlación entre norma y realidad, basado en la incertidumbre sobre la eficacia del sistema, a fin de que corresponda lo que se predica con lo que se practica, y así examinar si con la aplicación de las penas privativas de libertad a las parejas de las menores que conformaron una relación consentida, y en donde conformaron una familia con hijos, se les están vulnerando sus derechos fundamentales a desarrollar libremente su sexualidad, a la edad que ellas decidan, así como a obtener la protección de sus hijos por parte de los dos padres (Ferrajoli, 2000, p. 335). En ese sentido, la protección de los derechos se puede considerar como otro elemento a considerar en este debate.

3.7.1 Desde el punto de vista de la criminología rural.

Sobre el anterior presupuesto, es que procedimos -de forma modesta- a realizar una aproximación al estudio de este fenómeno comportamental desde el punto de vista de la

criminología rural, encontrándonos, lastimosamente, que a nivel internacional y menos aún nacional, se han realizado investigaciones de campo que evidencien este tipo de problemática estudiada en la presente tesis, y en donde se presenten las diferencias de criminalidad entre las zonas rurales y las urbanas, encontrándonos solamente con estudios realizados en Chile por Doris Cooper (s.f)¹⁴, que por tener ciertas similitudes con nuestra sociedad cultural nos permite señalar, al igual que ellos, que nuestras sociedades “se caracterizan particularmente por sustentar subculturas inmersas en un continuo urbano-rural de características clásicas (...) principalmente en los estratos socioeconómicos bajos, justamente donde se concentra la conducta desviada y delictual común”.

Señala la autora que se evidencia que a nivel urbano se cometen en su mayoría delitos que atentan contra el patrimonio económico, mientras que a nivel rural se presenta mayoritariamente la ocurrencia de los delitos sexuales, por existir “un menor grado de modernismo actitudinal a nivel psicosocial”, esta circunstancia podría eventualmente, constituirse en una de las causas por las cuales a nivel rural – dado que Colombia está compuesta en su mayoría por éste componente- no se produciría una respuesta positiva por parte de los jóvenes que incurren en estos delitos, ya que no se produce ni se asume una actitud frente a la obligatoriedad del cumplimiento de exigencias y normativas internacionales de protección reforzada a las menores de edad, por cuanto solo hasta hace pocos años, se vienen implementando por parte de organismos internacionales de derechos humanos tales exigencias, lo cual implicaría que existe una realidad rural que no está impregnada de las obligaciones adquiridas por el Estado y sancionadas en forma severa.

14 Estructurados sobre una teoría contraria a la teoría de la Anomia de R. Merton respecto de la criminalidad urbana, crea su teoría del “Continuo Subcultural de la Delincuencia” rural tradicional.

No obstante, no resulta adecuado creer que los postulados de Cooper aplican al caso colombiano, dadas las especificidades de la diferenciación urbano-rural en Colombia y las características de la presencia estatal diferenciada en el territorio desde principios de la vida republicana. Sin embargo, los hallazgos de la autora son sugestivos en cuanto a la necesidad de incorporar en el debate, que tiene como objeto el presente documento, esta diferenciación geográfica y social, que conllevaría a que los funcionarios judiciales pudieran analizar tales situaciones psicosociales a fin de que se sancione con menor severidad en los casos objeto de estudio.

Así mismo, haciendo una pequeña aproximación al estudio de la edad promedio en que los menores empiezan a tener relaciones sexuales (Institute Research Populatio, 2016) encontramos - que a diferencia de las consideraciones tenidas en cuenta por la Corte Constitucional para fijar la edad mínima en catorce años-, se ha establecido que en países similares a los nuestros, como San Salvador y Perú, la edad es a los trece años, en unos porcentajes de (6.7%) y (4.4%), respectivamente, mientras que en España es a los dieciséis años (21.7%), de donde se podría colegir que nuestras sociedades tiene un índice menor de edad de iniciación sexual.

Lo anterior no implica que la edad mínima establecida en nuestra legislación deba ser disminuida con base en tales estudios, sino que son circunstancias que deben ser traídas a colación a la discusión planteada en esta tesis.

Igualmente, otros estudios de la *Facultad de Ciencias Médicas de Cuba* (2008) señalan que existe una disminución de la edad de inicio de las relaciones sexuales antes de los catorce años, comoquiera que se demostró un mayor porcentaje de adolescentes comprendidos entre doce y catorce años que iniciaron sus relaciones antes de esta última edad, mostrándose que existe una

modificación hacia la precocidad de los adolescentes, que incluye su iniciación antes de los doce años.

Pese a lo anteriormente expuesto, a nivel nacional contamos con las estadísticas presentadas por PROFAMILIA (2010) en donde se indica que la *Encuesta Nacional de demografía y Salud* (ENDS) mostró una edad superior de la primera relación sexual:

- La edad mediana a la primera relación sexual para las mujeres de 25 a 49 años de edad es de 18.1, similar a la estimada en la Ends 2005 (18.4).
- Cuando se analizan los diferentes grupos de edad, se puede concluir que la primera relación sexual en Colombia para los primeros grupos de edad está ocurriendo más tempranamente.
- Entre las mujeres de 25 a 49 años, el 11 por ciento tuvieron su primera relación sexual antes de cumplir los 15 años, igual a lo encontrado en el 2005.
- El 48 por ciento de las mujeres entre 25 y 49 años tuvieron su primera relación sexual antes de los 18 años y el 70 por ciento antes de cumplir los 20 años.
- El 3 por ciento de las mujeres de 20-49 años reportó que nunca habían tenido relaciones sexuales, menor a lo estimado en la Ends 2005 (5 por ciento) (P. 156).

De donde se concluye que según las estadísticas la edad promedio de las mujeres entrevistadas

(con edades entre veinticinco y cuarenta y nueve años) muestran que es de dieciocho punto uno (18.1) años, pero sin embargo, vemos que también evidenciaron que los grupos de menor edad inician más temprano sus relaciones sexuales, permitiendo mostrar que lo señalado por el estudio de la Facultad de Ciencias Médicas de Cuba, en el sentido que se está disminuyendo la edad de iniciación de las relaciones sexuales por parte de las menores, se puede estar presentando, y aportaría otro elemento al debate.

Así mismo, señaló la encuesta los diferenciales en la edad a la primera relación sexual:

- La edad mediana a la primera relación sexual entre las mujeres de 20 a 49 años de edad es de 17.5 años en la zona rural, mientras que en la zona urbana es de 18.1 años. En el 2005 la diferencia era de un año (17.5 y 18.5, respectivamente).
- Las mujeres sin ninguna educación inician las relaciones sexuales a una edad mediana de casi 16 años (15.8) y se va incrementando en la medida que aumenta el nivel educativo, hasta una mediana de 18.9 años entre las que tienen educación superior
- Algo semejante ocurre cuando se analiza de acuerdo al nivel de riqueza: las mujeres en el quintil inferior tienen una edad mediana de 17.1 años al inicio de sus relaciones sexuales y para aquéllas en el nivel más alto la mediana es de casi 19 años (18.7).
- En Caquetá, Chocó y en la Orinoquía-Amazonía, las mujeres de 20 a 49 años

inician sus relaciones sexuales a una edad mediana menor que en el resto de departamentos (alrededor de 16 años) (P. 157).

De donde se extraería que a nivel rural se inicia un año antes las relaciones sexuales por parte de las mujeres, con referencia a la zona urbana; presentándose que las que no tienen ninguna educación las inician antes que las que tienen educación; anotándose una especial iniciación más temprana de las relaciones sexuales en las zonas rurales más pobres de Colombia, de donde se podría afirmar que en las zonas rurales la actitud psicosocial de los menores es diferente, tendiendo a iniciar sus relaciones a edades más tempranas y sin la asimilación de la carga normativa y legal impuesta por la legislación internacional en este sentido.

Ahora bien, pese a que las conclusiones de PROFAMILIA indiquen que las menores no inician su actividad sexual antes de los catorce años, así como los estudios de otros países muestran que los menores están iniciando su actividad sexual mucho más temprano, todos ellos se encuentran basados en encuestas los cuales pueden generar resultados errados ya que depende de la veracidad con que se contesten las mismas.

De otra parte tenemos que el Instituto de Medicina legal Colombiano (Forensis, 2009-2013) tampoco ha hecho estadísticas de estos casos, tal que sólo se cuenta reportes hechos sobre el delito de violencia intrafamiliar ocurrido entre parejas, que curiosamente reporta un rango de edad entre los diez a catorce años, tal y como se plasma en la siguiente tabla:

Tabla 1. *Violencia de pareja según edad y sexo: entre los diez a catorce años*

Año	Hombres	Mujeres
-----	---------	---------

	Población	Casos	Tasa	Población	Casos	Tasa
2009	2.275.960	5	0.2	2.179.171	154	7.1
2012		5	0.22		144	6.75
2013		4	0.18		114	5.38

Así, vemos que existe una franja de víctimas entre los 10 y los 14 años de edad que conforman parejas, ello es, entendidas como la conformación consensual de las mismas, que permitiría colegir que sí existe una gran posibilidad de que en dichas parejas se haya dado una iniciación de la actividad sexual, la cual sin embargo, no está siendo reportada por las estadísticas de PROFAMILIA, y que conllevaría a establecer un grupo de mujeres que inician sus relaciones sexuales antes de los catorce años, que muy posiblemente tienen conformado su hogar con niños menores de edad, que evidencian y corroboran la existencia de una problemática social que podría ser tratada con especial cuidado por parte del Legislador o al menos, por parte de los operadores jurídicos, al momento de adoptar decisiones, en contra de los jóvenes entre el rango de los dieciocho a veintiún años, que son las parejas de tales mujeres.

3.7.2 Desde una óptica victimológica.

El otro debate que se presenta son las circunstancias en las cuales se da inicio a este tipo de investigaciones, ya que hay casos que se aperturan, no por denuncia de la propia menor involucrada en la relación, que en razón de su edad no puede instaurar la denuncia por sí misma, sino por sus parientes que no consienten tal vínculo, o que al quedar embarazada la menor o mayor de edad pero con discapacidad leve, al ser atendida en las entidades hospitalarias, debe ser reportada al Bienestar Familiar, que de manera automática impulsa las respectivas copias a la Fiscalía a fin de que se inicie la investigación del caso, comoquiera que el delito se adelanta de oficio.

Para este tipo de casos no es que estemos en desacuerdo con que tales casos sean iniciados de oficio y permitan así establecer las situaciones reales en las que se dio la relación sexual y si se conformó una familia, sino que se debe tener en cuenta que de adelantarse el proceso de oficio, éste se desarrollaría sin la colaboración de la presunta víctima, por cuanto no cree vulnerado su derecho a libertad e integridad sexual, y porque buscará no perjudicar a su pareja, no acudiendo al juicio, queriendo con ello que no se produzcan decisiones judiciales en contra de aquel, haciendo que el juez no conozca las circunstancias en las que se desplegó la conducta, y se produzca una sentencia condenatoria en donde no se podría realizar un análisis de la imposición de pena por aplicación del principio de *necesidad*. O se presentan casos en donde el presunto agresor y la propia menor acuden voluntariamente a las autoridades judiciales a dar cuenta de la relación consentida que han tenido y en donde han procreado hijos, pretendiendo con ello desvirtuar la ocurrencia del ilícito, pero que termina sin embargo en una sentencia condenatoria por aplicación automática de la sanción penal, al no realizarse un análisis del principio de necesidad de la pena para la imposición de pena o concesión de subrogados.

Ahora bien, debe resaltarse que existen casos que no son objeto de judicialización, ya que componen lo que la criminología ha denominado la *cifra oscura de criminalidad*, consistente en que la criminalidad real no se corresponde con la registrada oficialmente, ello es, que “no todo delito cometido es perseguido, no todo delito perseguido es registrado” (Hassemer & Muñoz, 1989, p. 46), por lo que se debe tener en cuenta que:

- “- La criminalidad real es mucho mayor que la registrada oficialmente;
- en el ámbito de la criminalidad menos grave la cifra oscura es mayor que en ámbito de la criminalidad más grave;
- la magnitud de la cifra oscura varía considerablemente según el tipo de delito;
- en la delincuencia juvenil es donde se da un mayor porcentaje de delincuencia con una relativamente menor cuota sancionatoria;
- la cuota sancionatoria es responsable también del fortalecimiento de carreras criminales;
- las posibilidades de quedar en la cifra oscura dependen de la clase social a que pertenezca el delincuente” (Hassemer & Muñoz, 1989, p. 47).

Por tanto, entra al debate que muchos de estos casos hacen parte de la cifra oscura de la delincuencia, por lo que el operador judicial podría considerar las circunstancias específicas por las que estos delitos llegaron a conocimiento de la autoridad, ya que “la inclinación a denunciar varía de modo relevante según el tipo de delito y las características personales de la víctima”

(Hassemer & Muñoz, 1989, p. 44), por lo que podría analizar estos casos frente a los que no han sido objeto de conocimiento por parte del sistema judicial, en donde las personas involucradas no permitieron que la justicia conociera sobre su realización, primero porque no querían ser objeto de reacción punitiva por parte del Estado, por cuanto no deseaban que a su pareja se le sancionara con una medida restrictiva de la libertad, ya que conocían que si el caso llegaba a judicialización la víctima perdía el control del suceso, puesto que por tratarse de una acción pública la máquina de la justicia no se podría detener, y en donde la víctima no podría participar en la solución del conflicto.

Lo anterior teniendo en cuenta que no existiría conflicto alguno a solucionar, sino solamente se trata de una relación de noviazgo de un joven con una menor de edad, prohibida por la normatividad penal, que ha caído en las garras del sistema penal, el cual es implacable y en lugar de solucionar problemas, crea conflicto y ocasiona daño y dolor a las víctimas (Perez, 2009, p. 102), ya que se generan consecuencias negativas para la víctima y la familia del recluso, cuando lo que se debería buscar son “otras posibilidades de solución no formal en lugar de proceso y la condena penal”. (Hassemer & Muñoz, 1989, p. 49).

En consecuencia, al evidenciarse que muchos casos que responderían a la definición de la ley, y que por ende deberían ser sancionados, no entran al sistema penal, ya que éste solo se aplica a los casos que llegan a su conocimiento, y por ende se escapan muchísimas situaciones que no son denunciadas o que las propias personas involucradas deciden resolver por ellas mismas, no considerándolas meritorias de ser objeto de investigación, es la razón por la que se debe traer a colación a este debate el cuestionamiento que se hace de que no puede ser normal este sistema que interviene marginalmente y que permite afirmar que “[t]odos los principios o valores sobre

los cuales reposa este sistema (la igualdad de los ciudadanos, la seguridad, el derecho a la justicia, etc) se encuentran radicalmente falseados si sólo se aplican a un número *ínfimo* de situaciones, o sea los casos *registrados* (estadísticamente)” ya que existe una cifra oscura que nunca es documentada ni denunciada (Hulsman, 1984, p. 53).

Es por ello que a este debate se han traído a colación las medidas propuestas por el derecho penal mínimo a fin de que la solución del conflicto penal se pudiera hacer desde la óptica de la víctima, situándola en el centro del mismo, con el objeto de darle la importancia necesaria en aras de adoptar decisiones que tengan en cuenta sus intereses frente al proceso adelantado y en donde se buscaran soluciones como la descriminalización de este tipo de conflictos, el otorgamiento de facultades a las partes para proponer soluciones a la situación penal presentada, y la búsqueda de una restitución de derechos en donde primen los intereses de las víctimas y no del denunciante ni del Estado (Ferrajoli, 1999, p. 22-23).

Este debate también es dado por Bustos Ramirez (1993, p. 51) quien señala que “resulta contradictorio que el Estado se apropie del conflicto y coloque en una especie de capacidad disminuida a la víctima, pues entonces se acentúa el proceso de victimización y por tanto de desigualdad en su posición en el sistema” y es por ello que resaltan “la necesidad de que el sistema penal le devuelva a la víctima, si es que realmente quiere protegerla, su conflicto social”, no solo con la persecución penal del hecho y con el logro de una indemnización (victimización primaria), ni con servicios de apoyo a la víctima (victimización terciaria), sino más bien con la posibilidad de que la víctima y el ofensor resuelvan su conflicto (victimización secundaria), con lo cual se lograría un sistema penal mínimo y alternativo, siendo resuelto fuera del sistema, logrando hacer desaparecer “los conceptos de ofensor y víctima” para convertirse en partes que

resuelven sus conflictos, haciendo de esta manera que la víctima no sea objeto de victimización.

