

ANALISIS DEL FIN DE LA PENA EN LOS DELITOS SEXUALES EN MENORES DE CAR-
TOCE AÑOS A LA LUZ DE LOS DD.HH.



JANIO ERNESTO ALVAREZ SOGAMOSO
JUAN SEBASTIAN VARGAS CORREDOR



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS
VILLAVICENCIO

2022

ANÁLISIS DEL FIN DE LA PENA EN LOS DELITOS SEXUALES EN MENORES DE CAR-
TOCE AÑOS A LA LUZ DE LOS DD.HH.

JANIO ERNESTO ALVAREZ SOGAMOSO
JUAN SEBASTIAN VARGAS CORREDOR

Artículo académico presentado como requisito para optar al título de Especialista en Derecho
Administrativo

Asesor

Doc. SONIA PATRICIA CORTES ZAMBRANO
Doctor en Derecho

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS
VILLAVICENCIO
2022

Autoridades Académicas

P. José Gabriel MESA ANGULO, O. P.

Rector General

P. Eduardo GONZÁLEZ GIL, O. P.

Vicerrector Académico General

P. José Antonio BALAGUERA CERPADA O.P.

Rector Sede Villavicencio

P. Rodrigo GARCÍA JARA, O.P.

Vicerrector Académico Sede Villavicencio

Adm. JULIETH ANDREA SIERRA TOBÓN

Secretaria de División Sede Villavicencio

Mg. RODRIGO CORTES BORRERO

Decano de la Facultad de Derecho

Tabla de contenido

	Pág.
Resumen	4
Abstract.....	6
Introducción	7
Justificación	8
Metodología	9
I. Reflexión sobre la evolución y relación del estado y la pena.....	10
1. Evolución y relación estado – pena	10
2. La pena en relación con el estado democrático.....	13
3. Pena como prevención del delito.....	15
II Principios generales y fines dogmáticos de la pena en los delitos sexuales contra menores de catorce años.	19
1. Principios generales de la pena: Razonabilidad, Necesidad y Proporcionalidad.....	19
2. Los fines de la pena.	22
III. El derecho penal colombiano y el contexto criminológico del pedófilo.....	25
1. El Código Penal Colombiano a la luz de la Carta Constitucional 1991.....	25
2. Contexto criminológico del pedófilo.	29
IV. Bloque de constitucionalidad y la defensa de los ddhh en delitos sexuales con menor de catorce años	32
1. El bloque de constitucionalidad y su aplicación en defensa de los DDHH de NNA	36
2. Menores de 14 años como sujeto de especial protección.....	41
Conclusiones	43

Resumen

Colombia presenta un alto índice de delitos sexuales contra menores de catorce años, dejando ver de manifiesto un problema sociojurídico que pone en riesgo a los NNA, esto nos llevó a realizar un análisis teórico dogmático y el estudio caso los delitos sexuales en menores de catorce años. En este artículo se presentan la evolución de la pena y su relación con los diferentes Estados para conocer como ha sido el resultado de la aplicación de las penas, sus principios y

finde frente a los responsables de la comisión de delitos sexuales contra NNA, según diferentes tesis de exponente positivista y desde el Actual sistema penal acusatorio en Colombia.

Ahora bien, como parte de esta investigación socio jurídica tipo de investigación que se requiere para el avance y el desarrollo del derecho, la investigación sociojurídica representan las consideraciones teóricas de experto que son vistas y analizadas para dejar aportes propios de reflexión y a su vez recomendar y tener presente la problemática que seda el contexto del Estado por la constante comisión de delitos sexuales con NNA. Para el análisis y reflexión de la problemática de este delito hemos tomado cuatro grandes temas que se estructuran desde lo teórico como el análisis del caso general que es la comisión de los delitos sexuales en menor de catorce años y las conductas de los pedófilos frente al fin de la pena para estos delitos y el cumplimiento de los fines de la pena para quienes son judicializados como responsables.

Los capítulos que estructuran el presente artículo hacen un hilo conductor entre las teorías, tesis, posturas y el derecho penal colombiano con el contexto criminológico del pedófilo, enfrentando las realidades jurídicas, como lo es la comisión de conductas desarrolladas por personas enfermas y que por su misma condición deben ser tratadas y que a la suma de esta problemática esta la afectación de las víctimas de la comisión de estos delitos y que por tratarse también por ser sujetos de una especial protección deben bajo esta condición brindarse su protección y prevenir que estos hechos no sigan siendo riesgo y reincidencia de los responsables por falta de políticas públicas para el tratamiento penitenciario o de internamiento que requieren los pedófilos para asegurar que no sea reincidente su conducta a la hora de regresar a la sociedad.

El artículo concluye con algunas sugerencias y recomendaciones para el Estado en cuanto se requiere no solo leyes que abarquen sanciones drásticas para la comisión de delitos sino que debe existir una política criminal y un andamiaje físico que conlleve a que quienes purgan penas logren los fines de estas, para ello se requiere que los centros penitenciarios en donde se busca reinsertar a los internos en la sociedad y evitar que vuelvan a delinquir, necesita de una atención del Estado y todas las instituciones que tiene injerencia en este tema de tanta relevancia y trascendencia hacia la sociedad, para lograr los fines y principios de la pena y alcanzar una sociedad más justa y digna para nuestros NNA.

Palabras claves: Delitos sexuales, pedófilo, Fin de la pena, Derechos Humanos, especial protección, NNA, resocialización

Abstract

Colombia has a high rate of sexual crimes against children under fourteen years of age, revealing a socio-legal problem that puts children at risk, this led us to carry out a dogmatic theoretical analysis and the case study of sexual crimes in children under fourteen. years. This article presents the evolution of the sentence and its relationship with the different States to know how the result of the application of the sentences, its principles and purposes against those responsible for the commission of sexual crimes against NNA, according to different positivist exponent thesis and from the current accusatory penal system in Colombia. Now, as part of this socio-legal type of research that is required for the advancement and development of the law, the socio-legal research represents the theoretical considerations of the expert that are seen and analyzed to leave their own contributions for reflection and in turn recommend and keep in mind the problems that occur in the context of the State due to the constant commission of sexual crimes with NNA. For the analysis and reflection of the problem of this crime we have taken four major themes that are structured from the theoretical as the analysis of the general case that is the commission of sexual crimes in children under fourteen years of age and the behavior of pedophiles against the end of the penalty for these crimes and the fulfillment of the purposes of the penalty for those who are prosecuted as responsible.

The chapters that structure this article make a common thread between the theories, positions and Colombian criminal law with the criminological context of the pedophile, facing legal realities, such as the commission of behaviors developed by sick people and that due to The same condition must be treated and that in addition to this problem is the affectation of the victims of the commission of these crimes and that because they are also subject to special protection, they must under this condition provide their protection and prevent these acts from not happening. It continues to be a risk and recidivism of those responsible due to the lack of public policies for the penitentiary treatment or internment that pedophiles require to ensure that their behavior is not reoffending when they return to society.

Keywords: Sexual crimes, pedophile, End of sentence, Human Rights, special protection, NNA, resocialization

Introducción

“La finalidad del castigo es asegurarse de que el culpable no reincidirá en el delito”

Cesare Beccaria.

Todo sistema penal que rige en un Estado tiene su propio ordenamiento jurídico, con sus conceptos jurídicos y una base filosófica. El presente artículo de reflexión académica no es la excepción, presentamos un estudio y análisis profundo sobre el fin de la pena en los delitos sexuales contra NNA menores de catorce años a la luz de los derechos humanos. Vemos como una necesidad de entender una problemática constante en nuestra población de NNA, quienes son abusados por individuos que clínicamente los definen como pedófilos, pero que ni los menores son tratados como sujetos de especial protección, establecido por la Constitución Política, dentro de un Estado social de Derecho, pero a su vez es necesario hacer el estudio y consulta sobre como es el tratamiento y la pena o sanción de los victimarios pedófilos, que son personas presuntamente enfermas, que deben recibir un especial tratamiento dentro de su proceso penal el cual adelantan contra las personas que deben responder por la comisión de delitos sexuales con NNA, menor de 14 años.

En el artículo ilustramos la reflexión de esta investigación académica. Presentado un breve resumen, acompañado en un primer capítulo que presenta una evolución de la relación de la pena y el Estado y la pena como prevención, en el segundo capítulo presentamos los Principios generales y fines dogmáticos de la pena en los delitos sexuales contra menor de catorce años, en el cual desarrollamos la racionalidad, Necesidad y proporcionalidad de la pena y los fines de la pena.

Pasando a revisar y presentar en un tercer capítulo el estudio del Derecho penal colombiano y el contexto criminológico del pedófilo y finalmente se presenta la importancia del Bloque de constitucionalidad, aplicación en defensa de los DDHH, en menores como sujetos de especial protección para evitar la comisión de delitos sexuales con NNA menores de catorce años.

Finalmente hemos elaborado las conclusiones de forma correlacionada de los capítulos y la reflexión del tema estudiado, la deficiencia que se encuentra en los dos procedimientos como lo es la protección a los menores como sujetos de especial protección y el proceso mediante el cual se hace la judicialización del presunto responsable de los delitos sexuales con menor de 14 años, individuo que se identifica como un pedófilo, que por falta de un tratamiento regresa a la sociedad con una mayor peligrosidad por no recibir el tratamiento adecuado por

parte del Estado y las instituciones responsables del proceso, reflexión académica que está debidamente argumentada con fuentes y referencias bibliográficas que relacionamos al final del artículo.

Justificación

Colombia tiene una normatividad muy voluminosa en normas que regulan la protección de los menores a la cual se le suma el Bloque de constitucionalidad, con varios instrumentos Internacionales convenciones que han sido ratificados por el Estado y se convierten de obligatorio cumplimiento vinculante, pero que no han sido suficientes para garantizar ese emblemático pronunciamiento constitucional y jurisprudencial que nos brinda la Constitución de 1991, que desde su preámbulo y la consagración de los derechos del niño en el artículo 44, donde hace referencia que los derechos de los menores de edad los convierten en sujetos de derechos, considerados como seres en desarrollo que poseen dignidad integral.