De manera que la victimología aporta una contribución al debate desde el punto de vista de la teoría de la pena, en donde se tiene en cuenta una sanción al delincuente que sirva para satisfacer las necesidades de la víctima, consiguiéndose por medio de dos medidas: “la compensación como castigo autónomo y el trabajo de utilidad social para reparar el mal del delito a la víctima y a la sociedad”, como sanciones alternativas a la cárcel, en donde se da una visión del derecho penal desde la óptica de la víctima, esforzándose por el protagonismo de ésta, toda vez que los estudios victimológicos han mostrado que “la víctima es menos punitiva” de lo que cree la ciudadanía y que la víctima muy pocas veces desea un castigo cuando considera reparado el daño causado. Igualmente aporta al rebatir las categorías de “víctima” y “delincuente”, destacando la importancia del “diálogo para que el ofensor confronte el sufrimiento de la víctima y el valor de la reparación realizada por el ofensor” (Larrauri, 1993, p. 65-68).

De manera que traemos a la discusión si los funcionarios judiciales podrían buscar una aproximación al caso real presentado, desde las expectativas de la víctima y el infractor, y si con ello se lograría una verdadera justicia, con una solución de conflictos fuera del sistema penal, gracias a la participación de los interesados, ya que como lo dijo Hulsman (1984):

[C]uando uno se aproxima a un acontecimiento con un a priori de simpatía, cuando se miran las cosas de cerca, cuando un acto se vuelve a situar en su entorno próximo y lejano en su significación para el autor, es muy difícil, y parece injusto, señalar a un culpable para que cargue, él solo, con una situación que generalmente le trasciende. Por qué no usar la misma mirada abierta sobre lo que verdaderamente ha pasado, cada vez que nos enfrentamos a un hecho que ha lesionado a alguien? (p. 62).

En este mismo sentido tenemos que Baratta (1990) aporta al debate al propugnar para que la justicia no busque “*aparentar una protección para obtener el consenso entre los desprotegidos, (...) (que no sea utilizada) como instrumento simbólico de falsa seguridad atendiendo solicitudes de la opinión pública*”, sino que se busque “*otra percepción de la realidad por parte del público (rechazando) las actitudes irreflexivas*” y tomando “*consciencia progresivamente de las estructuras de las situaciones particulares*” (p.159).

En este orden de ideas tenemos que en este capítulo hemos visto cómo nuestro país se ha adecuando a las exigencias internacionales de protección reforzada de las menores de edad, entendidas dentro del marco del aumento punitivo de las normas penales que atentan contra la libertad, integridad y formación sexual, limitando el otorgamiento de beneficios penales en casos de delitos sexuales con menores (entre los doce y los catorce años), que inician su actividad sexual con jóvenes mayores de edad, y en donde conforman una familia, comoquiera que se presume que para estos casos el consentimiento no es válido.

Esta problemática surge dentro de una sociedad que se está adecuando a las nuevas concepciones de protección especial de las menores, en donde sin embargo, hay factores socioculturales y socioeconómicos que llevan a que las menores inicien de manera voluntaria su vida sexual antes de cumplir la edad señalada por el legislador, presentándose esta situación con mayor frecuencia en estratos bajos, por lo que se colige que las menores no acatan la legislación penal sino que siguen sus propias creencias.

Ello conlleva a un debate de si se debe aplicar una sanción penal en dichos casos, presentándose los cuestionamientos que se han hecho desde diferentes ópticas, iniciando con la crítica del carácter relativo que tiene el rango de la edad, tanto para establecer la mayoría de edad

como para presumir la validez del consentimiento, aunado a que no existe una categorización unificada para determinar el concepto de adolescencia, tenido en cuenta para establecer los tipos penales que sancionan los delitos sexuales, ya que ello depende de factores culturales, sociales o jurídicos, y por ende, la edad de consentimiento sexual basado en dicho concepto varía en las diferentes legislaciones.

Aunado a lo anterior se analizó cómo la edad de consentimiento sexual puede estar dada por razones religiosas, médicas, morales, etc., debiendo señalarse que no existe una única moral, sino normas creadas por opiniones mayoritarias que imponen sus criterios, y que soportan su legitimidad en encuestas o estudios que no abordan todas las problemáticas, pero que permiten que no se genere resistencia a la aplicación de altas penas.

Igualmente se realizó un cuestionamiento desde el punto de vista criminológico y victimológico para señalar que se debe acudir a investigaciones empíricas y a enfoques diferentes a los jurídicos para obtener una visión general de las problemáticas y así buscar soluciones alternativas al sistema penal que solucionen conflictos.

Se trajeron estudios internacionales en donde se concluyó que las menores están empezando su actividad sexual cada vez más temprano, estando dichos estudios en contraposición a los estudios nacionales realizados con base en encuestas que pueden no representar la real situación vivida por la menores en nuestro país.

Desde una óptica victmológica se analizó cómo los procesos penales se inician por denuncias puestas por los familiares de la menor o de oficio, sin que por parte de la víctima se considere afectado su derecho a la libertad e integridad sexual.

Frente a estos casos objeto de investigación se contraponen casos que no caen en el sistema penal, que hacen parte de la cifra oscura de la criminalidad, que conlleva a que se pueda cuestionar la aplicación selectiva del derecho sancionatorio, y más aún cuando se debería situar a la víctima en el centro de la discusión, resolviendo el conflicto desde la óptica de aquella y no de los denunciantes ni del Estado para devolverle el conflicto a la víctima y no tratarlos como ofensor y víctima sino como partes que resuelven sus conflictos.

Sin embargo, partiendo de la base de que lo expuesto anteriormente tan sólo se quedan en cuestionamientos y debates hechos frente a la aplicación de la pena en delitos sexuales abusivos cometidos con el consentimiento de la menor, procederemos a abordar el debate de si los operadores jurídicos, de una forma más concreta podrían dar aplicación al principio de la necesidad de la pena, de conformidad con lo normado en los artículos 3 y 4 del C.P., con el objeto de que se logre una dogmática orientada por la política criminal, en donde se pueden satisfacer necesidades de prevención especial, pero también se logre también analizar la situación concreta a partir de la aplicación de derechos fundamentales que deben integrarse para solucionar problemas penales.

Ya que si ello se pudiere realizar de esta manera, la imposición de la sanción podría responder a los principios de *necesidad*, *proporcionalidad* y *razonabilidad* (artículo 3 C.P.); entendidos estos “en el marco de la prevención” (artículo 4 C.P.), y así se podría dar cabal cumplimiento con las “funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado” (artículo 4 C.P.), para analizar la posibilidad de aplicar sanciones alternativas a la privación de la libertad, o la concesión de subrogados, e incluso la no necesidad de aplicación de la pena en dichos casos.

Capítulo Cuarto

4. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LA PENA EN DELITOS SEXUALES

4.1 LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD POR PARTE DEL LEGISLADOR.

El Legislador frente a los delitos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales ha venido haciendo incrementos punitivos, cumpliendo de manera simbólica su función preventiva de delitos, pero sin realizar una diferenciación de los diversos comportamientos que abarcan la comisión de la conducta, como en los casos de actos sexuales abusivos con el consentimiento de la menor, o que es cometido con mayor de catorce años con retraso leve, sino que por el contrario, se ha limitado a cumplir con una política de mera prevención general mediante la sanción de tales comportamientos, sin que por parte de los funcionarios judiciales se modere y aplique razonablemente el principio de la *necesidad de la pena*, expresado en la máxima latina *nullum crimen sine necessitate*.

Las corrientes criminológicas, como la Criminología Crítica, acogidas en Colombia, a través de Ferrajoli con su Garantismo Penal o Baratta con su Derecho Penal Mínimo, han pretendido minimizar la intervención del derecho penal, mediante la aplicación del principio de “*economía de las prohibiciones penales*”, que busca que el Legislador recurra a la criminalización de un comportamiento sólo cuando ello sea absolutamente necesario, cuando de no hacerlo se generan males mayores y cuando la pena se justifique sólo como un mal menor, por cuanto produce menos daños que lo que implica no aplicarla, correspondiendo ello a los comportamientos que no

representan una *lesividad* concreta al presunto bien protegido, como podría concluirse de los casos objeto de estudio (Martínez, 2002, p. 48).

En estos casos, el Legislador no ha analizado la necesidad de la aplicación de la pena, atendiendo la exigencia de *subsidiariedad y proporcionalidad*, ello es, buscando que la protección-evitación del comportamiento reprochado se pudiese lograr por otros medios o mecanismos diferentes al penal (subsidiariedad) o que la imposición de la sanción punitiva cause menos daños a la sociedad que lo que causa la trasgresión (proporcionalidad), mediante la aplicación de una exclusión o atenuación de pena, pese a que en este tipo de casos se vulneran derechos fundamentales como la *dignidad humana*, el *libre desarrollo de la personalidad*, e incluso, el derecho a conformar un núcleo familiar, tanto para la mujer como el condenado, que debe ser separado de la familia que ha conformado, por espacio de varios años (Martínez, 2002, p. 50).

Es por ello que Gómez Benítez (1997) afirma que es al momento de la “*conminación penal y en las normas sobre aplicación de las penas y no en su cumplimiento*”, donde debería manifestarse la flexibilidad penal, con el establecimiento de “*penas alternativas capaces de dar respuesta a las distintas necesidades de la prevención general integradora*” (p. 277).

Sin embargo, tal análisis no ha sido realizado por el Legislador, quien sólo se ocupa de aumentar las penas, como supuesto ofrecimiento de seguridad (protección de bienes jurídicos) con el fin de obtener el consenso social, logrando con ello solo cumplir una función simbólica de la pena, desviando el cumplimiento de las funciones reales del Estado, y que en verdad proporcionarían una protección a las víctimas, (Martínez, 2002, p. 50), como lo serían las verdaderas políticas de apoyo a mujeres madres de cabeza de familia que no cuentan con

personas que cuiden sus hijos, y quienes ante las pocas posibilidades ofrecidas por la entidades estatales se ven obligadas a dejar a sus hijos solos o al cuidado de personas (familiares o conocidos) que son quienes abusan sexualmente de los menores, siendo ésta población la que verdaderamente debe ser protegida por el sistema penal, y no los casos objeto de estudio, en donde la menor de edad o mayor de catorce años con retardo leve, se convierte en real víctima al ser objeto de consecuencias negativas por la aplicación de la normatividad penal a la persona con la que decidió iniciar su actividad sexual, dentro del marco de una relación de noviazgo y de conformación de familia.

Sin embargo, tal y como lo afirma Velandia (2015, p. 248) “una política realmente orientada a la prevalencia de los derechos de los niños no puede estar centrada en el derecho penal” ya que si bien a los menores se le deben proteger de agresiones:

“Un discurso que sostenga que se está dando prevalencia a los derechos de los menores de edad porque se recurre al derecho penal y al aumento de las penas imponibles a las conductas que atenten contra ellos carece de sentido porque no es en el derecho penal en donde se van a encontrar las herramientas jurídicas que permitan que tal prevalencia sea algo más que un discurso y se transforme en una realidad” (p. 249).

Por tanto, el derecho penal tiene un uso simbólico para “transmitir el mensaje de que se está haciendo algo por los derechos de los menores de edad, cuando la materialidad no acompaña tales afirmaciones” (Velandia, 2015, p.249).

4.2 LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

De igual manera por parte de la Corte Constitucional (C-876-2011, P. 20) no se ha dado el planteamiento sobre la vulneración de los derechos afectados con la aplicación de estas penas, ya que como se señaló anteriormente, no hay lugar a discutir la lesividad en tales comportamientos, y por ende, la no eliminación de la antijuridicidad de la conducta, por tratarse de una protección reforzada de derechos de los menores, al presumirse su no consentimiento, requiere que sea en el momento de la aplicación de la pena, por parte de los operadores jurídicos que se pueda efectuar un análisis constitucional de los derechos fundamentales involucrados, así como de la función que cumpliría la pena, a la luz de los principios de *proporcionalidad*, *razonabilidad* y *necesidad*, para así proceder a aplicar una pena adecuada al daño social producido, o se analice la posibilidad de aplicar medidas alternativas a la privación de la libertad, o de no aplicar pena alguna, por no necesidad de la misma, ya que por aplicación del principio de *subsidiariedad* se puede llegar a la conclusión de que pese a que “una persona ha sido declarada responsable penalmente, la reintegración social, como fin de la pena, puede realizarse sin ejecución de la pena impuesta” (Martínez, 2002, p. 53).

Frente ante esta posición de la Alta corporación se podría afirmar que “el merecimiento de pena” desde el punto de vista político criminal tiene un doble componente: de justicia y de utilidad de la pena; ya que “la categoría del merecimiento de la pena no es una categoría formal sino material”, ya que si fuera sólo formal no podría orientar al legislador ni serviría como “baremo para legitimar o criticar la política criminal”, constituyendo por tanto “la medida de una correcta política criminal” (Hassemer & Muñoz, 1989, p. 67).

La única clave garantista para interpretar la necesidad de pena acorde con el principio de *subsidiariedad* y de *mínima intervención*, como lo ha precisado la misma Corte Constitucional en nuestro medio (Cfr. Sents. C-565/93, C-261/96 o C-144/97) es reinterpretando el concepto como integración del condenado al ejercicio de los derechos constitucionales, a las normas de convivencia del Estado actual en sus tres dimensiones, de derecho, social y democrático (Martínez, 2002, p. 89).

4.3 LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD DESDE LA POLÍTICA CRIMINAL.

Según Roxin (Citado en Silva, 2000) la política criminal se ha orientado al “*consecuencialismo*”, identificándose como una orientación del sistema del Derecho penal a las consecuencias empíricas de su aplicación” ya que se busca una construcción del delito orientada a los fines (sociales) de la pena (prevención general y de prevención especial), aunado a un “sistema orientado a valores” es decir, una “Política criminal valorativa, que integra las garantías formales y materiales del Derecho Penal”, entendido como valoración de “los principios que *pueden derivarse* del ordenamiento jurídico” (p. 99).

Así Roxin (2000), entiende por política criminal no solo “la elección de las sanciones más eficaces para la prevención del delito”, sino también “los elementos limitadores de nuestro ordenamiento jurídico penal” como serían los principios que regulan la aplicación de la pena, y en especial, el principio de la necesidad de la pena (p. 58).

Roxin defiende la categoría de la *necesidad de* pena como criterio de política criminal dentro

de la estructura del delito para descriminalizar comportamientos por parte de funcionarios judiciales, sin necesidad de esperar reformas legislativas, ya que “[e]xisten máximas de política criminal que nos permiten juzgar mejor lo que en cada caso no se debe penalizar”, es decir, aplicar la *necesidad de pena* como expresión de una “filosofía negativa de política criminal”, aplicada incluso en relación con cada uno de los elementos estructurales del delito, para excluir la *tipicidad*, la *antijuridicidad* y la *culpabilidad*. Se trata de utilizar “el poder de apreciación del funcionario, de su autonomía interpretativa, excluyendo de respuesta punitiva el comportamiento, por falta de algún elemento, por intrascendencia social”, buscando la reducción del objeto de protección de la norma (Martínez, 2002, p. 54-55).

Igualmente considera que la determinación de la culpabilidad no necesariamente conduce a la pena, ya que la culpabilidad es útil mantenerla como exigencia o límite a la imposición de la pena así, “la culpabilidad es entonces condición necesaria pero no suficiente para la imposición de la pena”, significa que sin culpabilidad no puede haber pena, pero el hecho de que aquella se determine no implica necesariamente la imposición de una pena, pues ésta exige otros requisitos (Martínez, 2002, p. 55-56).

Las nuevas tendencias de derecho y de política criminal nos muestran que merecen pena los comportamientos que “perjudican el funcionamiento del sistema social”, ya que mientras “el ‘*merecimiento de pena*’ corresponde al nivel de valoración de la dañosidad social”, viendo lo que es perjudicial, mientras la “*necesidad de pena*” corresponde al nivel de la finalidad, es decir, tratando de determinar lo que se busca con la respuesta punitiva (Martínez, 2002, p. 40).

La imposición de una pena se hace necesaria y sólo se justifica en los casos en donde se “perjudique de manera insoportable la coexistencia, libre y pacífica, de los ciudadanos y no sean

adecuadas para impedirlo otras medidas jurídicas y político sociales menos radicales”, puesto que la sola dañosidad no es presupuesto de pena, se requiere, según el principio de proporcionalidad, que “no sean suficientes otros medios menos radicales para combatir o impedir fenómenos de perturbación social”, por cuanto el derecho penal tiene un carácter subsidiario (Roxin, 1981, p. 30-32).

Fernández Carrasquilla (2014, p. 154) señala que “las penas innecesarias, innecesarias y excesivas solo crean víctimas”, que “los fines utilitarios de la prevención (general y especial, positiva y negativa) no pueden desbordar la ética mínima” porque la justicia sería sólo un instrumento para inspirar terror y no respeto, miedo y no acogimiento de las normas.