Teniendo las herramientas constitucionales y las que nos brinda el bloque de constitucionalidad, vale hacer alusión que no es solo una reflexión sobre el trato de nuestros NNA, sino también de aquellas personas que son las presuntas responsables de la comisión de los delitos sexuales con menor de 14 años conocidos como pedófilos, la necesidad se surte, al tenerse conocimiento que no hay una garantía de los derechos de los NNA y de los sujetos responsables de la comisión del delito por pedófilos, pues estos requiere un tratamiento médico especializado, con el objeto de poder hacer eficaz y efectiva los principios generales de la pena y poder regresar a la sociedad individuos que no sigan siendo un peligro para la sociedad y de esta forma garantizar un menor temor y riesgo para los NNA, que pueden seguir en los mismos contextos donde regresan estas personas, peor que según la investigación y la necesidad que nos lleva a esta reflexión es que no tenemos en el Estado colombiano y en su sistema penitenciario, unas políticas públicas e infraestructuras que sean eficaces para la cura de tanto mal, que debe ser tratado y no penalizado de forma exegética, ver qué el remedio no es la pena carcelaria, sino que se requiere centros de internamiento en los cuales brinden tratamientos especializados para que la pena cumpla con sus principios y fines. Es una necesidad urgente que se requiere para nuestros NNA y los enfermos que requiere que el Estado también conozca sus problemas, orígenes de sus conductas aberrantes, que finalmente son el resultado de una sociedad, una familia y del Estado que no ha ofrecido los remedios a tiempo, que son el resultado de la marginalidad, la no inclusión, desigualdad social y la ausencia del Estado en muchas esferas donde sus pobladores se hacen invisibles para la institucionalidad.

Metodología

Pensando en poder abarcar una amplia revisión de fuentes vimos apropiada la metodología socio jurídica, aprendiendo a su vez que una investigación socio jurídica tiene como objeto el estudio de la realidad social en la medida que advierte una incidencia en los comportamientos sociales que busca modificar. Así las cosas, el derecho busca transformar los acontecimientos sociales, de ahí la incorporación al método científico, dicho por (Arango Pajón, 2013), en sus diversos artículos que ilustra sobre la importancia de aplicar la investigación socio jurídica como una herramienta que abarca en su totalidad los diversos contextos y campos que requiere el análisis de temas, hechos jurídicos y el mismo derecho

Nos advierte de igual forma Tantaleán Odar (Tantaleán Odar, 2016), respecto del derecho que este se caracteriza por tener cuatro enfoques o dimensiones en su objeto de estudio: el hecho normativo, el hecho social, el hecho histórico y el aspecto valorativo ético para su legitimidad y justificación, a partir de las cuales se desarrollan cuatro tipos de investigaciones en el campo del derecho por cada dimensión. Es aquí en donde hemos aterrizado el presente artículo, por tratarse precisamente de un análisis desde el aspecto dogmático, jurídico y socio jurídico, que reflejamos en cada uno de los capítulos de la estructura de este artículo, que guiados por esta metodología le brindamos al lector elementos, conceptos y teorías suficientes para la interpretación, comprensión de una realidad social y jurídica que atenta contra nuestra población de NNA, por lo que es pertinente y de gran impacto trabajar temas tan álgidos y relevantes para la protección de población como sujetos de especial protección como lo es la niñez; también con alto impacto en el ordenamiento jurídico del Estado social de derechos colombiano, en especial en el derecho Penal, el Sistema Penitenciario y lo considerado por el Bloque de constitucionalidad frente a los Derechos Humanos.

Fue además de gran importancia tener también como metodología el análisis de caso, pues el trabajo para llegar a este artículo está basado en un caso general que refiere a los delitos sexuales en menores de catorce años, es decir en nuestra población de NNA; como lo expresa Arnal, (2007) en el estudio de caso que consiste en ver los casos que representan situaciones problemáticas diversas de la vida real, para ser analizado y de esta manera se pretenda hacer no una solución si no dar la importancia de iniciar a atender esta clase de casos y hacerlos ver como una urgencia para un determinado contexto. (Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, s.f.)

I. Reflexión sobre la evolución y relación del estado y la pena.

Los grandes avances de la ciencia y la tecnología nos permiten analizar los más recónditos modelos y sistemas por los que han trasegado los Estados a través de su evolución histórica en el deseo de tener unas penas con las que se sancionen los comportamientos de quienes son autores de conductas criminales, pero este estudio cada vez muestra más de cerca graves falencias de como si quisiese el Estado permanecer en unas legislaciones que caminan de la mano con el sistema pero se alejan de la realidad social del ser y deber ser del derecho, no se encuentra solución sino obstáculo, pues las penas como lo presentamos más adelante tiene unos fines, que en últimas son los que se deben atender por un Estado, tal como se revisa en los planteamientos mencionados.

De esta corta introducción, que seguramente muchos estudiosos del derecho pensarán y opinarán; claro que si se ha avanzado en el tema de las penas y si es una afirmación cierta, pero lo que quiere dejar muy visible es que quienes hoy nos iniciamos en el estudio del derecho penal debemos hacer un ejercicio hermenéutico para comprender que está pasando con el tema de la pena en los sistemas penales actuales, y en especial en un tema tan álgido como delitos contra la humanidad de menores que son sujetos de especial protección.

1. Evolución y relación estado – pena

Para poder conocer cómo ha sido la evolución y la relación de Estado y la pena, hay que remitirnos a los sistemas socioeconómicos y la forma de Estado de cada época, de ellos nos ilustra de forma específica los Libros de G. Rusche y O. Kirchheimer, (1984) de Emilio García Méndez, en su obra: pena y estructura social en américa latina:

Allí se plantean cuatro tesis. La primera de ellas establece que "cada sistema de producción tiende al descubrimiento de castigos que corresponden a sus relaciones productivas. Resulta por lo tanto necesario investigar el origen y destino de los sistemas penales, el uso o la elusión de castigos específicos y la intensidad de las prácticas penales en su determinación por fuerzas sociales, sobre todo en lo que respecta a la influencia económica y fiscal 'La segunda tesis parte del hecho - fácilmente comprobable en forma empírica y que, mutatis mutando, ha permanecido relativamente invariable con el paso del tiempo- de que la población criminal se recluta predominantemente entre las clases más bajas de la sociedad. La tercera tesis establece que, si la pena pretende tener efectos realmente disuasivos sobre los potenciales criminales, debe ser de una naturaleza tal que produzca una disminución aún mayor de sus condiciones actuales de existencia. De aquí se deriva

en forma directa la cuarta tesis, "Si queremos concretar la propuesta que sostiene que una ejecución penal eficaz debe intimidar a aquellos estratos sociales inferiores más propensos a cometer delitos, debemos tener perfectamente en claro cuáles son las categorías económicas que determinan el destino de dichos estratos. Como no resulta difícil comprender que dichos estratos no disponen de otro bien que, sin fuerza del trabajo, puede concluirse -sin lugar a dudas- que es el propio mercado de trabajo la categoría decisiva y adecuada que debe adoptarse (p.766).

Una mirada a estas cuatro tesis nos muestra que en el soberano radica el Estado y allí intrínseco el poder legal y de justicia, concibiéndose la pena como un castigo, frente al mal y se castiga a quien se ha rebelado contra el soberano, quien a su vez impone las penas, lo propio de un Estado absolutista imperante bajo la edad media, que hace transición por el auge del mercado que da origen a los banqueros y comerciantes surgiendo así la burguesía que da paso al capitalismo y la concentración del poder en clases. Aquí vamos a encontrar entonces una pena con características y como medio para realizar el objetivo capitalista. Un periodo donde la ejecución de la pena consiste fundamentalmente en la explotación de la mano de obra.

Llega el Estado Burgués, en su máxima expresión, Las Revoluciones Burguesas; la expresión soberana del pueblo con la teoría del contrato social, la división de las leyes (Rousseau, 1999, p.62). La gran Revolución de 1789 – 1848 el triunfo de la industria. Acá es muy importante reseñar que ese triunfo de la INDUSTRIA, viene viciado pues el privilegio fue para los capitalistas, acá la libertad e igualdad viene supeditada a una clase media predominante en Europa y parte de Norte América, que lo lleva a crecer y tomar fuerza como grupo económico internacionalmente, postulado que expone Eric J. (p. 16).

De estas relaciones tan marcadas como en un inicio las leemos en las tesis expuestas por G. RUSCHE y toda una evolución de los Estados y la sociedad respecto de la pena y que desde luego es lo que más interesa y se profundiza en esta reflexión, dada a su propia dinámica por ser precisamente el derecho una ciencia tan cambiante con amplias influencias sociales, personales en la creación y aplicación del derecho y que a su vez originan discusión sobre la pena su fundamentación y sus fines.

Al respecto hacemos referencia a varios exponentes que presentan sus puntos de vista e ilustran sobre los diversos planteamientos clásicos del Estado liberal en relación a la pena:

KANT: "Aunque se disolviera la sociedad civil tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos".(Kant, 2005, p.258-259).

CESARE BECCARIA: "si todo miembro particular se halla ligado a la sociedad, ésta está igualmente ligada con cada miembro particular por un contrato que por su naturaleza obliga a las dos partes. Esta obligación, que descendiendo desde el trono llega hasta las más humildes chozas,

y que liga igualmente al más grande y al más miserable entre los hombres, solo significa que el interés de todos está en la observación de los pactos útiles al mayor número".(Beccaria, 2014, p21).

HEGEL: "La pena es la negación de la negación del derecho". Esta teoría no ve en la persecución alguna finalidad socialmente útil, sino que, por medio de la imposición de un mal, la culpabilidad que el autor carga sobre sí mismo como consecuencia de sus hechos es retribuida, compensada, expiada en forma justa. La teoría retributiva sostiene que se pena porque se ha pecado y no para que no se peque, y de este modo, se renuncia a la prevención. La individualización de la pena no es otra cosa más que la expresión de la reprochabilidad en monto de pena. (p, 28-29, Inocencia Alfonso de Barreto).

CARRARA: "la pena solo tiene un fin en sí misma que no es otro que el restablecimiento del orden externo de la sociedad y siendo así, a la pena no se le pueden plantear otros fines, como el de amedrentamiento de los ciudadanos o el de conseguir su enmienda, lo cual podría ser muy loable y digno de ser perseguido, pero no hace al fin de la pena, esto es, aunque tales efectos no se consiguieran, la pena no dejaría de ser tal, se trata pues en estos casos de consecuencias meramente accesorias" (Carrara, 2000, p29).

ROXIN: "...el punto de partida preventivo- general tiene en general tendencia al terror estatal. Pero quien quiere intimidar mediante la pena, tenderá a reforzar este efecto castigando tan duramente como sea posible..." (Roxin, 1976, 2019, p18).

Otro escenario que tenemos frente a la evolución de los Estados y la pena es precisamente la segunda guerra mundial y el Estado de derecho nazi y su positivismo ideológico liderado por Carl Schmitt, donde a la vanguardia de construcciones sistemáticas penales posteriores a la república de Weimar el filósofo Edmund Mezger justificaron en el código penal federal de Alemania de 1933, el peligrosismo punitivo y la posibilidad de dar aplicación a las penas mundialmente conocidas de exterminio y trabajo forzoso que terminaron perpetuando el holocausto en los primeros años de la década del 40, de igual forma al respecto del código nacional penitenciario nazi; Muñoz Conde opina que: "la Gran Comisión de Reforma del Derecho penal, a la que pertenecían muchos profesores de prestigio (entre otros, como hemos visto, Edmund Mezger), se movía en una línea parecida, en la medida en que, por ejemplo, pretendía castigar la homosexualidad masculina como medio de "conseguir mediante la fuerza ética de la ley penal una barrera contra la expansión de una práctica inmoral".(Muñoz Conde, 2003, p.107). De tal modo que es innegable la influencia de las situaciones políticas y sociales que acontecen al momento de la estructuración del derecho penal, sobre todo de su sistema de determinación de responsabilidad penal incluyendo también su influencia en las consecuencias jurídicas determinadas por la ley.

Para ir cerrando la relación y evolución de la pena, a manera de conclusión parcial; se hace necesario que los Estados intervengan para lograr un proceso de comunicación y relaciones de consenso entre capital y trabajo necesario para la organización del ordenamiento jurídico su andamiaje y el mismo poder; porque la pena como simple retribución, prevención o guardiana de un orden no permite evolucionar, mírese que posterior a las guerras mundiales surge la necesidad no solo de ver a los Derechos Humanos como un resurgimiento al respeto por la persona sino se hace un acercamiento y aprehensión al concepto de conciencia colectiva, tomando de Emilio Durkheim, como “ el conjunto de creencias y de sentimientos comunes a la media de los miembros de una misma sociedad, forma un sistema determinado que tiene su vida propia...”. Y que hoy por hoy ver los DDHH, como una alternativa ha sido uno de los logros para que los estados a la hora de aplicar o imponer penas consideren que estas deben ser acordes con la ley la dignidad humana.

Pero tenemos a su vez, que es la Teoría de la defensa social, con el sustento y expresión basado en la teoría de la prevención especial que concluye el conocido Estado capitalista. Y se tiene un Estado Liberal que, al oponerse al Estado absolutista, con llevo a revisar la legitimidad de un Estado, que de alguna forma su respuesta se encuentra, en que la forma obsoleta y en concreto la explotación del trabajador como de un sistema de control represivo, de sometimiento, esclavitud, buscando hacer sumiso y obediente al otro solo genera violencia. Pero es así como hasta mediados del siglo XX, hemos conocido que el panorama frente a la pena ha estado entre matices de un Estado capitalista de autoridad que termina en un Estado Liberal, con el retribucionismo o la prevención general; dando paso a “La voluntad soberana del pueblo”, en donde marca una gran relevancia el positivismo naturalista o sociológico con énfasis en el tema de los Derechos Humanos, en su característica de universalidad, donde podemos ver por el retrovisor y traer de nuevo a Cesare Beccaria, desde su obra De los delitos y las Penas, donde plasma la necesidad de la humanización de las penas.(p.19)

2. La pena en relación con el estado democrático

Una primera postura es dejar claro que al referirnos a un Estado democrático y más en América Latina es un Estado abierto que está en proceso de construcción y evolución permanente desde todos los campos, no solo económico o político sino en cualquier medio, que busca porque sus asociados lo requieren y esa es la esencia de poder pensar en lograr superar brechas de siglos que otros Estados lo han alcanzado. Y ahora me referiré a como se ha dado la pena

en un Estado democrático, será necesario como ya en párrafos anteriores leíamos, ahora presento que es la pena desde otro escenario de pronto más familiar para algunos.

Nos remontamos a esas penas cumplidas por su propia mano. La famosa de ojo por ojo y diente por diente, no puede seguir siendo sino una metáfora, pues no con lleva a poder ser una forma de tasar una conducta reprochable, con otra igual o peor, pero que se practicó en los Estado absolutista, en donde la pena de muerte, el destierro, los famosos tribunales de la santa inquisición que aplicaban penas crueles e inhumanas, como la hoguera, la horca, el fusilamiento, el perduello, la cadena perpetua y la pena de muerte; unas de estas penas aún son comunes su aplicación en algunos Estados, el interés es dejar en este ejercicio académico plasmado, porque la pena en un Estado democrático, que son Estados en procesos de apertura de transformación que logre hacer realidad los fines de la pena como es la prevención.

Pensando en una **PENA RETRIBUTIVA**, que presentábamos en línea precedentes cuando referíamos al capitalismo y que a la fecha son muchos los autores y sistemas que aceptan esta postura, entre ellos cabe mencionar a KANT, HEGEL, CARRARA. WELZEL, quienes recogen sus planteamientos en la mención del restablecimiento del orden jurídico, de una necesidad social que es retributiva para el orden de los mismos asociados. Para Jackson Toby, quien coincide con planteamiento de Carrara, hace alusión que toda rehabilitación, tratamiento y reincidencia “tiene menos importancia que la neutralización del desviado como modelo de rol posible”, dando cumplimiento a que se esté frente a una pena retributiva, de acuerdo a diferentes autores relacionados.

De lo anterior se colige a manera de conclusión; que no se está lejos de plantear una amalgama que conlleva a una generalidad de retribucionismo y prevención general, para valorar el supuesto que la pena no se agota en sí misma, como cumplimiento de un mal por un mal, sino lo que se persigue es alcanzar una finalidad externa que en otras palabras: diría conminar a que no se incurra en nuevos delitos. Pero que no es más que la misma teoría del bien social o la utilidad pública que solo busca una distracción y simulación frente a las realidades en donde sigue reinado una democracia imperfecta. De ahí la selección de la frase inicial de Beccaria “**La finalidad del castigo es asegurarse de que el culpable no reincidirá en el delito**”

Los diversos argumentos que buscan apartarse de la hegemonía frente a la pena como prevención general, expresan que la “prevención general es un instrumento de control social y como tal neutro valorativamente”, hay críticas no solo desde el punto de vista liberal sino que de igual forma se hace desde el aspecto democrático, dejando al descubierto que la teoría de la prevención general o cae en la utilización del miedo como forma de control social, con lo cual se llega al Estado de terror: La imposición de la pena está íntimamente ligada al desarrollo

del Estado y a sus sistema, en el caso de un Estado democrático, fija sus penas en la realidad social, en la capacidad y relación social, pero será desde los fines de la pena para poder seguir las posturas y la relación de los fines de la prevención general y especial.

Hay muchas posturas, críticas respecto de la pena y la relación con el Estado, pero solo se puede avanzar si se considera la relación entre la pena y Estado y se conoce todo sobre el Estado esto es: su evolución, estructura, economía, sociedad, para avanzar en una pena que sea progresiva. No podemos pretender ver el derecho penal aislado de lo que son los Estados, las penas, si bien debemos saber que se ha erradicado y abolido es tan importante conocer como hemos avanzado dentro de un Estado democrático donde el fin último sea que la pena cumpla el fin del hombre un ser crítico, liberado y social.

En el Estado Colombiano, vemos como el querer llegar a prácticas propias de un modelo penal que cumpla con los fines de la pena, nos llevó al cambio radical del sistema penal inquisitivo a la implementación del Sistema Penal acusatorio, con el objeto de poder cumplir los postulados de un Estado democrático y la imposición de las penas que obedezcan a la fundamentación de los Derechos Humanos.

3. Pena como prevención del delito

Estudiada y presentada la evolución de los Estados y una relación con la pena, se pasa a un contexto más limitado, donde se hace una exposición de la pena como prevención del delito, en el contexto del Estado Colombiano. Frente a las penas privativas de la libertad establecidas por el Estado Colombiano en los delitos sexuales contra menores de catorce años de edad estipulados en los artículos 208 y 209 de la Ley 599 del 2000 Código Penal. Y Partiendo de la pregunta ¿Sí las penas aquí establecidas cumplen fácticamente con los principios constitucionales, los fines generales y el respeto por los derechos humanos?

Desde un análisis de nuestra sociedad, la cual es pluralista, no está exenta de encontrar en ella y con bastante frecuencia, miembros de esta sociedad con enfermos, como por ejemplo para el caso de referencia tenemos los enfermos de pedofilia, que de acuerdo a (Goerge R. 2019). La pedofilia es el trastorno que se caracteriza por la presencia de fantasías, impulsos o comportamientos sexuales excitantes recurrentes e intensos relacionados con los niños, niñas y adolescentes, por lo general hasta los 13 años de edad, siendo este el problema que debe observarse y exponerse por ser un caso que amerita una atención especial a la hora de ver la pena como prevención en esta clase de casos, que ha sido revisado y estudiado.

Aunque las leyes varían de un país a otro, no se desconoce esta clase de delito por ello, encontramos de forma acertada de acuerdo a los criterios y definición clara de esta enfermedad que las persona que padecen pedofilia y que llegase a estar inmerso en una comisión de esta conducta, requieren es un tratamiento y no una pena es decir: Los individuos que cometen delitos de pedofilia no pueden construir una resocialización con el grado de moderación suficiente para crear expectativas de no repetición en el crimen, reales y ciertas. Están es frente a una enfermedad y requieren es un internamiento médico y no una prisión, se trata de un problema de salud pública de riesgo público, permanente y de atención por parte del Estado.