[La] “*necesidad de pena*, tanto para consagrarla (momento de la prevención general), como para dosificarla (momento de la prevención especial) se deduce del principio de subsidiariedad. (...) La pena es innecesaria cuando ella no ofrece una posibilidad real de prevenir o corregir la dañosidad social (...) esa finalidad de la pena no se logra cuando se tienen a disposición medios menos dañosos, que la penalización de un comportamiento, y que ofrecen mejores o por lo menos los mismos resultados (Martínez, 2002, p. 41).

Se puede afirmar de lo expuesto por Roxin (1997) que “una conducta “merecedora de pena” solo estará “necesitada de pena” si se añade una necesidad preventiva de punición”. Lo que implica que el concepto de necesidad de pena no afecta las penas establecidas ni las causas de exclusión de la punibilidad, sino que afecta las conductas punibles que no necesitan sanción por prevención general o especial (p. 983-984).

4.4 LA NECESIDAD DE LA PENA COMO CUARTA CATEGORÍA DOGMÁTICA.

Roxin (2000) considera que el concepto de culpabilidad y de necesidad preventiva (general y especial) forman conjuntamente la categoría que denomina “responsabilidad”, basada en tres pilares político criminales que son la “prevención general, prevención especial y limitación de la pena por razones de Estado de Derecho” (p. 50).

En este sentido pondríamos a Roxin dentro de los autores que han considerado que cuando el Legislador describe la conducta típica y luego señala la pena en la que incurrirá, se constituye otro elemento del delito, lo que conlleva a señalar que la categoría de *necesidad de pena* es un cuarto elemento o nivel dentro de la estructura del delito, independiente de la antijuridicidad y la culpabilidad.

Sin embargo otros autores como Mir Puig (1995) consideran que la necesidad de pena está en todos los niveles de la estructura del delito, al afirmar que la idea de punibilidad debe atravesar todas las categorías del delito, para que el tipo se vea como tipo penal, el injusto como injusto penal y la culpabilidad, como culpabilidad penal, a fin de “definir el delito como comportamiento humano *penalmente* antijurídico y culpable” (p. 35), negando así que se constituya en un elemento independiente, sino entendido como parte de cada elemento del delito en el cual se deberá analizar la necesidad de la pena, concepción ésta que se ve reflejada en la normatividad penal cuando se señala en normas generales, que el juez puede prescindir de la aplicación de pena en los casos en que la conducta realizada es insignificante socialmente (Martínez, 2002, p. 65-

67).

En este mismo sentido Hassemer y Muñoz (1989) consideran que el *merecimiento de pena* no es una “categoría autónoma del delito”, sino una “categoría general” que comprende todos los elementos del tipo, y puede requerir por razones de justicia o de utilidad “complementar o modificar los elementos singulares del hecho punible” (p. 67).

Esta segunda concepción de las categorías del delito obedecería a un entendimiento más amplio del principio de *subsidiariedad* y mínima intervención del derecho penal, y por ende, tendría como ventaja que el operador jurídico (tanto el Fiscal como el Juez) pudiera aplicar dicho criterio de *necesidad de pena* para deducir las condiciones o presupuestos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y ello conllevaría a que desde etapas más tempranas de investigación se lograra adoptar decisiones de fondo, sin necesidad de llevar los casos a juicio y menos aún esperar que se profiriera un fallo condenatorio, comoquiera que así sería posible excluir la necesidad de pena, como consecuencia de la ausencia de uno de los requisitos del tipo injusto o de la culpabilidad, como por ejemplo por falta de lesividad de la conducta (principio de *insignificancia social*), como sucedería en los casos objeto de estudio en esta tesis, toda vez que se podría analizar que para los mismos no se haría necesaria la aplicación de una pena, por poca afectación al bien jurídico, toda vez que “desde el punto de vista de la justicia el merecimiento de pena es el de la lesión, o en su caso, puesta en peligro de un bien jurídico” interpretado con “los preceptos constitucionales sobre derechos fundamentales” ya que éstos son los que determinan el merecimiento de pena (Hassemer & Muñoz, 1989, p. 69).

“[L]a Constitución y la realidad social son, pues importantes fuentes para una comprensión material del bien jurídico en Derecho Penal, que a su vez es el criterio central para una

determinación correcta del concepto de merecimiento de pena”, basados en criterios de justicia y utilidad, como “componentes del concepto de merecimiento de pena” (Hassemer & Muñoz, 1989, p. 70).

Sin embargo, dado que hasta el momento no se ha generalizado un entendimiento de las categorías del delito de esta manera, debemos señalar que la primera concepción sí estaría regulada en nuestro código penal al señalar que el principio de *necesidad* se puede aplicar al momento de dosificar las penas, por lo que acogiendo la primera tesis, el funcionario judicial podría dar aplicación al principio de necesidad de la pena, al momento de su dosificación, sin que le sea admisible omitir tal deber comoquiera que su obligación es lograr la efectividad de los principios que rigen la aplicación de la pena.

4.5 ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD.

El juez no puede “dosificar la pena con pretextos ejemplarizantes” ya que según HASSEMER (citado en Martínez, 2002):

La dosificación de la pena que hace el juez con fines preventivos generales no puede coincidir con la que ha hecho el Legislador (cuando (...) criminalizó el comportamiento) (...). Cuando el juez fija una pena con objetivos “ejemplarizantes”, (...) está violando el principio de responsabilidad personal, porque se castigaría a una persona no por lo que ha hecho (derecho penal del acto), sino por lo que eventualmente puedan hacer los demás. (...) la fijación de la pena en nombre de la

prevención general representan una instrumentalización del hombre (p. 81).

En nuestra normatividad el artículo 61 del C.P. permite al juez orientarse en “un ejercicio de ponderación entre prevención general y prevención especial”, anteponiéndolas al fin de “castigar para escarmentar a terceros”, o sea, como “criterio de defensa social”. Además, el juez no debería interpretar el principio de *necesidad de la pena* como “necesidad de someter a sufrimiento” al sentenciado, por cuanto “no puede confundir la prevención especial con la retribución justa, que es una función diferente”; y menos aún interpretar como “necesidad de ejemplarizar a terceros mediante el sufrimiento”. Y máxime si están guiados por los principios rectores de la “Constitución política y los tratados internacionales sobre derechos humanos de los prisioneros”, que permiten a los funcionarios judiciales a orientar su ejercicio judicial hacia la sustitución de las penas privativas de la libertad (Martínez, 2002, p. 85-86).

Además, el juez tampoco debería “valorar más de una vez circunstancias ya tenidas en cuenta en otros ‘aspectos’ de dosimetría”, por lo que en caso de que hayan sido “tenidas en cuenta para deducir la gravedad de la conducta o el daño creado”, no podrá considerarlas de nuevo para establecer una “*necesidad de pena*” (Martínez, 2002, p. 91).

Baratta (2002, p. 68) cuestiona la utilidad de la pena para evitar delitos, por ser inverificable empíricamente, ya que no se ha podido establecer que no se delinque porque existen penas, o que los que delinquen lo hacen por indiferencia a aquellas; pero además, si se busca que la pena resocialice, reintegre, reincorpore, porque de lo contrario sería inútil, es claro que las condiciones de las cárceles colombianas producen efectos totalmente contrarios, tanto es así que la Corte Constitucional ha declarado la situación carcelaria en un “estado inconstitucional”, con lo cual se puede afirmar que no es el lugar apropiado para que una persona pueda lograr una resocialización

(Martínez, 2002, p. 61).

Es por ello pertinente traer a colación el debate dado por la Corte Constitucional (T-153, 1998, p. 72) al declarar la situación carcelaria en un “estado constitucional de cosas”, en donde señaló que en la cárcel se presentan “condiciones de hacinamiento [que] impiden brindarle a todos los reclusos los medios diseñados para [lograr una] resocialización (estudio, trabajo, etc.)”; existe sobrepoblación carcelaria, que impide la separación entre sindicados y condenados, en donde no se puede “gozar de las más mínimas condiciones para llevar una vida digna (...) tales como contar con un camarote, con agua suficiente, con servicios sanitarios, con asistencia en salud, con visitas familiares en condiciones decorosas, etc”, por lo que “el hacinamiento desvirtúa de manera absoluta los fines del tratamiento penitenciario”, máxime cuando la “resocialización no consiste en imponer determinados valores a los reclusos, sino en brindarles los medios para que, haciendo uso de su autodeterminación, establezca cada interno el camino de su reinserción al conglomerado social”.

Y en palabras más crudas se puede afirmar que en nuestras cárceles es imposible lograr la resocialización sino sólo el fin retributivo. (Agudelo, 2012).

Así pues, ante la realidad carcelaria, y frente a una aplicación de una pena de alta duración, a jóvenes que están tan sólo terminando sus estudios básicos, si es que estudian, o que apenas empiezan a vivir su vida, que desplegaron su conducta dentro del ámbito de una relación consentida, el operador jurídico podría, de manera razonada, aplicar el inciso 3° del Artículo 61 que señala los “Fundamentos para la Individualización de la Pena”, dado que una vez establezca “el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena”, el juez podría ponderar:

[L]os siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Para los casos objeto de estudio se podría analizar si efectivamente se requiere la aplicación de la pena para dar un tratamiento resocializador al condenado (prevención especial positiva), puesto que para estos casos debe superarse la idea de resocialización como integración del colectivo social, y entender que el mejor contenido resocializador que se le pueden dar a las penas privativas de la libertad es la aplicación de principios constitucionales de derechos fundamentales de los condenados, que deben ser independientes de la sociabilidad que obtenga el reo y sin que con ello se perturbe el mensaje preventivo general integrador (Gómez, 1997, p. 277).

Para Baratta (2002) es en “el momento preceptivo” cuando “se realizaría la función de prevención general positiva socialmente útil de la ley penal, o sea la función de orientación moral y cultural de los coasociados”, razón por la que para los casos en cuestión, por parte del juez, no se debería aplicar una pena con miras a lograr tal fin (p. 69).

Pero además, se debe traer al presente debate si es legítima la pretensión pedagógica del Estado frente a los asociados al aplicar la pena, cuando se evidencia una línea muy delgada entre moral y derecho, con consecuencias sociales y políticas negativas, no sólo para el condenado sino también para su pareja menor de edad, en donde se involucran los derechos de los niños habidos en la relación, por lo que el Estado podría buscar ejercitar esa función pedagógica sobre la comunidad de otra manera, para que “se respete la autonomía ética del condenado”, máxime cuando “la crítica a la teoría de la prevención general positiva [...] muestra que] la influencia de

la pena sobre la moral social parece ser extremadamente limitada”, por cuanto los potenciales infractores son resistentes al cumplimiento de las normas, es decir, a acatar normas prohibitivas respecto de relaciones de noviazgo con una menor de edad, y dado que los que cumplen la norma, no están interesados ni necesitan el refuerzo para el acatamiento de lo ordenado (Baratta, 2002, p. 70).

Es por ello que resultaría de suma importancia la aplicación del principio de dañosidad social, con el cual “solo puede considerarse merecedora de pena la conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico, es decir, que va más allá de la relación autor-víctima, afectándonos ‘a todos’ ” a fin de que este principio delimite el derecho de la moral exigiendo “la exteriorización de la infracción jurídica y la manifestación social de las consecuencias” (Hassemer & Muñoz, 1989, p. 71).

4.6 LA PENA COMO ÚLTIMA RATIO

La pena es una medida que debe aplicar el Estado como *ultima ratio*, por lo que debe ser proporcionada, justa y útil (C-647, 2001, p. 16), por cuanto “*no se pueden imponer penas desproporcionadas, innecesarias o inútiles*”, dado que el fin del Estado al imponer la pena es asegurar la “*convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo*”.

Para Roxin (1981) “la imposición de una pena sólo está justificada (...) [cuando se] “perjudique de manera insoportable la coexistencia, libre y pacífica, de los ciudadanos y no sean adecuadas para impedirlo otras medidas jurídicas y político sociales menos radicales” (p. 32),

puesto que la sólo dañosidad no es presupuesto de pena, ya que se requiere, según el principio de “*proporcionalidad*”, que “no sean suficientes otros medios menos radicales para combatir o impedir fenómenos de perturbación social”, por cuanto el derecho penal tiene un carácter subsidiario (p. 30).

Por tanto, “la proporcionalidad de la pena exige que haya una adecuación entre la conducta delictiva y el daño social causado con ella”, y que ésta resulte de considerar “las circunstancias que la agraven o la atenúen”, por lo que para éste caso en concreto, le correspondería al juez “individualizar (...) los límites mínimos y máximos señalados” por el legislador para la conducta desplegada, y tener en cuenta las “circunstancias concretas de modo, tiempo y lugar, así como las particulares en que se sitúa el agente del delito”, al haber cometido éste con el consentimiento de la menor y dentro del desarrollo de una relación sentimental, con el fin de lograr una dosificación mínima de pena a imponer (C-647-2001, p. 1).

Pero además podría analizar qué tan útil es la aplicación de ésta pena en particular, ello es, la necesidad social de la misma, viéndose abocado a considerar la pena no como un castigo, para devolverle el mal cometido, sino en términos de utilidad a los fines constitucionales del Estado y de la política criminal, así como de la pena en particular, para que no se convierta en injusta.

Debería tener en cuenta el operador jurídico de que la ley trae una disposición abstracta que legitima el sistema existente y refuerza sus prácticas mediante la aplicación de la pena, pero que tales sanciones han sido elevadas de manera desmesurada sobre la base de la presunta afectación de los intereses protegidos, y con fundamento en una “opinión pública” construida sin base en la realidad, en un marco de dureza del sistema penal y sin entender cómo “verdaderamente funciona el sistema penal” (Hulsman, 1984, p. 43-44).

No hay que olvidar que el desarrollo de la política criminal se hace no sólo por el poder ejecutivo y legislativo, sino que es el poder judicial, y en concreto los jueces al aplicar la pena, quienes confirman el derrotero marcado por la política criminal del Estado (C-312, 2002, p. 8), a fin de lograr la sanción de las conductas graves e intolerables cometidas en contra de la comunidad, como lo son los casos de delitos sexuales a menores de catorce años, que se presentan de manera abusiva por parte de personas, ya sea allegadas o extrañas a ellos, que los obligan a participar de actividades eróticas sin que por parte de dichos menores se tenga la menor consciencia de la ilicitud de lo que se está cometiendo con ellos, o que de manera violenta son accedidos sexualmente, o que son objeto de actos sexuales, los cuales, la sociedad repudia ante la vulneración palpable de los derechos a la integridad y formación sexuales de los menores de edad.

Y es que este tipo de conductas necesariamente deben ser sancionadas por el Estado de forma efectiva y con la aplicación de penas altas, comoquiera que no existe otra forma de proteger eficazmente a los menores, al ser la pena un mecanismo útil y justificado para los casos acabados de mencionar.

Por tanto, estas conductas no se pueden medir con el mismo rasero y de manera indiscriminada frente a todos los delitos sexuales, ya que todas las conductas sancionadas no tienen el mismo grado de dañosidad o vulneración al bien jurídico, y menos aun cuando la conducta es el resultado del curso de una relación sentimental consentida, y en muchos de los casos aprobadas por los padres, que hacen concluir que este tipo de situaciones, sin lugar a dudas, deberían y podrían ser tratados de manera distinta, ya que de ello no ser así, se atentaría contra el

principio de *proporcionalidad de las penas*.

De manera que teniendo claro cuál es la política criminal que sigue el Estado, que deviene de la normatividad internacional constituida por Tratados y Convenios de protección de derechos de los menores de edad y de las mujeres, el juez estaría en condiciones de analizar si el Legislador buscó sancionar con penas tan elevadas las situaciones en que no se dan las condiciones de vulneración atroz de los derechos de los menores, tal y como sucede en los delitos denominados abusivos cometidos con el consentimiento de las menores, en el rango de doce a catorce años, o de menores con retraso leve, buscando con ello establecer si la aplicación de la pena sería útil para estos casos, por cuanto podrían existir otros instrumentos jurídicos que permitirían conseguir los fines primordiales de prevención de nuevos delitos y de resocialización.

4.7 ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD

Al hacer un análisis de necesidad de la pena el funcionario judicial podría verificar si la aplicación de la pena se hace necesaria para la “preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados” (C-806, 2002, p. 16), ello es, que no se trate solamente de buscar efectos disuasivos e intimidatorios, sino que sea necesaria a fin de evitar o disminuir la comisión de conductas delictuales, y por ende, debería estudiar si el sentenciado necesita la pena para no volver a cometer el delito, o si por el contrario, se trata de casos especiales, en donde los acusados no han cometido delito alguno, más que el iniciar una relación sentimental y de noviazgo con una menor de catorce años o con una mayor de edad que tiene un leve retraso

mental, con el consentimiento de ésta, y que una vez sometido a una condena penal, no se encontraría en condiciones de volver a cometer este delito, y por tanto, si la aplicación de medidas menos crueles que la pena privativa de libertad, evitarían que el condenado continuara con la misma conducta comportamental, ello es, que nuevamente vuelva a tener una relación con otra menor de edad o mayor de edad con retardo leve, luego de haber sido objeto de judicialización en un proceso y haber sido condenado penalmente con una pena de tal magnitud.