Una situación más que aqueja esta grave problemática, es la que está en cabeza de los jueces de la República, que en cumplimiento y a falta de una presentación del caso y material probatorio suficientes, condenan a personas por hechos injustos y culpables, lo hacen en el legítimo ejercicio de su poder punitivo como lo manifiesta la sentencia C-647 del 2001 de la Corte Constitucional definiendo la pena como:

“la carga de soportar una privación o disminución de bienes jurídicos que, de otra manera permanecerían intangibles frente a la acción estatal. Ello ocurre, desde luego, con las limitaciones que señala la Constitución, la dignidad de la persona humana y el respeto a los derechos humanos.”(Corte Constitucional de Colombia, 2001)

Mas sin embargo, cuando nos encontramos que a quien se le impone una pena y su cumplimiento es inútil, dígame de los casos en que estamos frente a un enfermo psiquiátrico que padece pedofilia, no se va a cumplir el objetivo de la pena en cuanto a la prevención especial, pues hay una carencia de sentido en si misma porque las particularidades mentales del condenado le impiden el fin esencial de resocialización, es de afirmar además que es violatoria de los derechos humanos, por encontrarnos dentro del Estado garantista, social y democrático de derecho que contempla que solo se puede privar de la libertad de locomoción a un ser humano para constituirlo en una real reconducción ética y moral.

Siendo concordantes con la definición expresada por (Carrara, 2000, p.34): “la pena es el mal que, de conformidad con la ley del Estado, infringen los jueces a las personas que han sido halladas culpables de un delito, habiéndose observado las debidas formalidades”, de ello puede resaltar especialmente la exigencia de formalidades entendidas como: “las condiciones necesaria establecidas para la ejecución de las penas” de acuerdo al diccionario de la RAE que la define como: “Condición necesaria o requisito establecido para la ejecución de ciertos actos Públicos”.

Que llegan como paradigmas a las legislaciones y los postulados tomados de diversos autores, como en el caso citado y que para el Estado colombiano se afirma que las formalidades establecidas para las penas están legítimamente consagradas en la constitución y las leyes que se implican en el actual sistema Penal Acusatorios, como se referencia de forma muy sutil en algunos postulados:

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

Artículo 1 de la ley 599 del 2000 que consagra que: “Dignidad humana, El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana”.

Artículo 3 de la ley 599 del 2000 que consagra que: “Principios de las sanciones penales. 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.”

Artículo 4 de la ley 599 del 2000 que consagra que: “Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevenciónn especial, reinserción social y protecciónn al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.”

Artículo 5 de la ley 599 del 2000 que consagra que: “Funciones de la medida de seguridad. En el momento de la ejecución de la medida de seguridad operan las funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación”. La ejecución penitenciaria de las penas no está reconociendo estas formalidades necesarias para darle sentido y legitimidad a la pena.

Por lo que se afirma que: “la pena en estos casos de pedofilia no es recondutora de seres humanos si no represora de malos comportamientos”. ¿Qué sentido tiene aislar individuos culpables con desviaciones de conducta tan severas que al momento de tener que regresarlos a la sociedad, la misma afección psiquiátrica irremediable los guiara en sus elucubraciones y planes dentro del camino criminal? Definitivamente seria acertado afirmar que no tiene ningún sentido este tipo de pena en estos casos de pedofilia, la mera “aplicación de un mal como consecuencia de un mal cometido”, degenera al Sistema Nacional Penitenciario en su esencia correccional, ya que con este argumento penal se está en desconocimiento de la resocialización y la expectativa de no repetición en el crimen.

Tomando ahora la rehabilitación del condenado, como no lo expone Jescheck & Weigend, (2002) en su libro tratado de derecho penal que:” rehabilitación significa restablecer jurídicamente

el prestigio social de un condenado” y al respecto de función de las penas se tiene que: “La pena no solo tiene como misión retribuir la culpabilidad por un hecho ya cometido, sino también prevenir futuros delitos”. (p.1247)

En estos casos, la pena no cumple de ninguna manera con esta expectativa mencionada por Jescheck , porque estos sujetos son enfermos que requieren es de un tratamiento especial, una privación de encarcelamiento, no es el remedio que requiere el sujeto, y de esta forma no se logra que vaya a dejar de tener el deseo de comisión antijurídica; entonces la prevención que se espera como consecuencia de la reformatión del criminal se ausenta y nos deja en evidencia a un Estado que no presta atención especial para la rehabilitación del criminal y está regresando agentes peligrosos a la sociedad en plena libertad, sin un sistema de medidas permanentes que atenúen ese riesgo malo.

Para ello es necesario como lo advierte la autora Cortes citando a Pallares sobre el tema de políticas públicas en uno de los capítulos sobre Víctimas del desplazamiento forzado en Colombia y su valoración jurídico constitucional:

“las políticas públicas consisten en el conjunto de actividades de las instituciones del gobierno, actuando directamente a través de agentes y que van dirigidas a tener una influencia determinada sobre la vida de los ciudadanos” (Cortes Zambrano, p,13).

Un Estado sin políticas públicas que busque el restablecimiento de los derechos, de las personas, no podrá alcanzar que quienes están condenados a recibir por necesidad un tratamiento especial y no le es posible recibirlo por la ausencia del Estado, en esta clase de situaciones, pues no se logra que se cumplan ni los fines, ni los principios, menos aún podrán estos sujetos lograrlo cuando no reciben el tratamiento adecuado por ser personas enfermas y que como tal debe ser tratadas.

Para un mayor acercamiento al tema, presento un segundo capítulo en el cual se visibiliza la fragilidad de la penal en el derecho penal, desde los conceptos teóricos adoptados por la legislación colombiana sobre: Principios constitucionales de la pena y fines dogmáticos de la pena.

II Principios generales y fines dogmáticos de la pena en los delitos sexuales contra menores de catorce años.

1. Principios generales de la pena: Razonabilidad, Necesidad y Proporcionalidad

En este capítulo se desarrolla una reflexión de los principios generales de la pena con especial atención en la Constitución, la Ley, la jurisprudencia y Bloque de constitucionalidad.

- a. Principio de **razonabilidad**, definido por la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-022-1996, “La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente, sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado; de acuerdo al pronunciamiento de la sentencia enunciada se entiende que La razonabilidad es un principio general de derecho que pretende establecer un vínculo de respeto entre las normas y la constitución política, es decir armonizar el ordenamiento jurídico. En el derecho penal este principio opera como un límite al poder punitivo del Estado, pues toda pena prevista dentro del Estado, esta conminada al respeto por los mandamientos constitucionales previamente legitimados por la soberanía democrática, pero también establece una ponderación proporcional entre el delito y su pena, esta es una relación que obliga a encontrar un fin en la aplicación de la sanción para justificar la privación de la libertad (Corte Constitucional de Colombia, 1996a).

Para poder legitimar el sistema penitenciario dentro del Estado social- democrático debe establecerse por medio del principio de legalidad una relación razonable a los ojos de la constitución, la moral política y la ética política entre los medios empleados para purgar las penas y el fin perseguido por el Estado con la privación de la libertad.

Es decir que la razonabilidad también es un fundamento inexorable para la legitimación político-criminal de las penas, de ahí que pueda afirmar como máxima que: “el derecho solo puede justificar la privación de la libertad dentro del Estado democrático porque posee el argumento lógico de perseguir un fin de reconstrucción en valores éticos y sociales en el individuo criminal”, “el Estado justifica la pena en un bien que no solo necesita la sociedad, si no que necesita principalmente el delincuente”.

Esto implica que las deliberaciones en pluralidad de ideas a las que son sometidas las creaciones normativas del Estado en materia penal dentro del congreso de la república, deben ser siempre orientadas por el respeto a la dignidad humana como fundamento principal de la constitución política colombiana, acertada con la pluralidad cultura étnica y religiosa del Estado; de igual forma el Código Penal nos hace mención en su artículo tercero, cuando se refiere a que los “Principios de las sanciones penales. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad”.

- b. El principio de **proporcionalidad** es definido por la corte constitucional Colombiana en la sentencia C-022-1996 al mencionar que: “El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: 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 (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” (Corte Constitucional de Colombia, 1996a)..

De modo que en derecho penal este principio establece una relación de igualdad entre al grado de intensidad del hecho punible y su consecuencia jurídica penal, es decir que: la proporcionalidad convierte la culpabilidad en un límite al poder punitivo del Estado puesto que nadie podrá recibir una pena mayor que su propia culpabilidad, por esto podemos afirmar que: el legislador siempre debe establecer penas conforme a una proporción razonable, entre el grado de culpabilidad que manifiesta el sujeto al momento de la ejecución del injusto y la consecuencia legalmente estipulada por la comisión del delito .

Este juicio de valor entre el hecho y su consecuencia jurídica encuentra su primer antecedente en el código de Hammurabi entre los años 1795-1750 A.C, más exactamente en la ley del talión que profesaba “ojo por ojo y diente por diente” dándole vida a un principio de proporcionalidad básico basado en la estricta igualdad. En este momento histórico de la sociedad de babilonia también nace la retribución penal porque esta estricta igualdad entre daño y pena degenera en la aplicación de un mal como sanción por un mal cometido.

En la obra de Roxin, (2000), culpabilidad y prevención en derecho penal: “La pena adecuada a la culpabilidad no tiene sentido en sí misma, sino como instrumento al servicio de un fin político-social”. (p.93) este concepto expresado por Claus Roxin y adoptado por nuestro sistema

jurídico penal le impone un fin a la proporcionalidad puesto que solo tiene sentido la pena proporcional cuando está al servicio del fin político- social perseguido es decir la no repetición del crimen.

- c. El principio de **necesidad** es también un límite al poder punitivo del Estado social de derecho y democrático puesto que: limita la facultad redactora de normas penales del Congreso de la Republica a construir sanciones normativas no solo razonables y proporcionadas si no también necesarias, de esta forma solo pueden consagrarse como penas legítimas aquellas que son necesarias para reconducir los valores éticos y sociales del individuo criminal; en esos términos también lo define la corte constitucional en sentencia C-647 de 2001:.

“La necesidad de la pena exige de ella que sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados no sólo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural”. (Corte Constitucional de Colombia, 2001).

Es decir que el principio de necesidad también reafirma el ius puniendi del Estado al aplicar la pena como una respuesta necesaria a una acción que niega al derecho penal, siendo la pena entonces una declaratoria de responsabilidad a un individuo culpable como consecuencia del incumplimiento injustificado de las obligaciones legales que emanan del código penal ley 599 del 2000.

De los postulados expuestos, la jurisprudencia y estudiosos del derecho se concluye que los principios generales de la pena legitiman socialmente la aplicación de las sanciones penales por la comisión de conductas normativamente reprochadas, porque se encargan de limitar la creación normativa del derecho penal, para que solo las normas que encuentran razonabilidad con los mandamientos constitucionales, proporcionalidad entre el grado de culpabilidad y la intensidad de la pena, y necesidad de aplicación del derecho penal; por no existir otra posibilidad menos lesiva de hacer valer el ordenamiento jurídico tengan sentido porque solo estos son argumentos razonables para considerar la pena justa y dar cumplimiento fáctico al respeto por los derechos humanos y la ética política.

2. Los fines de la pena.

Acercándonos de forma más profunda al tema central sobre los fines de la pena, es desde la Constitución, la norma, la jurisprudencia y la doctrina, que dejamos un planteamiento ampliamente abierto sobre los fines de la pena establecidos en la Constitución Nacional, código penal Colombiano, y en las posturas jurisprudenciales tomadas por la Corte Constitucional, precisamente con la explicación de la “*teoría dialéctica de la unión*” propuesta por Claus Roxin que consiste en: “Considerar la retribución, la prevención especial y la prevención general como fines de la pena que se persiguen simultáneamente”. (Roxin, 2019, p. 93). Es decir que esta teoría unificadora de la pena consagrada en el artículo 4 del Código Penal Colombiano ley 599 del 2000, lo que pretende respecto a la consecuencia jurídico penal del delito es unificar sus fines y encaminar el cumplimiento de la prevención general, prevención especial y la retribución, de tal modo que en el Estado Colombiano la pena pretende tanto intimidar como expiar y resocializar, así que estas consecuencias pretendidas no están unas por encima de otra sino más bien de acuerdo a la necesidad debe ser utilizadas conforme a cada caso, así expresado por Roxin (2019) :

“En las formulaciones más recientes de la teoría de la unión, la retribución, la prevención especial y la prevención general se tratan más bien como fines de la pena de igual rango. Se parte de que ninguna de las teorías penales está ordenada o prohibida por la ley, de forma que —en cierto modo, según las necesidades— puede colocarse en primer plano tanto uno como otro fin de la pena” (pág. 94)

Entonces según el pensamiento de Roxin las necesidades expuestas en esta investigación fundamentan dar un primer plano a la resocialización sobre la mera retribución estipulada por el principio de legalidad.

Así que podemos afirmar que la teoría de la unión encuentra su cumplimiento en dos fases distintas del proceso de legitimación de la justicia: en la fase legislativa se consuma la intimidación pretendida por la pena, en la fase judicial se presenta la segunda etapa de la prevención general por medio del reproche demostrando así a la sociedad que cometer delitos genera consecuencias jurídicas negativas y se determina el grado de expiación consecuente con el grado de culpabilidad y por último en la fase de ejecución se materializa la prevención especial aplicando por medio del Código Nacional Penitenciario y el Sistema Penitenciario, las formas resocializadoras en que se purgan las penas. Al respecto de la prevención general, la preven-

ción especial y la retribución como funciones del derecho penal están definidas por la jurisprudencia constitucional colombiana en la sentencia: C-806 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández:

“Al respecto de la finalidad de la pena, ha señalado esta Corte que, ella tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas. Ha considerado también que “sólo son compatibles con los derechos humanos penas que tiendan a la resocialización del condenado, esto es a su incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece, con lo cual además se contribuye a la prevención general y la seguridad de la coexistencia, todo lo cual excluye la posibilidad de imponer la pena capital” (Corte Constitucional de Colombia, 2002).

De tal modo que entendemos la retribución, prevención general y prevención especial como pilares fundamentales de la teoría de la unión y a su vez como elementos de razonabilidad a la aplicación fáctica de las penas dentro del Estado Colombiano por lo que vemos necesario para comprender a cabalidad cada una de estas teorías y así entender los fines perseguidos por las penas.

La retribución sitúa la pena por fuera de la realidad social del delito puesto que manifiesta su valor intrínseco al dar aplicación a un mal por un mal cometido es decir que no pretende lograr un fin penal sino más bien dar valor al ordenamiento jurídico preexistente reafirmando con la condena que quien contraria al derecho penal obtiene consecuencias jurídicas negativas, para ser más específicos esta teoría sostiene en últimas que quien incumple el respeto debido por el ordenamiento penal merece un castigo para reafirmar el valor de respeto al derecho en la sociedad al respecto Heiko H. Lesch menciona que:

“la pena judicial no puede ser impuesta como simple medio para procurar a los otros bienestar, ya sea para el delincuente, ya sea para sociedad civil, sino que tiene que ser impuesta todas las veces por que él ha delinquido” (Lesch, 2000, p.20).

Es decir que la pena para un retribucionista goza de un valor en sí misma y encuentra su divorcio de la prevención puesto que el hombre es un fin en sí mismo y no puede ser tratado como fin de otros o más específicamente el hombre no puede ser tratado como un fin social.

La teoría de la Prevención general fue desarrollada por Paul Johann Anselm v. Feuerbach (1775-1833) y con ella se da entrada al derecho penal moderno, esta teoría de la pena comprende que la finalidad del derecho no es únicamente el criminal si no en mayor medida la sociedad, como dice Inocencia Alfonso de Barreto en su artículo teoría de la pena :“El impulso sensual

será eliminado en cuanto cada uno sepa que inevitablemente seguirá un mal a su hecho, que es mayor que el desagrado que surge del impulso no satisfecho hacia el hecho” esta teoría se debate entre dos ideas 1) la utilización del miedo y 2) la valoración de la racionalidad del hombre. (p, 30).

Es decir que la prevención general no es importante la expiación de la culpa a través de la retribución si no la aplicación de un sistema de medidas encaminadas a mitigar el riesgo social del criminal de igual forma Roxin (2019) plantea que:

“la tercera de las teorías penales tradicionales no 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 las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación. También aquí se trata, pues, de una teoría que tiende a la prevención de delitos (y con ello preventiva y relativa), como consecuencia de lo cual la pena debe, sin embargo, actuar no especialmente sobre el condenado, sino generalmente sobre la comunidad. Por esta razón se habla de una teoría de la prevención general” (p. 89).

De tal modo que como lo manifiesta Roxin esta teoría pretende la prevención del delito como forma de mitigación del riesgo social del criminal, esto es importante porque estamos frente a un supuesto teórico penal que no reconoce la responsabilidad por daño causado, sino que incluso pueden ser objeto de tratamiento penal individuos que no han cometido ningún crimen.

La teoría de la Prevención especial es la postura teórica totalmente contraria a la retribución por que sitúa el espíritu de la pena únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos, lo cual da nacimiento a la garantía de no repetición del crimen, la cual se sitúa en la moderna teoría de la unión como el fin último del tratamiento penitenciario, al respecto de esta teoría Claus Roxin plantea que: *"Nam, ut Plato ait: 'nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur...'"* (Roxin, 2019, p. 85).

Como lo escribió Platón: “Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, si no para que no se peque); es decir que no solo los primeros antecedentes se encuentran en el pensamiento platónico si no que la pena no se fundamenta en el pecado si no en el factor correccional que permite modular el comportamiento criminal y mitigar el riesgo social después de cumplida la condena”.

III. El derecho penal colombiano y el contexto criminológico del pedófilo

1. El Código Penal Colombiano a la luz de la Carta Constitucional 1991

Un estudio y análisis hermenéutico de los antecedentes de las normas penales, nos define las voluntades del legislador al momento de la creación del nuevo Código penal, incluyendo el nuevo Sistema de responsabilidad Penal juvenil que establece al menor como sujeto de especial protección.

Un primer acercamiento es con la entrada en vigencia de la Constitución Política de Colombia de 1991, con lo que llevó a una nueva legislación del orden jurídico penal, que materialice los fundamentos de las nuevas instituciones que surgen con la nueva Carta política, asumiendo así con la ley 599 del 2000 un nuevo código penal de corte funcionalista. Concluyendo así el esfuerzo de la comisión Redactora para la Reforma al Sistema Penal Colombiano.

Precisamente la Corte Constitucional en la Sentencia C- 070 de 1996, donde fue M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; ilustra su ponencia frente a la materialización de los fines constitucionales por medio de la sentencia judicial penal demostrando así la dependencia del Sistema penal en la nueva Carta política, expresamente señalando:

“En el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, el legislador debe propender a la realización de los fines sociales del Estado, entre ellos, los de garantizar la efectividad de los principios y deberes consagrados en la Constitución y de asegurar la vigencia de un orden jurídico”(Corte Constitucional de Colombia, 1996b)

Independiente de tener que atenderse lo promulgado por la alta Corte el legislador quiso crear un Sistema abierto que ofrezca elementos de racionalidad valorativa y teológica ofrecidos por la Carta, atendiendo a que la constitución es la principal fuente formal de derecho, dando así legitimidad al derecho penal y la política criminal, orientado a la consecución de soluciones justas derivadas de la aplicación del derecho y de la pena.

Entrando en el contexto criminológico del pedófilo en el código Penal Colombiano, que es nuestro estudio central nos referiremos, específicamente a los delitos sexuales en menores de 14 años, como una problemática que está vigente en nuestra sociedad, no podemos ser indiferentes frente a lo que pasa con nuestros NNA, colombianos, pues los menores son sujetos de especial protección y la familia, el Estado y la sociedad debemos garantizarles una niñez integra y feliz, sin embargo, la situación que se vive es otra puesto que las estadísticas nos muestran que es altísima la vulneración de derechos que sufren NNA, ya que la violencia sexual va acompañada de la violencia física y psicológica. Y hablamos de derechos en plural

porque son un conjunto de derechos los que se le violan a un NNA al momento de sufrir de violencia sexual, derechos como la libertad, integridad y formación sexual, la dignidad, la integridad, a la seguridad personal, a la vida, a la salud entre otros.