Se haría necesario analizar estos casos desde una “dogmática orientada politicocriminalmente” a “satisfacer las exigencias de prevención general”, pero sin “dejar fuera de consideración la concreta situación e individualidad del autor”, en donde se debe hacer efectiva la aplicación de “derechos fundamentales” como “arsenal de solución a los problemas penales” (Roxin, 2000, p. 64) humanizando el derecho penal en el caso concreto y no aplicándolo a manera de responsabilidad objetiva o de forma mecánica.

Solo una determinación del merecimiento de pena adaptado a su tiempo y a las necesidades de la praxis puede lograr a la larga las expectativas que encierran las teorías preventivas del Derecho penal (...) [y podrán] incidir en el comportamiento de las personas con los medios del Derecho penal (reinsertar a los delincuentes, intimidar a los que pudieran llegar a serlo y afirmar y asegurar las normas sociales fundamentales). Una política que a la hora de determinar el merecimiento de pena no influya sobre las personas ni cognitiva, ni emocionalmente, quizás pueda ser justa, pero en ningún caso será útil (Hassemer & Muñoz, 1989, p. 75).

En una perspectiva de derecho penal de garantías y derecho penal mínimo la necesidad de la pena obligaría al operador jurídico a imponer penas mínimas necesarias y configurar el delito, es

decir, darle la categoría de conducta punible sólo a aquello que sea en realidad grave y que se reconozca como no controlable de otra manera, al ser el derecho penal el último remedio en la solución de conflictos (Pérez Pinzón, 2009, p. 118), porque dentro de un contexto de “*derecho penal mínimo*” o “*última ratio*” la pena privativa de la libertad “únicamente se puede legitimar cuando sea materialmente imposible suprimir una determinada perturbación social mediante medidas menos duras de política social” (Roxin, 1981, p. 134).

Desde algunas perspectivas, “la política criminal es un actuar práctico”, ya que no se debe satisfacer con criterios de justicia sino que debe tener un “sentido práctico”, es decir que debe ser útil, por lo que debe haber “una comprobación crítica de si, hasta qué punto y con qué consecuencias secundarias, puede la Administración de Justicia penal aceptar y ejecutar en la práctica las decisiones politicocriminales sobre merecimiento de pena”, ya que “la corrección de las valoraciones politicocriminales” no se debe hacer “desde un punto de vista puramente normativo y sin considerar las consecuencias políticas” porque de ser así rechazaría el criterio de utilidad de la pena. (Hassemer & Muñoz, 1989, p. 73).

El criterio, desde esta postura, que debería adoptar la política criminal, es el de *dañosidad social* teniendo en cuenta la conducta desplegada empíricamente, pero además se debe complementar este criterio con el principio de la *proporcionalidad*, tomando en consideración la protección no sólo de los valores existentes, sino también la introducción de nuevos valores (Tiedemann, 1991), que se van creando en la sociedad, y es por ello que, para los casos objeto de estudio, al momento de establecerse la pena correspondiente, el juez podría analizar si efectivamente se produjo un daño con la conducta imputada teniendo en cuenta los nuevos valores reconocidos a las mujeres al momento de querer conformar una familia.

[E]l juez no es un simple aplicador de la ley al caso, (...) [l]a determinación del merecimiento de pena por parte de la ley es completada productivamente por las determinaciones del juez penal, que no tiene por qué coincidir necesariamente con los criterios legales (...) [ya que] el concepto juridicopenal de delito no puede ser contrario al del legislador penal; pero tampoco puede ser sin más deducido de la ley, es más bien (...) un producto elaborado sistemáticamente por la Ciencia del Derecho penal que completa el concepto politicocriminal desde otro punto de vista. (Hassemer & Muñoz, 1989, p. 79).

4.8 ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

A la luz del principio de *razonabilidad*, el funcionario judicial podría individualizar la pena con fundamento en criterios de prudencia, justicia o equidad (C-530, 1993, p. 67), buscando con ello una finalidad constitucionalmente legítima, ya que se trata de encontrar la *idoneidad o de adecuación al fin*, debiendo acudir para ello a la utilización del *test de razonabilidad*, para fundamentar satisfactoriamente que la aplicación de la pena materializa o garantiza según lo normado por el artículo 2 de la C.P. “la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”, como fin esencial del Estado (Martínez, 2002, p. 90).

Según la perspectiva de derecho penal mínimo “un sistema penal es racional y cierto” en cuanto sus intervenciones son previsibles, porque son motivadas y sustentadas en principios constitucionales y legales, teniendo la ciudadanía la seguridad de que éstos serán aplicados por los operadores jurídicos (Pérez 2009, p. 110).

La puesta en práctica de esta postura resultaría en una “pena equilibrada”, adecuada a los fines perseguidos, en donde buscando el restablecimiento de las relaciones entre el que comete la conducta delictiva y la sociedad, mediante una respuesta equitativa y justa, debiendo hacerse el juicio de ponderación a partir de la finalidad esencial de la seguridad jurídica, en donde la decisión del funcionario judicial, sea el producto de una “elaboración intelectual altamente controlable, predecible y debatible” (Velásquez, 2010, p. 659), y en donde por aplicación de este principio se puede concluir que se hace indispensable dar un trato desigual "racional" para los casos de actos sexuales abusivos en donde converge el consentimiento de la menor, comoquiera que es “razonable” aplicar una diferenciación en la aplicación de la pena, por tratarse de la vulneración de un derecho relativo y con el consentimiento de la víctima, y máxime cuando estas conductas son cometidas por jóvenes que apenas acaban de cumplir su mayoría de edad (dieciocho a veintiún años), siendo razonable por tanto, dar tal trato diferenciado con referencia a personas con edad superior a la referida, teniendo en cuenta la penalidad tan alta de la que son objeto.

El principio de razonabilidad, al concretarse “en otro más específico, el de proporcionalidad (...) sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales (...) [que] entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro” conllevaría a que le corresponda al juez, al proferir una condena, determinar “si esa reducción es proporcionada a la luz de la importancia del principio o derecho afectado” (C-022, 1996, P. 9).

Por tanto, el operador jurídico podría resolver cómo éste trato diferenciador es razonable a la luz de su finalidad, con el objeto de no vulnerar el principio de igualdad ya que éste se violaría

“cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable.” (C-022, 1996, P. 8); por lo que el razonamiento a realizar por el juez se justificaría, desde esta postura, aludiendo a una justificación objetiva y razonablemente, resaltando que se trata de realizar una diferenciación para perseguir un fin legítimo, siendo necesario para ello, la aplicación o empleo de otros medios, consagrados por la misma ley, con el fin de lograrlo.

El debate gira en torno a si el juez podría aplicar el concepto de proporcionalidad como “análisis constitucional de valores” (T-230, 1994, p. 30) justificando en su decisión la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, ello es, analizar si los medios alternos a la privación de la libertad serían adecuados a la consecución de los fines de la pena, comoquiera que se cumplirían con ellos el fin de la retribución justa al imponérsele una sanción penal adecuada a su culpabilidad, ello es, una pena menor que la aplicada a los que cometen la conducta sin el consentimiento de la víctima y como resultado de una agresión atroz de los derechos de las menores; al igual que el fin de la prevención general, comoquiera que la pena cumplirá ante la sociedad su función de prevención de delitos (*prevención general negativa*) y el de reafirmación de la norma (*prevención general positiva*); así como el de prevención especial por aplicarse sustitutos penales que impedirían la comisión de más delitos por parte del condenado y que finalmente lograrían la reinserción social de aquel; cumpliéndose con dichos medios con otra de los fines de la pena, como lo es la “protección al condenado” (artículo 4 C.P.), de ser sometido a una pena privativa de la libertad, en donde, en las condiciones que reportan nuestras cárceles colombianas solo podrían conllevar a que el sentenciado, que tiene tan sólo, entre dieciocho y veintiún años, y quien hasta ahora está

conformando una madurez intelectual y psicológica suficiente para consolidar su capacidad de obrar, pasaría a ser objeto y víctima de la delincuencia carcelaria, que sanciona con acciones violentas a los “violadores”, sin que importe las condiciones en que se produjo la comisión de dicha conducta por parte del infractor de la norma; así como sería blanco perfecto de la delincuencia para generar en él la comisión de nuevas conductas delictivas, precisamente por su escasa edad.

Por tanto, en estas condiciones particulares las medidas sustitutivas, a la luz de estos criterios, serían adecuadas para la consecución de los fines de la pena, ya que estos medios, según esta postura, sacrificarían en menor medida los derechos fundamentales del condenado, como lo es su dignidad humana, la cual debe primar en la aplicación de la sanción penal, y dado que aquella se vería altamente afectada en caso de aplicarse una pena privativa de la libertad, al ser sometido dicho sujeto activo, a todas las consecuencias adversas que conlleva la reclusión en una cárcel.

Además, debe resaltarse que con la aplicación de tales medidas sustitutivas no se estaría, según estos postulados, sacrificando ningún derecho fundamental de la víctima, puesto que ésta, en todo momento ha señalado su no afectación, al haberse dado la conducta delictual con su consentimiento.

Igualmente se puede afirmar que atendiendo el punto de vista de la “participación de la víctima” en la comisión del ilícito, en los “casos en que el resultado es consecuencia tanto de la conducta típica del autor como de una conducta inadecuada de la víctima –que pueden denominarse supuestos de *confluencia de conductas*-, ello podría disminuir – en atención al carácter autorresponsable de la víctima- la responsabilidad del autor”, comoquiera que si bien el

Legislador ya ha señalado que no se puede predicar autorresponsabilidad por parte de las menores de edad, al no presumirse su consentimiento, el concepto de gravedad de la conducta, la intensidad del dolo y el daño real, que se constituye como criterios dosificadores de la pena, lo permitirían (Cancio, 1998, p. 78).

En este mismo sentido se podría afirmar que el principio de autoresponsabilidad no se debería utilizar para la reducción de pena, a menos que esté especificado como uno de los criterios generales para medición de la misma, como cuando se establece para dosificar la pena “la gravedad del hecho”, tal y como sucede en nuestra normatividad penal en su artículo 61 inciso 3º, razón por la que podría colegirse que acogiendo este criterio victimológico, por parte de los jueces se podría hacer una reducción considerable de la pena a imponer al infractor de estas conductas tipificadas como punibles (Bustos, 1993, p. 26).

4.9 ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de *proporcionalidad*, en estricto sentido, por tratarse de un principio derivado del principio de igualdad, obliga al funcionario judicial a no imponer una pena con exceso, debiendo en consecuencia, hacer una “relación ponderada entre la pena y la antijuridicidad-culpabilidad de la conducta (lesividad y consciencia de ésta, etc) y los derechos constitucionales de la persona sacrificados con la pena a imponer” (Martínez, 2002, p. 90), viéndose abocado en este caso el juez a analizar el por qué se aplica una pena mínima.

Desde esta perspectiva, el análisis por parte del juez podría darse señalando que la pena debe

ser aplicada dentro de los topes mínimos, por cuanto ésta no puede superar la culpabilidad del autor (Roxin, 1997, p. 103), por no existir una gravedad en el injusto (principio de lesividad), por cuanto las penas impuestas por el Legislador frente a los delitos sexuales están destinadas a ser aplicadas a casos de abuso sexual no concebibles por ninguna sociedad, es decir, por los aborrecibles, y por el contrario, los casos en estudio comportan una afectación mínima a la libertad, integridad y formación sexuales, en la medida en que éstas ocurrieron con el consentimiento de las menores, que libre y voluntariamente y en ejercicio de su *libre desarrollo de la personalidad* (artículo 16 de la C.P.) decidieron iniciar su actividad sexual con jóvenes entre los dieciocho y veintiún años de edad.

Así mismo, se podría considerar por el juez, según estos principios, que el infractor de la norma no merece una pena mayor a su grado de culpabilidad, en la medida en que si bien el agente puede conocer la desaprobación social de la conducta, y quiere su realización, vemos que igualmente tal conducta es querida y coadyuvada por la presunta víctima y por ende ameritaría una menor reprochabilidad de su actuar, que conllevaría la aplicación de una pena menor.

El principio de proporcionalidad y de adecuación de la culpabilidad de las consecuencias juridicopenales se basa en que una conducta “sólo puede tratarse como merecedora de pena cuando el empleo de los medios jurídico penales es adecuado, necesario y proporcionado”, por lo que la conducta merece pena “cuando la aplicación de reacciones jurídico penales no es desproporcionada a la significación de esa conducta” dado que el merecimiento de pena “es una cuestión sobre las actuales exigencias políticas y sociales” razón por la que el juez debe mirar los costos y consecuencias de la intervención penal, ya que de acuerdo a este principio debe analizar tales factores al dosificar la sanción y acudir a la aplicación de subrogados penales y

circunstancias atenuantes, a fin de lograr la efectividad del principio de proporcionalidad (Hassemer & Muñoz, 1989, p. 72-74).

En consecuencia, en caso de no ser analizado en este sentido el principio analizado, el operador jurídico podría atentar contra el principio de *prohibición de exceso* como límite del poder punitivo del Estado, derivado del concepto retributivo de la pena y sustentado en el artículo 12 de la Constitución Política, que prohíbe las penas inhumanas, crueles o degradantes (Velásquez, 2010, p. 659).

En consecuencia, estos principios constitucionales que obran en la normatividad penal y que son de obligatoria aplicación, concretan la realización del principio de la *efectividad de los derechos*, y por ende se convierten en imperativos para el operador jurídico al momento de proferir una sentencia condenatoria ya que la Constitución ordena que las decisiones tengan un carácter justo, el cual se logra con la realización de los valores y principios esenciales del ordenamiento constitucional, al encontrarnos ante un derecho penal constitucionalizado por influencia directa de los principios descritos en la normatividad penal como normas rectoras.

4.10 ANÁLISIS DE OTROS DERECHOS INVOLUCRADOS

Es necesario traer a la presente discusión que el juez podría realizar una ponderación adicional, respecto de los casos objeto de análisis, cuando la menor ha quedado embarazada del condenado o ha conformado una familia con éste, y cómo la aplicación de la correspondiente sanción penal afectaría sus derechos fundamentales, a fin de establecer si debería hacer

prevalecer los derechos de la mujer y de los menores habidos en tal relación, como sujetos de una protección reforzada por parte de la Constitución, con miras a la obligación de aplicar la concesión de sustitutivos penales.

Es difícil el papel que debe desarrollar el juez de defender las garantías y derechos individuales que nacen de la doble función de proteger el orden y al ciudadano, y que fuere denunciado por la perspectiva abolicionista (Pérez, 2009, p. 104), de proteger al condenado como de proteger a la víctima, pero su gran labor no puede ser cumplida si no se tiene una concepción constitucional de los derechos involucrados para hacer una ponderación de ellos a fin de adoptar la decisión correcta.

Se podría afirmar, dentro del debate que la penalización de conductas de abuso sexual con el consentimiento de las menores (entre doce y catorce años o de mayores de catorce años con leve retraso mental) con jóvenes entre los dieciocho y veintiún años, constituye una sanción para la mujer que decide iniciar este tipo de relación sentimental, por lo que se convertiría en una intromisión en sus derechos fundamentales y por ende se estaría excediendo el Legislador en la configuración de las conductas punibles.

Por tanto, la sanción penal aplicada al condenado no es una medida que esté encaminada a proteger el “interés superior de la menor” (artículo 44 de la C.P:) y menos aún de los niños habidos en dicha relación, puesto que limitan de manera desproporcionada la autonomía de las menores entre doce y catorce años, o de las menores con retraso leve, y privan de los derechos fundamentales de la mujer y los niños a tener una familia.

Los derechos fundamentales de las mujeres en la Constitución Política Colombiana y en el

derecho internacional, han tenido un gran avance al ser aplicadas por la Corte Constitucional (C-371-2000):

Las acciones afirmativas, incluyendo las de discriminación inversa, [que] están, pues, expresamente autorizadas por la Constitución y, por ende, las autoridades pueden apelar a la raza, al sexo o a otra categoría *sospechosa*, no para marginar a ciertas personas o grupos ni para perpetuar desigualdades, sino para aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a esas mismas personas o grupos en posiciones desfavorables (p. 52).

Estas acciones, como desarrollo del artículo 13 de la C.P. en el inciso 2º, que dispone que el "Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados", por lo cual pueden ser consideradas por parte del juez para señalar que hay situaciones que afectan de manera diferente a ciertos grupos, y en particular en lo relacionado a los derechos que tienen las mujeres sobre su cuerpo, su sexualidad y reproducción.

Uno de los casos en donde la Corte Constitucional (C-355, 2006, p. 248) reconoció los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres” es la sentencia de despenalización del aborto en casos excepcionales, donde se dieron varios fundamentos de interpretación que serán tenidos en cuenta para hacer las siguientes afirmaciones:

“[L]os derechos sexuales y reproductivos tienen fundamento en el principio de dignidad de las personas y sus derechos a la autonomía e intimidad”, de donde se extrae “el derecho de la mujer a la autodeterminación reproductiva”, a la “libertad de matrimonio y a fundar una familia”, toda

vez que “los derechos sexuales y reproductivos han sido reconocidos como derechos humanos” y deben hacerse respetar en un Estado democrático comoquiera que “parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad” y por ende son la base para “promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social” (C-355, 2006, p. 249).

[A]l Legislador (...) le está prohibido invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales y (...) le está ordenado no desproteger bienes constitucionales, sin que ello signifique desconocer el principio de que al derecho penal, por su carácter restrictivo de las libertades, se ha de acudir como última ratio. (C-355, 2006, p. 249).

“La dignidad humana se constituye así en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional” como lo sería la libertad, integridad y formación sexuales, “puesto que al adoptar normas de carácter penal, puede estar desconociendo que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal”, respetando sus decisiones, y máxime cuando se involucran los derechos de los niños y del derecho a conformar una familia (C-355-2006, p. 5).

La Corte Constitucional (C-355, 2006, p. 260) ha señalado que el derecho al *libre desarrollo de la personalidad* parte de una consideración de tipo axiológico, en donde:

[L]a autonomía individual –entendida como la esfera vital conformada por asuntos que sólo atañen al individuo- cobra el carácter de principio constitucional que vincula a los poderes públicos, a los cuales les está vedada cualquier injerencia en este campo reservado, pues decidir por la persona supone “arrebatarle brutalmente su condición

ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en un medio para los fines que por fuera de ella se eligen.

Se trata, por lo tanto, de un derecho que establece una protección a la libertad de escoger su estado civil, y “la consideración de la maternidad como una opción de vida que corresponde al fuero interno de cada mujer” debe ser respetado, por lo que el trato discriminatorio o desfavorable a la mujer, por tener la edad entre los doce y los catorce años de edad o que con edades mayores y que tenga un retraso leve, en el momento en que decide tener una relación de pareja y procrear sus hijos, dentro del derecho a conformar una familia, “resulta a la luz del derecho al libre desarrollo de la personalidad, abiertamente inconstitucional” (C-355, 2006, p. 250).

Es que se trata del desarrollo al derecho a la identidad personal, que conlleva que la persona como un ser “se autodetermina, se autoposee, se autogobierna” (C-477, 1995, p. 36) y se explica con “la facultad del individuo de proclamar su singularidad” por medio de “la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus íntimas convicciones” (T-594, 1993, p.6); el derecho a la libre opción sexual, ya que hace “parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad” (C-481, 1998, p. 45).

Se estaría afectando el derecho a la salud mental de la menor (C-355, 2006, p. 266) en la medida en que se desmejora “la salud física y mental de la mujer” que debe afrontar sola la responsabilidad de los hijos habidos con el condenado, o que debe asumir la decisión de abortar, ante la posibilidad de afrontar sola la maternidad, o al asumir la carga de que su compañero se encuentre en la cárcel, con ocasión de una relación sexual en donde la propia menor dio su consentimiento para la realización.

Por estas razones es que todas estas afectaciones a los derechos de la mujer y de los niños, que son consecuencia de la pena a imponer en los casos en estudio, deben interesar al Estado, y en particular al juez que emite la sentencia, a fin de analizar la posibilidad de conceder los mecanismos sustitutivos de la pena, comoquiera que la Corte (C-534, 2005, p. 25) ha señalado que el ordenamiento jurídico establece medidas de especial “protección para ciertos sujetos” y específicamente para los menores de edad, entendidas como prerrogativas o beneficios a su favor:

La protección jurídica corresponde a un deber del Estado, a un derecho de los ciudadanos y en algunos casos a un beneficio o prerrogativa, que es igualmente un derecho, pero especial y reforzado. De este modo, el derecho especial y reforzado de protección jurídica de menores de edad, tal como lo define nuestro orden constitucional en los artículos 44 y 45 de la C.P, debe ser entendido como una prerrogativa o beneficio en su favor. (p. 25).

En conclusión, el juez podría hacer el juicio de proporcionalidad de las funciones de la pena en los casos en estudio, a la luz de los derechos de las mujeres y de sus hijos, a fin de lograr la real aplicación de los principios de la *dignidad humana, vida e igualdad* (Preámbulo y artículos 1 y 2 de la CP), a la *integridad personal* (art. 12), a la *igualdad* (art. 13), a la *intimidad* (art. 15), a la *libertad de conciencia* (art. 18) al *libre desarrollo de su personalidad* (art. 16), a la *libertad personal* (art. 28) a conformar una familia y en la *autonomía de procrear* (art. 42), los *derechos fundamentales de los niños* (art. 44), y el derecho a la *salud* (art. 49).

Y a fin de no desconocer los artículos 2, 6, 7, 9, 14, 17, 18, 23, 24 y 26 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; los artículos 1, 4, 5, 7, 12, 17, 19 y 24 de la *Convención Interamericana de Derechos Humanos*, los artículos 2, literales f y g, 5, literales a y

b y 10, literal h, de la *Convención de Naciones Unidas sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* y el artículo 3, literales a, b, e, f, i, y los artículos 6 y 8, literal a, de la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia Contra la Mujer*, y se desconoce el principio 4 de los *Principios fundamentales de la Justicia para las Víctimas de delitos y del abuso del poder*, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 40/3, de 29 de noviembre de 1985.

4.11 EL CUMPLIMIENTO DE LAS FUNCIONES DE LA PENA EN LOS DELITOS SEXUALES ABUSIVOS

Frente a las funciones de la pena propuestos por el artículo 4º del C.P., de “prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado” se podrían, desde las posturas referenciadas anteriormente, cumplir de la siguiente manera:

La función retributiva se cumpliría, dado que “la pena no puede desvincularse en cuanto a su contenido ni hacia arriba ni hacia abajo de su determinación como compensación justa de culpabilidad” y por tanto proporcionaría la magnitud de la pena que le corresponde al condenado, ello es mínima, en cuanto la pena estaría correspondida con la magnitud de la culpabilidad, por lo que estaría prohibido para el juez “dar un escarmiento mediante una penalización drástica en casos de culpabilidad leve” ya que no debemos olvidar que “la imposición de un mal” (la pena) no es el medio adecuado de lucha contra este tipo de conductas, consideradas delictivas. (Roxin, 1997, p. 83-84).

Al tener el principio de *culpabilidad* rango constitucional “en su función limitadora de la

pena”, también el juez debe garantizar el fin retributivo al señalar la sanción, con el objeto de que la pena no sobrepase en su duración frente a posibles intereses de tratamiento o de seguridad que sugieran que ella debe prolongarse, ya que si se “sobrepasa la medida de la culpabilidad [se] atenta contra la dignidad humana”, ello por cuanto el operador jurídico no podría argumentar que para estos casos el condenado requiere una pena alta para lograr su resocialización, “puesto que el grado o la cuantía de la culpabilidad se determina por factores internos en la persona del autor y por la dimensión de los daños ocasionados”, que para el caso en estudio deben ser considerados mínimos, por lo que no se hace necesario hacer cumplir exigencias de tipo preventivas frente a los intereses de la sociedad (Roxin, 1997, p. 99-100).

Recordemos que “la sensación de justicia, a la cual le corresponde un gran significado para la estabilización de la conciencia jurídico penal, exige que nadie pueda ser castigado más duramente que lo que se merece; y ‘merecida’ es sólo la pena acorde con la culpabilidad” (Roxin, 1997, p. 100).

El fin de la pena de pura prevención general se cumpliría cuando se emite la norma prohibitiva, y cuando se emite la sentencia “se cumplen las necesidades preventivas especiales como generales”, y finalmente, en la ejecución de la pena “se cumple la prevención especial” (Roxin, 1997, p. 97), por cuanto en nuestra normatividad penal, “la prevención especial” al igual que “la reinserción social” operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión (artículo 4 del C.P.).

Nuestro ordenamiento ha adoptado una concepción moderna de resocialización, comoquiera que se convierte en el fin principal de la pena (Roxin, 1981, p. 47-48), ya que sirve tanto para el delincuente como para la sociedad, toda vez que se rechaza la retribución como concepto

abstracto, ya que la sanción se basa en la necesidad social, pero debiéndose rescatar el principio de la culpabilidad (de la teoría retribucionista) con el objeto de limitar el poder del Estado, puesto que al delincuente se le debe considerar como una persona responsable pero no se le puede castigar más allá de su culpabilidad (Roxin, 1981, p. 145), y para los casos en estudio es claro que si bien existe una culpabilidad del acusado, vemos que ésta es mínima, comoquiera que se presentó con el consentimiento de la menor, debiéndose tener en cuenta esta circunstancia como límite del operador jurídico de imponer penas altas.

La culpabilidad, como instrumento limitador de la pena, conlleva que “la pena no debe ser impuesta nunca sin una legitimación preventiva, pero tampoco puede haber una pena sin culpabilidad o más allá de la medida de ésta (...) la prevención es limitada a través del principio de culpabilidad” (Roxin, 2007, p. 53).

Como quiera que en la práctica el juez deberá tener en cuenta la motivación del sujeto y la proporcionalidad con el daño causado para tasar la pena, pero sobre la base de que “la pena no tiene la misión de compensar la culpabilidad como fin en sí mismo, sino que solamente está justificada si al mismo tiempo resulta de ser un medio necesario para cumplir la misión preventiva y protectora del Derecho penal” (Roxin, 1981, p. 147).

El fin de prevención general, tanto negativa como positiva, se cumple no en la imposición de la pena, sino en el momento de la prescripción de la norma, razón por la cual no sería necesario volver a ponderar la finalidad de estos conceptos en aras de dosificar la pena, y máxime cuando se tiene claro que “los efectos preventivos generales deben subordinarse al fin resocializador”, ya que éste también cumple la función preventiva general, por lo que es innecesario agravar la pena, por razones preventivas generales, para lograr una resocialización, ya que “el mayor efecto

intimidatorio sobre la comunidad no es la gravedad de la pena, sino la intensidad de la persecución penal” (Roxin, 1981, p. 47).

Al estar constituidos como un Estado Social de Derecho debemos “respetar la personalidad del penado e integrarle socialmente tanto como sea posible”, por lo que “solo un Derecho penal de la resocialización se adecúa suficientemente a las funciones encomendadas al Estado Social”, en donde igualmente se logra la prevención general (Roxin, 1981, p. 47).

En cuanto al fin de prevención general, a diferencia de Roxin que señala que “ninguna sociedad puede renunciar a la pena” (1981, p. 160), se podría afirmar que sí se puede renunciar a la pena cuando el delincuente no la necesita, toda vez que lo importante no es el efecto sobre la comunidad sino el cumplimiento de los fines de la pena por aplicación de los principios que la rigen, porque la mayoría de veces el Legislador ha “sobrestimado la necesidad de castigo que siente la opinión pública” (Roxin, 1981, p. 145-151) señalando penas demasiado altas que no se compadecen con las conductas desplegadas por los condenados, tal y como sucede en los casos en estudio.

A diferencia de lo afirmado por Jakobs (1995, p. 18), la pena no puede ser solo un medio para preservar o constituir “la identidad social”, en donde no importen las constataciones empíricas sobre la prevención general positiva, toda vez que no puede ser lo único importante “la fuerza autoconservadora del sistema” (Roxin, p. 49). La pena debe tener fines y no ser un fin en sí misma, ni puede tener como único fin “ejercitar la confianza hacia la norma” o “la fidelidad al Derecho” y la “aceptación de las consecuencias” (Jakobs , 1995, p. 18), sino la prevención de delitos. Y máxime cuando el mismo Jakobs (1998, p. 16) señala que no se trata de prevenir delitos futuros, “sino que los delitos ya no se conciben como delitos, (porque) lo que se previene,

(...) es la erosión de la configuración normativa real de la sociedad”. Por tanto, no podría aceptarse que “la pena ha de regirse por la medida objetivada de negación de personalidad y no por lo que sea necesario a efectos de intimidación, educación o aseguramiento” (Jakobs, 1998, p. 25). Ni que la pena “tampoco sirve al establecimiento de un orden deseable, sino sólo al mantenimiento de la realidad social” (Jakobs., 1998, p. 34), toda vez que nuestro ordenamiento constitucional tiene por fin lograr “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

La función del derecho penal debe ser la de controlar el delito mediante la prevención y la protección de bienes jurídicos, y no como lo hace Jakobs incidiendo en la conciencia ético-social de las personas o en imponer una actitud interna de fidelidad al derecho, más cuando los fines generales preventivos deben compatibilizarse con los fines de prevención especial, en concreto, frente al fin resocializador mediante el uso de instrumentos alternativos que respondan a “principios político criminales generales (legalidad, lesividad, subsidiariedad, resocialización y proporcionalidad, entre otros) dentro del marco de un Estado social y democrático de derecho que respeta las “garantías formales y materiales del ciudadano y de sus derechos fundamentales” (Durán, 2016, p. 10).

En síntesis, la pena no podría ser la “necesaria para la estabilización de la norma”, como lo afirma Jakobs, sino que debe estar supeditada a la culpabilidad ya que no puede ser instrumentalizado el individuo en pos de intereses sociales que van en contra de la dignidad humana, máxime cuando se trata de una teoría que no soluciona problemas concretos, y que no tiene en cuenta investigaciones sobre eficacia del derecho penal, por cuanto solo se trata de restablecer la identidad social, aunque no se logren efectos empíricos (Roxin, 2007, p. 49-63).

Incluso, podría tomarse “dentro de los campos de la normalidad la conducta criminal cometida preferentemente por menores y adolescentes, (...) y en donde debería aceptarse la aplicación de sanciones extrapenales”, pero no solo respecto de delitos ocasionales, y de bagatela, como lo hace Roxin (1981, p. 159), sino planteándolo para este tipo de casos, toda vez que no se podría afirmar que la conducta se comete debido “a graves perturbaciones en el proceso de socialización” del condenado, sino muy posiblemente, por la poca asimilación de las normas positivas frente a situaciones particulares de protección reforzada de menores, en donde podría no necesitarse la aplicación de un proceso de resocialización.

Sin embargo, ante la dificultad de que en este momento se adopte una posición de despenalización de la conducta, se podría plantear, en estos casos, la posibilidad de hacer una excepción a la aplicación de la ley, e imponer penas por debajo de los mínimos estipulados por el Legislador, por cuanto en estos casos se presentaría la no necesidad de cumplimiento del fin de prevención (general y especial), ya que de la mano de Roxin se podría afirmar que:

No hay ningún inconveniente en aplicar una pena inferior a la correspondiente por la culpabilidad, siempre que el delincuente pueda ser reconducido al camino del derecho con sanciones menos graves y las razones de intimidación general no exijan la imposición de la pena, que corresponda al grado de culpabilidad en toda su extensión (1981, p. 48), toda vez que es “deseable que la pena privativa de la libertad en general (...) solo se ejecute en un centro de internamiento [cuando no haya] “otro medio para proteger a la sociedad y mantener al delincuente apartado de la reincidencia en el futuro” (1981, p. 75), (ya que) [s]ólo deben ser internados en cárceles los delincuentes que hayan cometido graves delitos y de quienes no se pueda

lograr su reconducción a la legalidad sin la privación temporal de su libertad. (1981, p. 83).

Además, para estos casos se podría aplicar una pena terapéutica que “no contradiría la ‘esencia’ de la pena”, puesto que ésta exige del condenado esfuerzos mayores que el mero ‘cumplimiento pasivo’ del sometimiento a custodia” y en consecuencia, tendría efectos preventivo generales, porque esa medida se constituiría en una sanción como “reproche social” y ello comoquiera que la pena no debe entenderse esencialmente como retribución ni tampoco como causación de un mal (Roxin, 1997, p. 99).

Este tipo de iniciativa es avalada también por los minimalistas al rechazar el mito de la resocialización y al proponer redefinir el concepto de tratamiento como “servicio” (Martínez, 1990, p. 38).

Recordemos que la *teoría de la prevención especial* al regirse por el principio de la *resocialización*, cumple muy bien con su cometido al querer obligarse “exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad”, pero ayudando al autor, con el fin de “no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo” (Roxin, 1997, p. 87).

Hoy día los Legisladores han buscado dar prelación a la función de prevención especial en los casos de delitos leves y a la función de prevención general en los casos graves, aplicando en estos casos, penas altísimas que impiden la concesión de sustitutos penales (Roxin, 1981, p. 149), y es precisamente ésta la situación presentada en los casos de delitos sexuales, pero una comprensión distinta sobre la forma correcta de la política criminal del Estado, podría concluir que ésta “no busca combatir la criminalidad a cualquier precio sino con los medios del Estado de derecho,

dentro de un marco limitador de intervención y con objetivos preventivos” (Roxin, 2007, p. 51).