Un artículo publicado “el 09 de marzo del 2021 por RCN RADIO manifestó preocupación por un informe realizado por la fiscalía general de la Nación que revelo que durante el 01 de enero y el 16 de febrero del año 2021, la entidad ya inicio 1.103 investigaciones por denuncias de abusos, violaciones y otros delitos sexuales, de los cuales fueron víctimas 1.181 menores de edad en el país, se establece que en promedio cada día son agredidos aproximadamente 25 niños y adolescentes”(Collazos, 2021)

Un artículo del 25 de junio del 2020, de la revista *SEMANA* nos muestran un informe presentado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses donde manifiesta que entre enero y mayo del 2020 se han practicado **7.544 exámenes medico legales por presunto delito sexual** que representan el 43.49% de las lesiones no fatales en el país. De estos **6.479 fueron realizados a menores de edad** que se desagregan de la siguiente forma:

EDAD: 0-4 años: 744 exámenes / 5-9 años: 1.749 exámenes / 10-14 años: 3001 exámenes / de 15-17 años: 985 exámenes”

Otro artículo realizado, por Morales “el 31 de mayo del 2019 por la editorial *EL TIEMPO* nos manifiesta que los delitos sexuales se han mantenido por encima de los **21 mil casos anuales** en los últimos 10 años, y en el 2018 tuvieron una cifra récord de 26.059. La violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes llego a cifras alarmantes, pues **en el 2018 llego a 22.788, es decir que cada día 62 niños y jóvenes entre 0 y 17 años fueron abusados.**

Entre enero y marzo del 2019, se denunciaron 6010 casos de violencia sexual contra menores, siendo los niños entre 10 y 14 años los más afectados por abusos, en total fueron: 4.514, de los cuales, 3830 eran niñas y 684 eran niños” (Morales, 2019).

Estas cifras muestran el grave problema que se presenta en la sociedad Colombiana respecto a la vulneración de los derechos de los NNA, pues es deber de las instituciones como la familia, el Estado y la sociedad salvaguardar los derechos y la integridad personal de los menores, no obstante, el patrón que se repite en nuestra sociedad nos confirma que la violencia sexual inicia en el círculo más cercano de los menores, es decir, sus familiares abuelos, tíos, padres, padrastros, primos o hermanos, luego siguen las personas que frecuentan más a la familia, personas de confianza como amigos, iglesia, colegio, compañeros de trabajo, es decir que lo más probable es que el abuso sexual sea perpetrado por alguien conocido o cercano al menor, y la mayoría de las veces sucede en su misma vivienda, donde se supone que debería ser su lugar seguro.

Es primordial salvaguardar a los menores de estos abusos puesto que afecta a los NNA, para poder desarrollar de manera plena su plan de vida como lo expresa la **sentencia T-843/2011**

“La violencia sexual atenta contra los derechos a la libertad y formación sexuales de las víctimas más, en tanto limita su posibilidad de auto determinarse. sexualmente, es decir, de decidir sobre su comportamiento y su propio cuerpo en materia sexual, con repercusiones incluso hacia el futuro” (Corte Constitucional de Colombia, 2011)

De tal modo que estos delitos son una violación a la dignidad humana, puesto que se menoscaban un sin número de derechos de estos menores y las repercusiones de los daños psicológicos que se generan son grandes y se ven reflejados en su imposibilidad de poder desarrollar de manera normal su plan de vida.

Del análisis de un video de YouTube sobre ¿Cuál es el impacto del abuso sexual en el cerebro de los niños? Publicado el 21 de noviembre del 2017, el autor Tamayo, aclara que la pedofilia es un trastorno y enfermedad mental donde los impulsos sexuales y las fantasías del victimario tienen que ver con niños menores, usualmente menores de 13 años de edad, esta enfermedad genera alteraciones tan grandes en el cerebro del victimario que le impiden sentir empatía y entender el dolor que se le está causando a ese menor que está sufriendo la violencia sexual, el Doctor Tamayo nos explica que se han realizado varios estudios con diferentes tipos de tratamientos psicológicos donde se demuestra que es casi imposible resocializar a estos individuos criminales y aclara que la cárcel no sirve para nada porque esto no va hacer cambiar a estos individuos y una vez liberados por lo general vuelven a reincidir en actos de pedofilia, ya que la pedofilia no tiene cura.

Por lo tanto al respecto de la prevención de la pena en estos casos debemos afirmar de la mano con la ciencia médica que al ser el pedófilo un individuo incorregible es imposible la posibilidad de resocializarlo y así blindar con la no repetición del crimen su riesgo social, por lo que la consecuencia jurídica estipulada para estos crímenes se encuentra desorientada ya que si bien el hombre es un fin en sí mismo sus acciones poseen consecuencias sociales y la pena debe cumplir un fin que resocialice y no se puede limitar al del reforzamiento jurídico del Estado con la retribución.

Siguiendo la misma línea de estudio encontramos un artículo de la “OMS que no considera la pedofilia como ‘normal’” del 15 de julio del 2020 en el cual la OMS, habla sobre el concepto de la pedofilia:

“La Pedofilia está en la clasificación de trastornos mentales de la OMS de acuerdo con la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) de la OMS, la pedofilia es considerada un trastorno parafílico. Este tipo de trastornos están dentro de la lista de la lista de trastornos mentales, del

comportamiento y del neurodesarrollo. De acuerdo con la CIE, “los trastornos mentales, del comportamiento y del neurodesarrollo son síndromes que se caracterizan por una alteración clínicamente significativa en la cognición, la regulación emocional o el comportamiento de un individuo que refleja una disfunción en los procesos psicológicos, biológicos o del desarrollo que subyacen al funcionamiento mental y comportamental”. La OMS dice que “el trastorno pedofílico se caracteriza por un patrón sostenido, focalizado e intenso de excitación sexual, que se manifiesta con pensamientos, fantasías, deseos intensos o conductas sexuales persistentes que involucran a niños o niñas prepúberes”. “El diagnóstico no se aplica a conductas sexuales entre niños pre o postpuberales que se encuentran cercanos en edad”, precisa la OMS.”(Aguirre & Estrada, 2020)

Se observa el gran problema que es el abuso sexual en menores, los problemas y traumas psiquiátricos tan devastadores que se genera en la vida de estas víctimas, es un sufrimiento con el que van a vivir por siempre, junto con pena, rabia y una gran pregunta sin resolver ¿Por qué a mí?, ya que es una situación sumamente traumática y esos niños crecen llenos de odio contra la familia y la sociedad, ya que no pudieron proteger su infancia, por eso es fundamental salvaguardar a toda costa los derechos y la integridad de los niños.

Veamos cual es rol del individuo criminal denominado pedófilo quien sufre de un trastorno y enfermedad mental, el cual claramente es un peligro para la sociedad, sin embargo cuando la pena es inútil y carente de sentido en si misma porque las particularidades mentales del condenado le impiden el fin esencial de resocialización, como se explicó en capítulos iniciales , también debemos afirmar que es violatoria de los derechos humanos, ya que a este individuo debería dársele un trato especial e imponerle una medida de seguridad en un centro de reclusión psiquiátrico, el cual se encuentra facultado para tratar a las personas con las particularidades mentales que tienen los pedófilos, no debemos olvidar que la pedofilia es un trastorno psiquiátrico y por ende a las personas con esta condición se les debe tratar de la manera adecuada respetando su dignidad humana.

Dentro de la criminología tenemos una amplia gama de posturas que nos ilustran desde el derecho comparado para conocer de lo que ha sido esta problemática a través de los siglos hasta nuestros días, como es la postura del Psicólogo James Cantor. El pedófilo es un individuo que debido a la anomalía psiquiátrica que presenta no puede curarse de forma alguna frente al desvalor ético que tiene por la sexualidad de un menor; en entrevista con el psicólogo James Cantor para radio Canadá: “los adultos no pedófilos naturalmente tienen un instinto protector a la vista de un niño y un instinto de seducción ante la vista de un adulto que los atrae. Pero entre los pedófilos, la vista de un niño desencadena la seducción. Según él, esto se debe a la forma en que la materia blanca conecta ciertas áreas del cerebro” en esta entrevista el psicólogo Cantor afirma que con base en estudios de resonancias electromagnéticas de los pedófilos encuentra

una deficiencia en las conexiones de materia blanca en ciertas áreas del cerebro. (Chapman, 2017).

2. Contexto criminológico del pedófilo.

Al respecto de la psiquis del pedófilo en el artículo de investigación de la Pontificia Universidad Católica de Chile denominado Pedofilia Características y Consecuencias y cuya autoría es de Roberto Capponi (2002) dice:

“Cuando la mente se está defendiendo de ansiedades muy primitivas, de vivencias depresivas con sensación de vacío, de recuerdos traumáticos desgarradores, de terrores sin nombre, la fuerza del impulso que calma dichos dolores es de tal magnitud, que arrasa con todo”

Y sobre la reincidencia afirma que: “La repetición de los actos, denominada reincidencia en el lenguaje jurídico, es lamentablemente la regla” y de su posibilidad de resocialización concluye: “su obstinación es tal, que lleva a pensar en la incurabilidad”. Es evidente que el pedófilo es un sujeto muy difícil de resocializar, de modo tal que el único tratamiento armónico entre la dignidad y el fin político criminal del Estado es ofrecerles a estos individuos un tratamiento clínico que pueda mitigar su criminalidad y su peligrosidad. (p.2)

Al respecto del tratamiento clínico del pedófilo el Dr. Paul Fedoroff, psiquiatra en el Royal Ottawa Mental Health Center en una entrevista con la cadena radio Canadá manifiesta sobre el tratamiento clínico del pedófilo que: “La idea es suprimir su libido, mientras los ayudamos a desarrollar un interés y comportamiento normales” (Brown, 2011). Aseguro en este artículo el Phd Poul Fedoroff que ningún pedófilo sometido a su tratamiento de manera voluntaria a reincidido en el crimen mencionado.

De acuerdo con esos tratamientos clínicos propuestos y desarrollados por la ciencia médica, en el estudio hermenéutica e histórico de la dogmática se expone mediante la escuela positivista italiana clásica propone, de una forma primitiva el tratamiento penitenciario especial de esos delincuentes irresocializables.