Sin embargo, al presentarse en este evento un conflicto entre los fines de prevención general y especial que generan la imposición de dos penas diferentes, como en el caso en estudio en donde las penas a imponer son demasiado altas, pero por prevención especial el condenado ameritaría una pena menor, se podría colegir, como lo hace Roxin, que debe primar la aplicación de la función preventiva especial, no sólo porque el mismo Código Penal lo señala, sino porque además, aplicar “una pena más grave de socializaría al autor” y se podría presentar una nueva comisión de delitos por parte de aquel. Es por ello que en este caso se haría necesario “sopesar los fines de prevención especial y general y ponerlos en un orden de prelación” en donde tendría preferencia la prevención especial, y se impondría la pena menor con el beneficio de aplicación de sustitutos (Roxin, 1997, p. 97).

Ello por cuanto “la resocialización es un imperativo constitucional, que no puede ser desobedecido donde sea posible su cumplimiento” y dado que “en caso de conflicto, una primacía de la prevención general amenaza con frustrar el fin preventivo especial, mientras que por el contrario, la preferencia de la prevención especial no excluye los efectos preventivos generales de la pena”, toda vez que “una pena atenuada actúa de forma preventivo general” (Roxin, p. 97).

Estas consideraciones se hacen sobre el presupuesto de que los objetivos que deben perseguir “las instituciones jurídicas” deben ser de tipo “político-criminal” y por ello, cuando no exista una necesidad de pena, de prevención especial o general, “la pena carecerá de una justificación penal”, por lo que “no tendría legitimidad social y no deberá ser impuesta” (Roxin, p. 44).

Por medio de la aplicación del principio de *subsidiariedad*, el fin resocializador de la pena se

puede obtener también por medio de la “reparación del daño”, como “tercera vía del derecho penal”, la cual sirve más a los intereses de la víctima que una pena privativa de la libertad o una multa. Por lo que para casos de pequeña o mediana criminalidad –como podrían ser considerados los casos estudiados en este trabajo- se podría prescindir de la aplicación de la pena cuando se produce una “reparación del daño”; y para casos graves –como son considerados por nuestro Legislador- “la reparación del daño podría originar de todos modos una remisión condicional de la pena o una atenuación obligatoria de la pena”, toda vez que la reparación del daño sí tiene un efecto resocializador, pues “obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima”; al ser experimentado por el condenado “como algo necesario y justo y puede fomentar un reconocimiento de las normas”; al “conducir a una reconciliación entre autor y víctima, y así lograr la reintegración del culpable”; y al “fortalecer la prevención integradora, al ofrecer una contribución considerable a la restauración de la paz jurídica”, dado que “solo cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad considerarán eliminada – a menudo incluso independientemente de un castigo- la perturbación social originada por el delito” (Roxin,1997, p. 108).

Elena Larrauri (1993, p. 70) plantea también, en aplicación del derecho como *última ratio*, adhiriéndose a la opinión de Roxin, (1997) aplicar la compensación económica como una penalidad independiente, por cuanto ella se adecúa al “fin de prevención general positiva, y no se contradice con el fin del derecho penal de protección de bienes jurídicos”, comoquiera que ello se puede lograr por medio de la compensación del mal, mas no con la aplicación de un mal (o castigo) , (p. 108).

Así mismo, esta autora con una visión victimológica, entre otras, propone cambios tendientes

a reforzar la posición de la víctima mediante la ampliación de los delitos que requieren querrela de parte, ampliar la “eficacia del perdón”; reclamar la responsabilidad civil en el proceso penal e incluir dentro del catálogo de sanciones la reparación, que es más amplia que la compensación al no referirse en términos económicos, cumpliéndose de esa manera con el fin retributivo, al responder por el mal hecho y al reparar a la víctima, así como con el fin de prevención por cuanto “la sociedad y la víctima se consideran satisfechas por la imposición de la sanción”. Así como también propone la aplicación de la conciliación refrendada por el juez que evite la imposición de la pena (Larrauri, 1993, p. 73).

Es por ello que Larrauri (1993) concluye que “ ‘las alternativas de la cárcel’ que sitúen en primer término la situación de la ofensa perpetrada contra la víctima pueden ser ambos respetuosos con los derechos del infractor y atentos a los derechos y necesidades de las víctimas” y así se lograría, “que a la víctima no se le robe el conflicto” (p. 74).

En consecuencia, adicional a lo ya planteado, existirían otros medios eficaces que podrían ser aplicados por el operador jurídico a fin de conseguir el fin resocializador de la pena, sin necesidad de aplicar la pena privativa de la libertad.

4.12 LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LA PENA EN LA CONCESIÓN DE SUBROGADOS

Debiendo el funcionario judicial realizar todo este análisis de ponderación de derechos para

aplicar o no una pena a los casos especiales de estudio, podría proceder a la concesión de “mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad” (capítulo III de la Ley 599 de 2009), como lo es la “suspensión condicional de la ejecución de la pena” (artículo 63 del C.P.), en donde el funcionario judicial podría realizar una valoración favorable en pos del condenado, respecto de la mínima gravedad que implicó la conducta delictual, aunado a la buena conducta anterior del joven condenado, la personalidad positiva de éste, haciendo énfasis en la edad del joven y la presentación voluntaria al proceso, a fin de otorgarle la oportunidad de la concesión de subrogados, tal y como sucedió en el proceso No 25813 de la Corte Suprema de Justicia (2007, p. 10-11), en donde se concedió el beneficio de libertad condicional en un delito de extorsión pese a tratarse de delitos que tienen taxativamente señalado la prohibición de concesión de subrogados.

Podría el operador jurídico aplicar “la redefinición positiva” realizada por Baratta (2002) del concepto de reintegración social del detenido, para tener claro que ésta no se logra a través de la prolongación del tratamiento penitenciario, sino promoviendo oportunidades de reinserción asistidas, las cuales deben ser ofrecidas de acuerdo a sus necesidades y con su aceptación; debiendo abandonar la “concepción patológica del detenido, propia de la criminología positivista [ya que] el detenido no es tal porque sea diverso, sino es diverso porque es detenido”; utilizando en sus decisiones criterios objetivos al momento de conceder los subrogados, ello es, que “deben referirse sólo a la verificación y valoración de la conducta”, evitando “criterios subjetivos” de actitudes del condenado o su peligrosidad, o realizar juicios negativos respecto de la no aceptación y uso de los servicios prestados por la cárcel por parte del detenido, debiendo analizar “elementos positivos como el trabajo y la prestación de servicios socialmente útiles”. Y a fin de

lograr una distribución más racional de los detenidos se debería facilitar el paso del detenido de la cárcel a la sociedad, con la autorización y admisión de programas realizados fuera de la cárcel (voluntariado social), buscando que el tratamiento posea un carácter resocializador y no de pena (sufrimiento) y sin que la función resocializadora siga siendo “sacrificada a favor del orden interno y de la seguridad externa” (p. 75-88).

Sobre este presupuesto conceptual, frente a la concesión de la libertad condicional (C-757, 2014, p. 25) el juez de ejecución de penas, “además de valorar la conducta punible”, basada en el análisis ya realizado por el juez en la sentencia para la concesión del subrogado penal deberá estudiar “el comportamiento del condenado dentro del penal”, y considerar todos los elementos favorables, “posteriores a la imposición de la condena”, debiendo estudiar “la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario”, motivando razonablemente su decisión, consistente en hacer un análisis de ponderación de derechos afectados con la continuación de la ejecución de la pena frente a los derechos que se pudieren ver afectados por las mujeres y los niños, porque no hay que olvidar que los principios de *necesidad*, *proporcionalidad* y *razonabilidad* se deben aplicar no sólo al momento de imponerse la pena, sino también en el momento de su ejecución, siendo por tanto, del resorte de los jueces de ejecución de penas, la utilización en toda su extensión de los principios referidos, a fin de conceder los subrogados estipulados por ley.

Sin embargo, “[p]ese a la prevalencia del fin resocializador la “pena debería ser suspendida en todo caso (es decir, independientemente de las posibilidades de buen comportamiento futuro)”, si se cumple el requisito objetivo de la libertad condicional (Roxin, 1981, p. 82).

Es claro que el Legislador en ejercicio de la aplicación de su diseño de política criminal y haciendo uso de su competencia para establecer tratamientos distintos en relación con las

conductas punibles, ha excluido de los “beneficios y subrogados penales” (artículo 63 del C.P.) los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, dada su mayor gravedad y la necesidad de una represión más severa, en consideración a la importancia de los bienes jurídicos vulnerados y a la mayor afectación de los mismos con la comisión de las conductas reprimidas.

En desarrollo de tal política existe el artículo 68A del C.P. que establece que “no se concederá ningún tipo de beneficio, salvo los beneficios por colaboración”, cuando “la persona haya sido condenada” por delitos sexuales, excepcionando solo los casos de que el imputado “sea mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia; cuando a la imputada o acusada le falten dos (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los seis (6) meses siguientes a la fecha de nacimiento; cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales y cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufre incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio”.

Es por ello, que el juez podría analizar la posibilidad de la concesión de los beneficios en caso de que el condenado, entre los dieciocho y veintiún años, fuere padre cabeza de familia, tal y como sucedería para los casos en que la menor hubiese conformado una familia con aquel. Y más aún en los casos de otorgar la libertad condicional y la concesión de la prisión domiciliaria, puesto que el párrafo 1º del artículo 68A dispone que esta excepción no se aplica en tales casos, “cuando se haya cumplido la mitad de la pena”.

Estas decisiones de los jueces de ejecución de penas deberían ser tomadas dentro del marco de

la función principal que cumple la pena en su etapa de ejecución, puesto que la Corte Constitucional (C-430, 1996, p. 18) ha recalcado que el régimen penitenciario tiene como finalidad esencial la *resocialización* y la adaptación social del penado, por lo que la decisión de los jueces de ejecución de penas debe adecuarse a las situaciones particulares y concretas de cada caso, a fin de conceder los subrogados mencionados bajo el prisma de los *principios de necesidad, utilidad y proporcionalidad del fin de la resocialización*, con el objeto de “garantizar la realización efectiva de los principios y fines de la pena” (C-312, 2002, p. 8).

En consecuencia, se podría afirmar que la interpretación que están haciendo los jueces y Tribunales en sus fallos (Tutela de Primera Instancia, 2014), de no aplicar los principios que rigen la aplicación de la pena, cuando al momento de decidir sobre el otorgamiento del subrogado penal de la libertad condicional, excluyen su concesión en los casos de los delitos sexuales, al señalar que la ley 1098 de 2006 (*Código de Infancia y Adolescencia*) debe ser aplicada como norma especial de protección a los menores de edad, frente a lo dispuesto en la Ley 1709 de 2014, la cual fue expedida con el fin de propugnar la eliminación del hacinamiento carcelario y la búsqueda de soluciones tajantes a la problemática vivida por la población reclusa, por tratarse de una norma general, negando así la exclusión de la excepción para los beneficios de libertad condicional y prisión domiciliaria.

Esta aplicación desfavorable está sustentada en la presunta aplicación de la política criminal del Estado, en cumplimiento de la normatividad internacional que refuerzan la prevalencia de los derechos de los niños, como manifestación de lo ordenado en el artículo 44 del C.P., y en donde amerita que el sentenciado no tenga derecho a la aplicación de dicha normatividad y que en

consecuencia cumpla la totalidad de la pena, razón por la cual se da prevalencia a lo dispuesto en el artículo 5 de la ley 57 de 1887 y artículo 3 de la Ley 153 de 1887, donde se dispone que lo relativo a un asunto especial debe preferirse a uno de carácter general, entiendo que la Ley 1709 de 2014 tiene éste carácter y que por el contrario la Ley 1098 de 2006 al ser especial debe prevalecer en su aplicación.

Sin embargo, contrario a lo anterior se observa que existen jueces de altos tribunales -que si bien no fundamentan la concesión de los subrogados, como la *libertad condicional*, en la aplicación de los principios de *necesidad*, *proporcionalidad* y *razonabilidad* de la pena, para casos de delitos sexuales-, al menos dan aplicación a otros importantes derechos constitucionales, como lo son el de la legalidad y favorabilidad, como parte del debido proceso, que se constituyen como derechos fundamentales para conceder dichos beneficios.

De manera que los debates analizados en esta tesis servirían para realizar una nueva interpretación constitucional de la protección reforzada de los menores por parte de los jueces, que podría iniciar una concientización de los funcionarios judiciales de no caer en el falso “discurso” de los derechos de los menores, que ha sido utilizado para negar la aplicación de principios de rango constitucional, como lo son los principios de *necesidad*, *razonabilidad* y *proporcionalidad* de la pena, puesto que deberíamos llegar al punto en que reconozcamos que el derecho al interés superior del menor se ha fundamentado y entendido desde una perspectiva estatista en donde las libertades y derechos son lo que la ley del Estado quiere que sean, dándole un alcance de acuerdo con los parámetros internacionales de derechos humanos que se han logrado imponer a través de la globalización de los Derechos Humanos, que lleva a que sea el

Estado quien determine el alcance de dichos derechos sin tener en cuenta las realidades particulares nuestras ni los verdaderos derechos reclamados por nuestros menores (Fioravanti, 1996, p. 52).

Al igual como ya lo habían señalado la criminología crítica, se debe recalcar que no se trata de la sola aplicación de un derecho penal de los derechos humanos, ya que el sistema penal manifiesta una preocupación respecto de las víctimas, pero ésta va dirigida a la sola expedición de normas penales, que se convierten en “distorsionadoras” o distractoras de la ciudadanía, la cual termina convencida de que sí se están desarrollando políticas de protección de derechos de los menores, cuando ello no es cierto, en la medida en que no se está aplicando una política criminal que corresponda a las necesidades de las presuntas víctimas del delito (menores de edad), y de los criminalizados (Martínez, 1990, p. 28-46).

Hemos caído en el juego de la globalización de derechos en donde se ha producido una fuerte reivindicación de los Derechos Humanos y de supremacía de la constitución (constitucionalización del derecho), como directiva normativa y de garantías, pero en donde por parte de agentes no estatales y ONG, como desarrollo de un movimiento cosmopolita, se busca un *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, y en consecuencia una normatividad global, que pretende “globalizar” el discurso de los Derechos Humanos y la protección de los derechos de los menores con rango constitucional y con prevalencia superior, desconociendo las particularidades de cada sociedad y cultura (Fioravanti, 1996, p. 125-128).

Por eso es importante preguntarnos, como lo hizo Hulsman (1984), si “todas esas reglas formales, todos esos principios que pretenden ordenar el edificio con vistas a establecer una justicia serena e imparcial, protegen verdaderamente a las personas de toda opresión arbitraria? Y

(si) son válidos para la sociedad de hoy?” y realizar investigaciones de campo a fin de establecer qué piensa la sociedad de la justicia, si “se han sentido protegidos de todos los peligros de los cuales nuestras leyes pretenden preservarnos, o han tenido más bien la sensación de haber caído en una trampa?”, toda vez que si bien se supone “que el sistema penal es racional y coherente y que los cuerpos que los crean también lo son”, porque se cree que ellos “administran justicia” y “combaten la criminalidad”, lo cierto es que el sistema penal no logra dichos objetivos. (p. 45-47).

Para fortalecer constitucionalmente el derecho de los menores, en un contexto de globalización se debe dar prioridad a la protección de derechos positivos, entendidos como el que “para ser satisfecho requiere unas obligaciones para otros”, que en este caso sería el Estado, en donde se reconoce el derecho a gozar de varias cosas, a la par que se conservan los derechos negativos, entendidos como los que “para ser satisfechos requieren la prohibición para todos” (Tusneth, 2001, p. 128-142), con el objeto de que las personas que gozan de dichos derechos negativos estén libres de interferencias, para así lograr que los menores sean realmente protegidos constitucionalmente dándoles una prestación de servicios básicos (Regalado, 2008, p. 74)).

Así se comprometería seriamente al Estado mediante la afectación de sus presupuestos públicos para que los derechos de los menores no sólo sean enunciados constitucionales que sólo se cumplen mediante normas prohibitivas (derechos negativos), sino que realmente se logre su “determinación” y no su abstracción, mediante la consolidación de derechos positivos dentro del contexto social y jurídico colombiano (Regalado, 2008, p. 76), ya que no se puede caer en la trampa de la “utilidad de los derechos” amparados constitucionalmente, por cuanto es mejor tener una actitud de sospecha hacia la retórica de los derechos de los menores, para analizar

concretamente cómo verdaderamente pueden ser protegidos los derechos de estos, ya que hasta el momento la presunta protección reforzada sólo se ha limitado a crear normatividad jurídica universal, como consecuencia de la globalización (Herrera, 2002 p. 164), buscando solamente la protección de “derechos negativos”, en donde la política criminal aplicada es el aumento de penas, ante la imposibilidad de suministrar una solución técnica respecto a derechos positivos de los menores, razón por la cual se haría necesario no “hacer abstracción de las experiencias reales y redificar la idea de los derechos” (Tuhsnet, 2001, p. 140-141), para que se tenga en cuenta el contexto social real de la sociedad colombiana respecto de los derechos de los menores, ello es, desde la óptica de derechos reclamados por los menores, y no desde las necesidades de los mayores y menos aún del Estado.