Esta escuela Positivista, surge a mediados del siglo XIX contrariando las políticas criminales Carrarianas de culpabilidad fundada en el libre albedrío, pues para ellos el libre albedrío de los seres humanos no tenía prueba fáctica de ser real, problema que aun hoy en día sigue sin resolución en nuestro sistema funcionalista moderado consagrado en la ley 599 del 2000, Código Penal Colombiano, para esta escuela el delito era consecuencia de la determinación social y genética del ser humano así lo expone Enrique Ferri, según la autora María Carla Galfione al decir:

“Sí toda deliberación volitiva, toda acción humana no es más que la resultante necesaria de los motivos que están en aquel momento presentes a la conciencia del individuo y que influyen sobre ella, es evidente que el carácter y el valor de toda acción humana serán dados por precisión por los motivos que la han determinado”(Galfione, 2012).

Construyendo con base en ello la idea de individuo criminal para manifestar que existen personas dentro de la sociedad que representan un riesgo para el principio de legalidad del Estado, por lo que deben ser aprendidos aun sin haber cometido una conducta criminal, acerca del tratamiento penitenciario propuesto por Ferri vale la pena recalcar que para él era necesario hacer un diagnóstico clínico del criminal manifestando al respecto que:

“luego de analizar las causas de la anormalidad para cada caso particular, puede diagnosticar la enfermedad y suministrar el remedio” (Galfione, 2012, p.12)

Por lo que, para esta Escuela Positivista, el tratamiento del delincuente incorregible debe ser clínico buscando siempre una cura para sus desviaciones genéticas, posturas útiles para este tema de analistas aquí planteado puesto que estamos frente a un criminal que necesita un tratamiento penitenciario clínico y no retribucionista, principalmente por el reconocimiento de su condición psíquica.

Fundar esta postura en el libre albedrío y el principio de voluntariedad es necesario, para respetar la dignidad humana principio fundante del tratamiento nacional penitenciario en Colombia, como se ha manifestado en este artículo; este tratamiento al día de hoy es viable para aquellos enfermos que deciden someterse a él de manera libre y voluntaria, porque además como Estado por los motivos expuestos, no es posible obligar al criminal a su rehabilitación. Pues como se comprende, con los fundamentos de Hans Jescheck y su obra Tratado de derecho penal volumen II, donde se establece: “A este fin, la vida en prisión debe equipararse lo más posible a las circunstancias generales de vida, debiendo cooperar el interno en la configuración de su tratamiento y en la consecución de la finalidad resocializadora” (p,1067)

Por lo tanto, para el tratamiento penitenciario de los pedófilos es indispensable establecer valoraciones del criminal con base en la peligrosidad social y la peligrosidad criminal; mencionadas en el artículo “El concepto de peligrosidad criminal y para que se utiliza” de Sergio Cámara Arroyo citando a Ferri en que la peligrosidad social es: “la mayor o menor probabilidad de que un sujeto cometa un delito” y la peligrosidad criminal es: “la mayor o menor re-adaptabilidad a la vida social de un sujeto que ya delinquirió” y aquí es donde encontramos el nudo central de esta discusión por que encontramos frente al pedófilo que no ha delinquido un individuo con una probabilidad alta de cometer el delito anteriormente mencionado y frente al predador que ya delinquirió a un criminal con una nula posibilidad de readaptación a la vida social ética y moral.

El cumplimiento penitenciario de los pedófilos dentro del Estado Colombiano es actualmente regido por las normas del Código Nacional Penitenciario y al respecto de la asistencia médica de internos con especiales afecciones de salud el artículo 106 consagra que: " El INPEC, con el apoyo de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) y las empresas responsables en materia de salud, cumplirán con los protocolos médicos establecidos para garantizar el aislamiento necesario a los reclusos con especiales afecciones de salud que así lo requieran".

Con base en estos argumentos expuestos se da la necesidad de un tratamiento clínico que respetando el principio de voluntariedad le otorgue al pedófilo las herramientas útiles para tratar su afección psiquiátrica y poder reconducirse y controlar su impulso a pesar de no tener cura su enfermedad porque con el análisis del Código Nacional Penitenciario no se encuentra ninguna disposición en él, que obligue de manera categórica al INPEC a facilitar el tratamiento clínico del recluso pedófilo por lo que aquí se resalta el más grande inconveniente del cumplimiento fáctico de la condena en esos casos de abuso sexual en menor de 14 años.

Sin embargo, se encuentra que el Código Nacional Penitenciario Ley 65 de 1993 del Estado Colombiano; sí reconoce la dignidad humana del criminal condenado cuando en su artículo 5to consagra que:

"En los establecimientos de reclusión prevalecerá el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los Derechos Humanos universalmente reconocidos. Se prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral. Las restricciones impuestas a las personas privadas de la libertad estarán limitadas a un estricto criterio de necesidad y deben ser proporcionales a los objetivos legítimos para los que se han impuesto"(Congreso de la República de Colombia, 1993) y al respecto de la justificación de vulneración en derechos humanos del penado por ausencia de recursos consagra que:

"La carencia de recursos no podrá justificar que las condiciones de reclusión vulneren los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad" así el Estado Colombiano por voluntad manifiesta del legislador no tiene excusa alguna para justificar su comportamiento violatorio de la dignidad humana al no entregarle la posibilidad de reconducción y no repetición del crimen al condenado.

Al respecto del enfoque diferencial el código consagra en su artículo 3A que:

"El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias contenidas en la presente ley, contarán con dicho enfoque"(Congreso de la República de Colombia,

1993) y al respecto queda en manifiesto con esta disposición que una vez más se queda el Estado en el desconocimiento real del trasfondo diferencial que tiene el pedófilo, situación que deteriora aún más su escasa posibilidad de reconducción.

El código Nacional Penitenciario y carcelario reconoce como fin fundamental de la ejecución penitenciaria la resocialización y al respecto consagra en su artículo 9o que: “La pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización”, por lo tanto queda una vez más en entre dicho la legalidad del cumplimiento penitenciario porque al Estado estar haciendo caso omiso de las particularidades diferenciales del pedófilo está en mayor medida, contrariando su propia voluntad previamente manifestada por la ley de resocializar a sus delincuentes, dar sentido a la pena y legitimidad a la ejecución nacional penitenciaria.

El propio Estado en el artículo décimo del presente código reafirma su fundamentación de la pena en la función resocializadora cuando manifiesta que: “El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, 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” pero a su vez desconoce la posibilidad de dar un tratamiento clínico al condenado para constituirlo en un sujeto con expectativa de no repetición en el crimen.

Por lo que del análisis del Código Nacional Penitenciario Colombiano es evidente que el Estado está violando la dignidad humana y sus propias disposiciones legales al dar un cumplimiento fáctico de la condena en pedófilos desconocedor de las necesidades clínicas de tratamiento de estos delincuentes que son consecuencia de sus afecciones psiquiátricas, por lo que termina devolviendo individuos con alto grado de peligrosidad criminal a la sociedad con un mentiroso manto ético de resocialización que les permitirá interactuar y estar cerca de los Infantes víctimas de sus aterradores crímenes.

IV. Bloque de constitucionalidad y la defensa de los ddhh en delitos sexuales con menor de catorce años

Colombia como Estado social de derecho, ha mantenido un esfuerzo permanente en la protección de sus NNA, ya desde su Constitución es taxativa esta consideración de prever el deber de protección, haciendo especial recomendación que no es solo del Estado, sino de la sociedad las instituciones y en especial la familia frente a sus NNA, por su condición de debilidad manifiesta y extrema vulnerabilidad por estar en proceso de formación de sus etapas

de desarrollo físico, psicológico, social, necesarias para alcanzar la conducta propia de su edad.

Presento una breve línea jurisprudencial que hace un especial énfasis en el tema del interés superior del menor, es una ilustración para que los lectores de este artículo de reflexión académica, tengan un referente de los pronunciamientos permanentes de la Corte Constitucional y el sector de la educación en defensa de los NNA., a manera de ambientación del tema con tan excelentes extractos Jurisprudenciales:

MENORES DE EDAD: Interés superior del menor

Sentencia C-313 de 2014 Corte Constitucional El interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor (Corte Constitucional de Colombia, 2014).

Sentencia C-258 de 2015 Corte Constitucional La calidad de sujetos de especial protección constitucional de los niños, las niñas y adolescentes, deviene del (i) artículo 44 Superior que establece que sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás, y del (ii) marco internacional, que consagra el principio del interés superior de los menores de dieciocho años. en concreto el principio del interés superior de menores de dieciocho años, en la jurisprudencia de esta Corporación se han establecido los siguientes: (i) el principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes se realiza en el estudio de cada caso en particular y tiene por fin asegurar su desarrollo integral; (ii) este principio, además, persigue la realización efectiva de sus derechos fundamentales como resguardarlos de los riesgos prohibidos que amenacen su desarrollo armónico. Estos riesgos no se agotan en los que enuncia la ley, sino que también deben analizarse en el estudio de cada caso particular; (iii) debe propenderse por encontrar un equilibrio entre los derechos de los padres o sus representantes legales y los de los niños, las niñas y adolescentes. Sin embargo, cuando dicha armonización no sea posible, deberán prevalecer las garantías superiores de los menores de dieciocho años. En otras palabras, siempre que prevalezcan los derechos de los padres, es porque se ha entendido que ésta es la mejor manera de darle aplicación al principio del interés superior de los menores de edad (Corte Constitucional de Colombia, 2015).

Sentencia C-262 de 2016 Corte Constitucional El artículo 44 de la Constitución señala algunos derechos fundamentales de los niños, hace extensivos todos los otros derechos plasmados en la

Carta Política, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia, y consagra en forma expresa que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Esta norma es el fundamento constitucional de lo que se conoce como el interés superior del menor, aun cuando su reconocimiento normativo también emana de instrumentos de derecho internacional, algunos vinculantes para Colombia por la vía del bloque de constitucionalidad. El interés superior del menor implica reconocer a su favor un trato preferente de parte de la familia, la sociedad y el Estado, procurando que se garantice siempre su desarrollo armónico e integral. La Corte ha afirmado que el significado de este principio, que constituye a la vez un criterio hermenéutico para dar una lectura prevalente del ordenamiento con base en sus derechos, únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular; lo cual se explica si se tiene en cuenta que su contenido es de naturaleza real y relacional, es decir, que sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad (Corte Constitucional de Colombia, 2016a).