Por tanto los derechos de los menores se realizarían al producirse una real e igual protección en cuanto a condiciones materiales (Tuhsnet, 2001, p. 145-149) y no con una protección meramente formal (Herrera, 2002, p. 164) que disfraza la no acción del Estado para realizar tales derechos, para lo cual se haría necesario -sin muchas pretensiones- empezar por identificar los verdaderos intereses del Estado al aplicar la normatividad internacional de la *prevalencia del interés superior del menor* sin tener en cuenta nuestra realidad y las garantías procesales existentes (Regalado, 2008, p. 73-81), como sucede con la no concesión de *subrogados penales* cuando se trata de conductas atentatorias de los derechos sexuales de los menores, ya que se usa el argumento de cumplir con la obligación constitucional de ofrecer una protección reforzada a los menores, que en últimas busca que caigamos en la trampa de creer que se están protegiendo los derechos de los menores, cuando lo que se está haciendo es produciendo sufrimientos innecesarios tanto para el sindicado como para la propia víctima y los hijos habidos con aquel.

Este tipo de entendimiento de *protección de los derechos de los menores* sólo se constituye en una de las causas estructurales del incremento de carga laboral para la administración de justicia y de hacinamiento en las cárceles colombianas, que ameritaría que iniciemos una oposición a como están en este momento las cosas, ya que es lo único racional, luego de que analicemos nuestra situación particular -que difiere de la del resto del mundo- a fin de lograr verdaderos reconocimientos de “derechos positivos” a favor de los menores, para así intentar iniciar una real denuncia del discurso de los derechos de los menores como instrumento del Estado para no aplicar verdaderas políticas positivas a favor de los menores y a fin de que no se desconozcan principios fundamentales para la aplicación de la pena, que deberían ser de obligatorio cumplimiento por parte del operador jurídico, pero que hasta el momento se están negando bajo el amparo de argumentos falaces (Tuhsnet, 2001, p. 146-151).

En este orden de ideas se ha expuesto en este capítulo que la aplicación en concreto del principio de *necesidad* de la pena, de conformidad con lo ordenado por la normatividad penal, serviría para que los operadores jurídicos determinaran la pena con base en casos en concreto y no se limiten al proceso mecánico de individualización de pena y de negación de beneficios y subrogados, sino que por el contrario, se realice un proceso valorativo de caros principios constitucionales y legales (Mir, 1995, p. 28-31), dentro de los cuales se encuentra el de la necesidad de la pena, de tal forma que sus decisiones puedan ser la expresión de la aplicación de un sistema penal que atiende a principios de obligatorio cumplimiento dentro de un marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, que conlleva a que se aplique una pena racional, limitada por la culpabilidad, y dirigida por fines, con el objeto de que sea justa, al estar basada en valores consagrados en la Constitución dando la posibilidad de disfrute de libertades protegiendo

sólo los bienes jurídicos que sean contrarios a aquella, aplicando por tanto, un “derecho penal final orientado a las consecuencias” (Bottke, 1997, p. 49-53).

Los funcionarios judiciales podrían abordar de manera consciente el desarrollo de los principios constitucionales que rigen la aplicación de la pena, entendidos dentro del marco de la prevención, y con el compromiso de la efectividad de aquellos a fin de analizar si se hace necesaria o no la aplicación de pena cuando no se cumple con los fines de la misma, analizando los derechos fundamentales que se involucran con la aplicación de aquella, con el objeto de que no se soslaye del examen de necesidad exigido por la norma al momento de imponer una pena o de conceder beneficios y *subrogados penales*, y así racionalizar la imposición de penas que no se hacen necesarias, llegando incluso, a plantearse lo no aplicación de sanciones penales en ciertas conductas, mediante la ponderación de derechos afectados, haciendo prevalecer los de mayor valor constitucional o de protección reforzada, como lo serían los derechos de las víctimas (Bottke, 1997, p. 64-66).

Los planteamientos expuestos permitiría que los funcionarios judiciales propugnemos por la realización de los valores pretendidos en la Constitución Política y no sólo la obtención de un control social o de prevención eficaz del delito sino la aplicación de una “política criminal valorativa”, como la propuesta por Roxin, en la cual se integren las garantías formales y materiales del derecho penal (Silva Sanchez, 1997, p. 17-24), con la que se limite el poder estatal y se proteja al individuo con principios básicos del ordenamiento jurídico que están regulados por nuestra Constitución Política (Mir, 1997, p. 31-34).

Por tanto, apoyados desde la óptica planteada por Roxin (1997, p. 35-38) se lograría aplicar, para casos como los estudiados, una política criminal con reglas que faciliten a los ciudadanos un

libre desarrollo de su personalidad, en las cuales las privaciones de la libertad que no sean indispensables para la coexistencia pacífica se tendrían que suprimir, al no existir la vulneración de los derechos de persona alguna ni la perturbación de la paz social, toda vez que se debería dar aplicación al Derecho Penal dentro de un marco de *extrema ratio* o con carácter subsidiario, aplicando el principio de la culpabilidad como límite de cualquier sanción penal.

La aplicación de una pena justa o merecida, ello es, en términos de Roxin, “adecuada a la culpabilidad”, depende de “la valoración del bien jurídico y de su necesidad de protección”; en la cual se analice la gravedad de la conducta, la consecución de “una resocialización y los efectos desocializadores de la pena” para cierto tipo de delincuentes, toda vez que no puede primar la aplicación de una defensa del ordenamiento jurídico basada en una *prevención general positiva* - que no remite a la *culpabilidad*-, sobre la necesidad de la *prevención especial* (Pérez Manzano, 1997, p. 80-85), a fin de no sobreestimar su trascendencia (Schunemann, 1997, p. 99).

En consecuencia, se ha planteado la ampliación del debate sobre la aplicación del principio sobre la *necesidad* de la pena, a tal punto que abarque incluso la posibilidad de que el funcionario judicial prescinda de la pena por aplicación de la no necesidad de la misma, como expresión de la limitación de la *prevención general positiva*, analizando causales jurídico-constitucionales de exclusión de pena por motivos político-criminales y preventivos, como lo podría ser por ejemplo el consentimiento de la víctima (Wolter, 1997, p. 103-109), efectuándose un análisis de la punibilidad con fines teleológicos que atravesase todas las categorías del delito (tipicidad antijuridicidad y culpabilidad (Mir, 1995, p. 35), conllevando ello una nueva manera de aplicar los principios que rigen la pena, desarrollando las categorías penales desde su función político criminal, como construcción dogmática próxima a la realidad (Moccia, 1995, p. 80-81) y por

ende redundando en una concepción más garantista que ayudaría a no llevar muchos casos penales hasta los estrados judiciales, sino que podrían ser resueltos de manera temprana y eficiente por parte de los operadores jurídicos que los avoquen.

Si bien nuestros casos se limitaron a la exposición del bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales, este mismo ejercicio debería ser admisible para muchos otros casos en donde efectivamente se verifica que no se hace necesario dar aplicación a la pena, por el no cumplimiento de los fines, y por estar obligado el funcionario judicial a aplicar los principios que rigen la pena, ampliando de manera generosa y sin temor, la concesión de beneficios y *subrogados penales*, así estos se encuentren taxativamente prohibidos por la normatividad penal o especial, máxime cuando nos encontramos ante una política estatal que ante el *estado de cosas inconstitucional* que vive la población carcelaria, ha posibilitado la ampliación de estos beneficios, mediante la expedición de la ley 1709 de 2014, que no deberían ser negados por los funcionarios judiciales con argumentos que no se encuentran adecuados a los principios rectores de un Estado Social y Democrático de Derecho, como el nuestro.

El derecho penal “está determinado por su permanencia”, por la “necesidad social de proteger sus valores fundamentales”, y por ello no se va a abolir, pero “para el derecho penal moderno y de futuro es imprescindible el sustento del Estado Democrático y de Derecho”, dentro del marco de los principios de *intervención mínima* y *última ratio*, con aplicación de penas de corta duración, penas alternativas y aplicación de sustitutos penales, en donde los jueces se ocupen más de “formular regulaciones de los conflictos” que de “reeducar o reinsentar al delincuente” (Morillas, 2002, p. 17).

En palabras de Mark Tushnett consideramos que “Las cosas pueden ser mejor de lo que son”

(Tuhsnet, 2001, p. 151).

CONCLUSIONES

A partir de la evolución que ha tenido el fin de la pena, en donde se ha superado el cumplimiento del fin retributivo, y se ha buscado el logro de los fines de “prevención general, (...) prevención especial, reinserción social y protección del condenado” (artículo 4 del C.P.). Se ha llegado a entender que la pena es necesaria para evitar la comisión de delitos (Velásquez, 2010), en donde el daño social se convierte en presupuesto de la pena (Roxin, 1981), debiendo ser ésta justa y necesaria (Beccaria 2012), dándole importancia al comportamiento futuro del condenado (finalidad correccionalista) y secundariamente, al de la colectividad (finalidad de intimidación general), siendo legitimada con el fin resocializador o de reinserción social, consistente en devolver al delincuente a la sociedad y para evitar su reincidencia, cumpliendo la pena una misión social (Roxin et al., 1989).

Con las corrientes criminológicas como el derecho penal alternativo (Baratta, 2004) o el abolicionismo (Hulsman, 1984) se ha buscado la sustitución parcial o total del sistema penal por medio de medidas de despenalización y contracción máxima del sistema penal, para evitar la criminalización selectiva, así como la sustitución de las sanciones penales, propugnando incluso por la supresión o sustitución de las cárceles y la abolición de los subrogados penales, aplicando un castigo solo para los comportamientos más graves.

Igualmente, con perspectivas menos radicales como el reduccionismo penal o del derecho penal mínimo, partiendo del entendimiento de un derecho penal con carácter accesorio, como *ultima o extrema ratio* y mínima intervención, dentro del marco de los principios constitucionales desarrollados por el Estado Social y Democrático de Derecho, de tratados internacionales de

derechos humanos y desde una perspectiva garantista y de defensa del más débil (el imputado y condenado) se ha buscado la reducción de los delitos, la arbitrariedad de los jueces y la aflicción de las penas mediante la desprisonalización (Ferrajoli, 1999, 2000).

Es así como se ha llegado al debate actual del fin de la pena centrado en los fines que se le atribuyen por parte de la teoría de la prevención general positiva o de la prevención por integración, en donde Jakobs otorga a la prevención general un carácter *fundamentador*, y considerando necesario ampliar la intervención penal para mantener la fidelidad al derecho por parte de la sociedad y así garantizar una función *orientadora* de las normas (Mir, 1986).

En otra vía tenemos a Roxin que se centra en defender la prevención general positiva en un sentido *limitador* de la intervención penal, que sirve para mantener el orden jurídico y que se reafirme el derecho, pero aplicando como límite el principio de la culpabilidad (Mir, 1986), en donde la pena se hace necesaria, y sólo se justifica, en los casos en donde se perturba de manera insostenible la coexistencia y no existan otras medidas (jurídicas y político sociales) menos duras que la solucionen, ya que el derecho penal tiene un carácter subsidiario y debe desarrollarse en un contexto de *derecho penal mínimo* o *última ratio* (Roxin, 1981).

Acogiendo ésta última concepción tenemos que la pena primero tiene como fin la prevención general, cuando se emite la norma de prohibición, ya que cuando se emite la sentencia tiene como fin las necesidades preventivas especiales y generales, y en la ejecución de la pena tiene por fin la prevención especial, entendida como reinserción de delincuente, limitada por el principio de culpabilidad al momento de cumplir con el fin resocializador, siendo éste el más importante de todos los fines, pudiendo ser la pena incluso menor al grado de culpabilidad, ya que depende de lo que necesite el delincuente para lograr su reinserción social, no debiendo tener mayor valor la

protección de la comunidad para imponer la pena, sino la motivación del sujeto y la proporción con el daño causado, pero sin que pueda dejar de imponerse una pena, así el delincuente no la necesite, por cuanto se debe dar cumplimiento al fin de prevención general (Roxin, 1981,1997).

Es innecesario agravar la pena por razones preventivas generales, para lograr una resocialización, ya que la mejor forma de lograr la intimidación sobre la comunidad no es aplicando penas altas, sino realizando una real y efectiva persecución penal, pudiendo incluso aplicar penas inferiores al grado de culpabilidad, si se logra que el delincuente sea resocializado con sanciones menos graves y no se requiera hacer una intimidación general (Roxin, 1981).

La teoría de la prevención especial que sigue el principio de la *resocialización* cumple muy bien con el fin del derecho penal, dentro de un marco de un Estado social, por cuanto protege a la sociedad y ayuda al delincuente aplicándole penas reducidas y reintegrándolo a la vida social, por lo que al cumplirse el fin preventivo especial se cumple en consecuencia el fin preventivo general. Y que en caso de que no exista una necesidad de pena, de prevención especial o general, la pena carece de justificación penal, por lo que no tendría legitimidad social y por ende no debería ser impuesta (Roxin, 1997, 2007).

Así pues, frente al desarrollo que han tenido los fines de la pena tenemos que Colombia al constituirse como Estado Social de Derecho tiene por fin esencial “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” , así como “la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” (artículo 2 de la C.P.), en donde el fin que debe cumplir la pena es la de proteger bienes jurídicos fundamentales de los ciudadanos ante comportamientos dañinos graves, debiendo el Estado buscar que la pena cumpla un fin de prevención de comisión de nuevos delitos (en el momento de descripción legislativa) y de represión o retribución (en el

momento de su aplicación) de delitos que atenten contra dichos bienes (C-565, 1993).

Por tanto, en un Estado democrático la pena se justifica solo si es la última ratio, por lo que para que las penas sean legítimas deben ser justas y ello se logra si estas son proporcionadas, es decir, adecuación entre el delito y el daño, y así como útiles, es decir, que sea necesaria para la sociedad (C-647, 2001).

Teniendo en cuenta que la política criminal no sólo es desarrollada por el legislativo sino también los jueces al sancionar los delitos y al ejecutar la pena, se deben preservar los principios constitucionales o legales como el principio de necesidad, que está delimitado por el principio de *ultima ratio*, y en donde la necesidad de la pena deba ser definida por su utilidad (C-312, 2002).

La ley 599 de 2000 establece como norma rectora en su artículo 3° que la imposición de la pena “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”, lo que conlleva a que la pena debe ser necesaria y merecida (Velásquez, 2010) y servir para la preservación de la convivencia, no sólo por su poder disuasivo e intimidatorio sino porque se reafirma la decisión del Estado de proteger los derechos tutelados y porque se logra la reincorporación del delincuente a la sociedad (C-806, 2002).

El principio de *razonabilidad* concretado en el principio de *proporcionalidad* permite ponderar principios constitucionales que colisionan y que hacen que el juez deba justificar objetiva y razonablemente si la reducción de un derecho es proporcionado (C-022, 1996).

El principio de *proporcionalidad*, que hace relación a “la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin”, es decir, que no haya otro medio que conduzca al mismo fin pero atente en menor grado contra “los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios”, aunado a “la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes” (C-022, 1996, p. 10).

Además, el Código Penal en su artículo 4º describe las “Funciones de la Pena” señalando que ésta cumplirá las funciones de “prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado”, aclarando que “la prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”.

Es por ello que la Corte Constitucional (C-144, 1997) señaló que debe haber una cierta proporcionalidad entre la pena, el delito y el grado de culpabilidad (retribución justa); buscar ante todo la resocialización del condenado mediante el otorgamiento de *subrogados penales* (en la determinación ejecución de la pena) que permitan su readaptación a la sociedad (*resocialización*) (C-806, 2002); que la prevención general no sea sólo vista como amenaza (*prevención general negativa*) sino también como agente estabilizador (*prevención general positiva*) en tanto sea socialmente necesaria para sostenerse, y que la preventiva especial se ve desarrollada en la aplicación de los mecanismos sustitutivos (prevención) (C-806, 2002); y en cuanto el derecho a la protección del condenado ha reconocido las obligaciones del Estado, al imponer un deber positivo de asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales de los presos por su especial

situación de indefensión en la que se encuentran, como por ejemplo el derecho al trabajo, que ayuda a la resocialización y fomenta valores a la sociedad (Protección) (T-286, 2011).

Además, tenemos que en desarrollo del principio de *necesidad* de la pena se han establecido los subrogados descritos en el artículo 63 del C.P. (*suspensión de la ejecución de la pena*), artículo 64 del C.P. (*libertad condicional*), y beneficios administrativos, que buscan la adaptación social del penado (C-430, 1996), por lo que la determinación de las condiciones de ejecución de la pena es una función de los jueces de ejecución, en donde se deben garantizar los principios de *necesidad, utilidad y proporcionalidad* durante el período de cumplimiento de la pena (C-312, 2002).

Dentro de este contexto, se tiene que en nuestro país atendiendo las exigencias internacionales de protección reforzada de las menores de edad, entendidas dentro del marco del aumento punitivo de las normas penales que atentan contra la libertad, integridad y formación sexual, se ha limitado el otorgamiento de beneficios penales en casos de delitos sexuales (de menores entre los doce y los catorce años), que inician su actividad sexual con jóvenes mayores de edad, y en donde conforman una familia, comoquiera que se presume que para estos casos el consentimiento no es válido.

Esta problemática surge dentro de una sociedad que se está adecuando a las nuevas concepciones de protección especial de las menores, en donde, sin embargo, hay factores socioculturales y socioeconómicos que llevan a que las menores inicien de manera voluntaria su vida sexual antes de cumplir la edad señalada por el legislador.

Ello conlleva a un debate de si se debe aplicar una sanción penal en dichos casos, presentándose los cuestionamientos que se han hecho desde diferentes ópticas, iniciando con la crítica del carácter relativo que tiene el rango de la edad, tanto para establecer la mayoría de edad como para presumir la validez del consentimiento, aunado a que no existe una categorización unificada para determinar el concepto de adolescencia, tenido en cuenta para establecer los tipos penales que sancionan los delitos sexuales, ya que ello depende de factores culturales, sociales o jurídicos, y por ende, la edad de consentimiento sexual basado en dicho concepto varía en las diferentes legislaciones.

La edad de consentimiento sexual puede estar dada por razones religiosas, médicas, morales, etc., debiendo señalarse que no existe una única moral, sino normas creadas por opiniones mayoritarias que imponen sus criterios, y que soportan su legitimidad en encuestas o estudios que no abordan todas las problemáticas, pero que permiten que no se genere resistencia a la aplicación de altas penas.

Desde el punto de vista criminológico y victimológico se puede afirmar que se debería acudir a investigaciones empíricas y a enfoques diferentes a los jurídicos para obtener una visión general de las problemáticas y así buscar soluciones alternativas al sistema penal que solucionen conflictos.

Los estudios internacionales han mostrado que las menores están empezando su actividad sexual cada vez más temprano, estando dichos estudios en contraposición a los estudios nacionales realizados con base en encuestas que pueden no representar la real situación vivida por las menores en nuestro país.

Desde una óptica victmológica se puede afirmar que los procesos penales se inician por denuncias puestas por los familiares de la menor o de oficio, sin que por parte de la víctima se considere afectado su derecho a la libertad e integridad sexual, existiendo casos que no caen en el sistema penal, que hacen parte de la cifra oscura de la criminalidad, que conlleva a que se pueda considerar que existe una aplicación selectiva del derecho sancionatorio, y más aún cuando se debería situar a la víctima en el centro de la discusión, resolviendo el conflicto desde la óptica de aquella y no de los denunciante ni del Estado para devolverle el conflicto a la víctima y no tratarlos como ofensor y víctima sino como partes que resuelven sus conflictos.

Los operadores jurídicos podrían dar aplicación al principio de la *necesidad* de la pena, de conformidad con lo normado en los artículos 3 y 4 del C.P., con el objeto de que se logre una dogmática orientada por la política criminal, en donde se pueden satisfacer necesidades de prevención especial, pero también se logre analizar la situación concreta a partir de la aplicación de derechos fundamentales que deben integrarse para solucionar problemas penales, con el objeto de que la imposición de la sanción pueda responder a “los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad”; entendidos estos “en el marco de la prevención”, y así se pueda dar cabal cumplimiento con las “funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado”, analizando la posibilidad de aplicar sanciones alternativas a la privación de la libertad, o la concesión de subrogados, e incluso la no necesidad de aplicación de la pena en los casos de delitos sexuales que se producen con el consentimiento de la víctima y conformando una familia, al efectuarse un análisis constitucional de los derechos fundamentales involucrados, así como de la función que cumpliría la pena, a la luz de los principios de *proporcionalidad, razonabilidad y necesidad*, para así proceder a aplicar

una pena adecuada al daño social producido, analizando incluso los derechos de las mujeres y de sus hijos, y se analice la posibilidad de aplicar medidas alternativas a la privación de la libertad, o de no aplicar pena alguna, por no necesidad de la misma, ya que por aplicación del principio de *subsidiariedad* se puede llegar a la conclusión de que pese a que “una persona ha sido declarada responsable penalmente, la reintegración social, como fin de la pena, puede realizarse sin ejecución de la pena impuesta” (Martínez, 2002, p. 53).

Las decisiones de los jueces de ejecución de penas deberían adecuarse a las situaciones concretas de cada caso, a fin de conceder los subrogados penales, aplicando los *principios de necesidad, utilidad y proporcionalidad del fin de la resocialización*, con el objeto de “garantizar la realización efectiva de los principios y fines de la pena” (C-312, 2002, p. 8).

BIBLIOGRAFÍA

- Agudelo Betancur, N. (2012). *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Temis.
- Alexy, R. (2003). *principios, Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Obtenido de www.ucu.edu.uy/sites/default/files/pdf/XV_sem_int_dc-e3.pdf
- Baratta, A. (1990). No está en crisis la criminología crítica. En M. Martínez S., *¿Que pasa con la criminología moderna?* (págs. 94-163). Bogotá: Temis.
- Baratta, A. (2002). Reintegración social del detenido. Redefinición del concepto y elementos de operacionalización. En M. Martínez, *La necesidad de la pena en el derecho alemán* (págs. 67-88). Bogotá: Gustavo Ibañez.
- Baratta, A. (2004). *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*. México: Siglo XXI Editores.
- Beccaria, C. (2012). *De los Delitos y de las Penas*. Bogotá: TEMIS.
- Betegón, J. (1992). *La Justificación del Castigo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bottke, W. (1997). La actual discusión sobre las finalidades de la pena. En J.-M. Silva Sánchez, *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)* (págs. 41-71). Barcelona: José María Bosch.
- Bustos Ramirez, J. (1993). Presente y Futuro de la Victimología. En J. Bustos Ramírez, & E. Iarauri, *Victimología: Presente y Futuro* (págs. 3-52). Bogotá, Colombia: Temis.

- Cancio Meliá, M. (1998). *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima "imputación de la víctima"*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cooper M., D. (s.f). *Delitos sexuales en zonas urbanas y rurales*. (U. d. Chile, Productor)
Obtenido de <http://www.facso.uchile.cl/publicaciones/sociologia/articulos/03/0302-Cooper.pdf>
- Facultad de Ciencias Médicas "Dr. Faustino Pérez Hernández". (2008). *Adolescencia e inicio precoz de las relaciones sexuales. Algunos factores desencadenantes*. (G. M. espirituana, Editor) Obtenido de [bvs.sld.cu/revistas/gme/pub/vol.10.\(2\)_01/p1.html](http://bvs.sld.cu/revistas/gme/pub/vol.10.(2)_01/p1.html)
- Fernández Carrasquilla, J. (2014). *Concepto y Limites Del Derecho Penal*. Bogotá: TEMIS.
- Ferrajoli, L. (1999). La pena en una sociedad democrática. En M. Martínez, *La Pena: Garantismo y Democracia* (págs. 15-30). Santa Fé de Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Ferrajoli, L. (2000). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta S.A.
- Fioravanti, M. (1996). *Los Derechos Fundamentales: apuntes de historia constitucional*. Madrid: Trotta.
- Gómez Benítez, J. M. (1997). Sobre lo interno y lo externo, lo individual y lo colectivo en e concepto penal de culpabilidad. En J. S. Silva, *Politica Criminal y Nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: José Maria BOSCH.

- Herrera Flórez, J. (2002). Las lagunas de la ideología liberal. En V. Zapatero G., *Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel* (págs. 367-402). España: Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones.
- Hulsman, L. (1984). *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una alternativa*. Barcelona, España: Ariel S.A.
- Institute Research Populatio. (s.f.). Obtenido de <http://www.lapop.org/boletines/370-a-que-edad-los-jovenes-comienzan-a-tener-relaciones-sexuales>
- Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (2009-2013). *Forensis*. Bogotá, Colombia: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas, S.A.
- Jakobs, G. (1997). *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas S.A.
- Jakobs, G. (1998). *Sobre la teoría de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Larrauri, E. (1993). Victimología. En J. Bustos Ramirez, & E. Larrauri, *Victimología: Presente y Futuro* (págs. 53-89). Bogotá, Colombia: Temis.
- Luzón P., D.-M., & Muñoz C., F. (1981). Iniciación al Derecho Penal de hoy. En C. Roxin, *Introducción*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- Martínez S., M. (1990). *¿Que pasa en la criminología moderna?* Bogotá, Colombia: Temis.

- Martínez S., M. (2002). *La necesidad de la pena en el Derecho Alemán*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda.
- Mir Puig, S. (1982). *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A.
- Mir Puig, S. (1995). El Sistema del derecho Penal en la Europa Actual. En J.-M. Silva Sanchez, & B. Schunemann, *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal* (págs. 25-35). Barcelona: Jesús María Bosch.
- Mir Puig, S. (1997). Laudatio. En J.-M. Silva Sánchez, *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)* (págs. 31-34). Barcelona: José Maria Bosch.
- Miralles, T. (1983). El control formal: la cárcel. En R. Bergalli, J. Bustos Ramirez, C. González Z., T. Miralles, A. De Sola, & C. Viladas, *El Pensamiento Criminológico, Vol. Ii, Estado y Control* (págs. 95-120). Bogotá: Temis Librería.
- Moccia, S. (1995). Función Sistemática de la Política Crimina. Principios Normativos Para Un Sistema Penal Orientado Teleológicamente. En J.-M. Silva Sánchez, & B. Schunemann, *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal* (págs. 73-98). Barcelona: José María Bosch.
- Moya V., M. F. (s.f). *Universidad Católica*. Obtenido de http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/105_14878_el-primer-sistematizador-para-el-derecho-penal.pdf

Organización Mundial de la Salud. (2000). *La Salud de los Jóvenes: Un desafío para la sociedad*.

Ginebra: Gráficas Reunidas.

Pérez Manzano, M. (1997). Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena. En J.-M. Silva Sánchez, *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)* (págs. 73-88). Barcelona: José María Bosch.

Pérez Pinzón, A. O. (2009). *Curso de criminología*. Bogotá: Temis S.A.

PROFAMILIA. (2010). *Edad a la primera relación sexual- PROFAMILIA*. Obtenido de http://www.profamilia.org.co/encuestas/Profamilia/Profamilia/index.php?option=com_content&view=article&id=46&Itemid=74

Proyecto de Ley No 08, (2006). Gaceta 243. Obtenido de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3

Regalado, J. (2008). Criterios para un modelo de regulación plural. En R. Huber, *Hacia sistemas jurídicos plurales: reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena* (págs. 71-84). Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.

Roxin, C. (1981). *Iniciación al Derecho Penal de hoy*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

Roxin, C. (1997). Contestación. En J.-M. Silva Sánchez, *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)* (págs. 35-38). Barcelona: José María Bosch.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Civitas, S.A.

Roxin, C. (2000). *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. (C. Gomez R., & M. C. Garcia C., Trads.) Valencia: Tirant lo blanch.

Roxin, C. (2007). *La Teoría del delito en la discusión actual*. Lima.

Roxin, C., Arzt, G., & Tiedemann, K. (1989). *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. Barcelona: Ariel Derecho, S.A.

Sandoval H., E. (1998). *Penología: partes general y especial*. Santafé de Bogotá: Gustavo Ibañez.

Schunemann, B. (1997). Sobre la Crítica a la teoría de la prevención general positiva. En J.-M. Silva Sánchez, *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)* (págs. 89-100). Barcelona: José María Bosch.

Silva S., J. M. (2000). Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites. En C. Roxin, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal* (págs. 95-119). Valencia: Tirant lo blanch.

Silva Sánchez, J.-M. (1997). Política Criminal en la dogmática: Algunas cuestiones sobre su contenido y límites. En J.-M. Silva Sánchez, *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (libro Homenaje a Claus Roxin)* (págs. 17-29). Barcelona: José María Bosch.

Silva Sánchez, J.-M. (1997). *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)*. Barcelona: José María Bosch.

Tuhsnet, M. (2001). Ensayo sobre los derechos. En M. G. Villegas, *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en los Estados Unidos*. Bogotá: Universidad Nacional.

Velandia Montes, R. (julio-diciembre de 2013). Sexualidad y Políticas Penales Contemporáneas.

Nuevos Paradigmas de las ciencias sociales latinoamericanas, Vol IV, No 8, 65-86.

Obtenido de

<http://www.ilae.edu.co/Publicaciones/files/05.%20Velandia%20sexualidad.pdf>

Velandia Montes, R. (2015). *La punitividad Electoral en las Políticas Penales Contemporáneas,*

Vol. II. Obtenido de [https://es.scribd.com/document/353685832/La-Punitividad-Electoral-](https://es.scribd.com/document/353685832/La-Punitividad-Electoral-Tomo-II-Rafael-Velandia-Montes)

[Tomo-II-Rafael-Velandia-Montes](https://es.scribd.com/document/353685832/La-Punitividad-Electoral-Tomo-II-Rafael-Velandia-Montes)

Velásquez V., F. (2010). *Manual de Derecho Penal, Parte General.* Bogotá: Ediciones Jurídicas

Andrés Morales.

Wolter, J. (1997). Problemas Político-Criminales y Jurídico-Constitucionales de un Sistema

Internacional de Derecho Penal. En J.-M. Silva Sánchez, *Política Criminal y Nuevo*

Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin) (págs. 101-112). Barcelona: Jesús María

Bosch.

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL

C-022. (23 de Enero de 1996). *Corte Constitucional.* Obtenido de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-022-96.htm>

C-073. (10 de Febrero de 2010). *Corte Constitucional.* Obtenido de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-073-10.htm>

- C-144. (19 de Marzo de 1997). *Corte Constitucional*. Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-144-97.htm>
- C-146. (23 de Marzo de 1994). *Corte Constitucional*. Obtenido de
www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-146-94.htm
- C-194. (2 de Marzo de 2005). Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-194-05.htm>
- C-312. (30 de Abril de 2002). *Corte Constitucional*. Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-312-02.htm>
- C-355. (10 de Mayo de 2006). Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>
- C-371. (29 de Marzo de 2000). *Corte Constitucional*. Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2000/C-371-00.htm>
- C-430. (12 de Septiembre de 1996). *Corte Constitucional*. Obtenido de
<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-430-96.htm>
- C-507. (25 de Mayo de 2004). *Corte Constitucional*. Obtenido de
www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-507-04.htm
- C-530. (11 de Noviembre de 1993). *Corte Constitucional*. Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-530-93.htm>
- C-534. (24 de Mayo de 2005). *Corte Constitucional*. Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-534-05.htm>

C-565. (7 de Diciembre de 1993). *Corte Constitucional*. (H. Herrera V., Productor) Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-565-93.htm>

C-647. (20 de Junio de 2001). *Corte Constitucional*. Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2001/C-647-01.htm>

C-757. (15 de Octubre de 2014). *Corte Constitucional*. Obtenido de
www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-757-14.htm

C-806. (3 de octubre de 2002). *Corte Constitucional*. Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-806-02.htm>

C-876. (22 de Noviembre de 2011). *Corte Constitucional*. Obtenido de
www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-876-11.htm

T-077. (2013). *Corte Constitucional*. Obtenido de Corte Constitucional:
www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-077-13.htm

T-153. (1998). *Corte Constitucional*. Obtenido de
www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm

T-230. (13 de Mayo de 1994). *Corte Constitucional*. Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-230-94.htm>

T-286. (2011). *Corte Constitucional*. Obtenido de Corte Constitucional:
www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/T-286-11.htm

Tutela de Primera Instancia, Tutela 2014-00106-00 (Tribunal Superior de Manizales 5 de Mayo de 2014).

JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

18455. (7 de Septiembre de 2005). *Corte Suprema de Justicia*. Obtenido de

www.cortesuprema.gov.co/

25813. (6 de Junio de 2007). *Corte Suprema de Justicia, Sala Penal*. Obtenido de

<http://190.24.134.69/busquedadoc/FULLTEXT.ASPX>

33022. (20 de Octubre de 2010). *Corte Suprema de justicia*. Obtenido de

<http://190.24.134.69/busquedadoc/FULLTEXT.ASPX>