Sentencia T-512 de 2016 Corte Constitucional La Constitución Política de 1991 estableció un marco de protección constitucional reforzada a favor de los niños, niñas y adolescentes, como se desprende del Estado Social y Democrático de Derecho y el respeto a la dignidad humana de las niñas y niños como lo establece el artículo 1 de la Constitución. A partir de esto se señala que el principio constitucional del interés superior de menor, fija a favor de los niños una garantía constitucional para asegurar el desarrollo integral y la personalidad del menor. Las autoridades estatales están en la obligación de orientar sus decisiones en el sentido de materializar dicho principio, y procurar para que su accionar evidencie la supremacía que tienen los derechos de los niños al momento de su interpretación y ponderación, por lo que la Corte le ha asignado una importante función hermenéutica a dicho principio. En suma, el marco internacional, constitucional y legal coinciden en consagrar el deber especial de protección a cargo de la familia, la sociedad y el Estado sobre los niños, niñas y adolescentes (Corte Constitucional de Colombia, 2016b).

Sentencia C-113 de 2017 Corte Constitucional Indica que la restricción de los derechos de asociación y reunión del menor supera el test de proporcionalidad en sentido estricto, teniendo en cuenta como criterios principales el principio de dignidad humana y el del interés superior del menor, concluyéndose que en este caso la prevalencia prima facie de derechos como el de libertad de expresión es derrotada, y que la indeterminación relativa del enunciado buenas costumbres no conduce a la arbitrariedad, por un lado, por la vinculación de todos quienes están llamados a aplicar la norma a la consideración del interés superior del niño, y por el otro, al grado de determinación que puede alcanzarse acudiendo a criterios que esta Corporación ha acuñado para el concepto de moral social (Corte Constitucional de Colombia, 2017b).

Sentencia C-246 de 2017 Corte Constitucional El artículo 44 de la Constitución Política, establece el principio del interés superior del menor, el cual obliga a que la familia, la sociedad y el Estado asistan y protejan al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de

sus derechos. Adicionalmente, la norma reconoce la situación de vulnerabilidad de estos sujetos y dispone su protección contra las diferentes formas de sometimiento. En ese sentido, indica que los niños, niñas y adolescentes serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Todo ello es reforzado por el hecho de que el artículo 44 incluye una cláusula de jerarquía de sus derechos y le impone la obligación a la familia, el Estado y la sociedad, de asistir y protegerlos ante cualquier situación de amenaza o vulneración de sus derechos (Corte Constitucional de Colombia, 2017c).

Sentencia T-105 de 2017 Corte Constitucional Esta corporación ha concluido que, en todos los casos relacionados con la protección de los derechos de los menores de edad, el criterio primordial a seguir por las autoridades competentes debe ser el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor, razón por la cual la protección integral de sus derechos debe hacerse efectiva a través del principio del interés superior de los niños. Por lo anterior, debido a la condición de vulnerabilidad de los menores y a su necesidad de especial cuidado, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que aquellos tienen estatus de sujetos de especial protección constitucional por ser una población vulnerable, frágil, que se encuentra en proceso de formación. Lo anterior, ha permitido la salvaguarda y promoción de sus derechos en situaciones concretas donde el Estado, la sociedad y la familia deben concurrir para promover los mismos. De esta manera, su condición de sujetos de especial protección implica que, en todos aquellos casos relacionados con el amparo de los derechos de los niños, más aún cuando sean fundamentales, el criterio primordial a seguir por las autoridades competentes debe ser el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor (Corte Constitucional de Colombia, 2017a).

Concepto I20185 de 2018 Secretaría Distrital de Educación Conceptúa que es legal proporcionar datos personales de menores estudiantes por solicitud de autoridades administrativas en el cumplimiento de sus funciones, sin la petición del consentimiento previo, expreso e informado de los padres de los menores estudiantes, de acuerdo a los artículos 10 y 13 de la ley 1581 de 2012, y siempre y cuando: i) sean solicitados por autoridades administrativas en el legítimo ejercicio de sus funciones legales, ii) se cumplan los deberes de protección de los datos personales del menor contra cualquier uso no autorizado o ilegal, y iii) se dé prevalencia al interés superior de los menores (Secretaría de Educación del Distrito (SED), 2018a).

Concepto S20181 de 2018 Secretaría Distrital de Educación Conceptúa que es legal proporcionar datos personales de menores estudiantes por orden de autoridad judicial, sin autorización del titular, de acuerdo a los artículos 10 y 13 de la ley 1581 de 2012, y siempre y cuando: i) sean solicitados por autoridades judiciales o administrativas en el legítimo ejercicio de sus funciones legales, ii) se cumplan los deberes de protección de los datos personales del menor contra cualquier uso no autorizado o ilegal, y iii) se dé prevalencia al interés superior de los menores (Secretaría de

Educación del Distrito (SED), 2018b).

La atención y preocupación de los NNA, ha llevado al legislativo también a promulgar leyes como la Ley 1146 de 2007, la cual tiene como Objeto la prevención de la violencia sexual y la atención integral de los NNA, víctimas de abuso sexual, definiend que se entiende por violencia sexual contra NNA, todo acto o comportamiento de tipo sexual ejercido sobre un NNA, utilizando la fuerza o cualquier forma de coerción física, psicológica o emocional, aprovechando las condiciones de indefensión, de desigualdad y las relaciones de poder existentes entre víctima y agresor. (Congreso de la República de Colombia, 2007, Art.2).

Con los ojos siempre puestos en los menores, para que puedan disfrutar de cada una de sus etapas cognitivas y psicológicas propias de la esencia de la naturaleza del ser humano. Este es el punto a tocar en adelante la persona humana y para ello se desarrollan dos subtemas dentro de este capítulo uno sobre el Bloque de constitucionalidad y su aplicación a los DDHH de los NNA y un segundo sobre los menores de 14 años como sujetos de especial protección en el marco jurídico nacional

1. El bloque de constitucionalidad y su aplicación en defensa de los DDHH de NNA

Recabamos nuevamente en la superioridad de Carta Política, al pronunciarse desde su artículo 93 y 94, sobre la supremacía y el cumplimiento de los tratados internacionales:

Artículo 93 según el cual *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el presidente de la república, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”*

“artículo 94 que establece que *“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).”*

Nos enseñan estos dos artículos, que no hay lugar a dudar que los Tratados Internacionales sobre DDHH, que ha ratificado el presidente de la república tienen rango constitucional y forman el bloque de constitucionalidad, con el que se atiende a todos aquellos principios y normas supranacionales que son incorporados en nuestro ordenamiento jurídico interno, que los mismos a sus veces son vinculantes, por tanto las partes deben cumplirnos atendiendo el principio de pacta sunt servanda; como no nos estamos ocupando del estudio del bloque de

constitucionalidad, sino de su aplicación y defensa de los DDHH, de aquellos sujetos de especial atención como los son los NNA, por ello vamos a presentar los instrumentos internacionales que todos debemos conocer y sobre todo aplicar en defensa de los DDHH de quienes están en indefensión o inferioridad por condiciones propias de su condición de menores.

Colombia ha marcado una trayectoria en la evolución del respeto y defensa de los DDHH, uno de los primeros antecedentes fue en diciembre de 1793, cuando el Precursor de la Independencia Antonio Nariño, tradujo e imprimió por primera vez en la América hispánica, la Declaración de los **Derechos** del Hombre y del Ciudadano hecha **por** la Asamblea Nacional Constituyente de Francia (hemeroteca UN). Es también un hecho relevante la aprobación de la Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá Colombia en 1948, que se tiene como el primer acuerdo internacional sobre Derechos Humanos.

Más recientemente y en el marco de la Constitución de 1886, se suscribió en 1969 la Convención Americana sobre derechos Humanos, que entra en vigor en 1978; por medio de la cual se establece el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; pero el Congreso de la República de Colombia, mediante la Ley 16 de 1972, el 30 de diciembre aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos “ Pacto de San José de Costa Rica” y reconoce el 21 de junio de 1985, la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido bajo condición de estricta reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno. El mismo instrumento reconoce la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, bajo condición de reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno.

Es así como nos iniciamos en el estudio del artículo 93 de la Constitución de 1991, la Ley 70 de 1986 sobre La "Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", la Ley 288 de 1996. Por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicio a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos., entre otras leyes, encaminadas a que los instrumentos internacionales ratificados se han verdaderamente vinculantes, como es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que con su enunciación del artículo 1.por medio del cual ordena su cumplimiento:

“Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (art. 1 CADH)

Lo que determina que el enunciado del artículo 19 de esta Convención es vinculante y de estricto cumplimiento para sus Estados parte el cual a su tenor consagra: Art. 19 Derechos del niño. “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que sus condiciones de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. (art. 19 CADH).

En vigencia de la Constitución Política de 1991, siendo un Estado social de derecho se inicia una nueva era y es precisamente con la ratificación por parte del Estado Colombiano de la Convención sobre los derechos del niño, el cual era un tratado internacional que tenía vigencia desde 1959, pero que fue tan solo en 20 de Noviembre de 1991, mediante la Ley 12 de 1991, que se ratifica y entra a hacer parte del bloque de constitucionalidad; una herramienta que tiene como fin salvaguardar las disposiciones y garantizar su especial protección y mejoras de los sistemas destinados a proteger los NNA de abusos, explotación, violencia física, sexual y psicológica; que mencionado en otras palabras brindar política públicas ciertas para la concreción de los DDHH de los NNA.

Al respecto la autora Cortes Zambrano (2020) expone en uno de sus capítulos

“... no solo se contempla en este instrumento internacional y en la constitución política de 1991, sino que también lo ha ordenado la corte constitucional que se diseñen políticas, planes o programas que garanticen de manera adecuada los derechos fundamentales para garantizar la efectividad de dichos derechos, la modificación de las fallas de organización que sean violatorias de la constitución política, la modificación del marco jurídico cuyas falencias hayan ayudado al Estado de cosas inconstitucionales y, por último en la realización de los tramites administrativo, presupuestales y de contratación que sean indispensable para superar la vulneración de derechos fundamentales” (p. 25)

Si bien La convención sobre los derechos del niño, fue ratificada mediante. Ley 12 de 1991. Y que en sus ARTICULO 19, instituye:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

La problemática que enfrenta la pregunta problema es que el Estado Colombiano, puede tener muy buenas intenciones al ratificar estos instrumentos internacionales, buscando tener los mecanismos para la protección y defensa de los DDHH, pero se ha quedado corto, en la revisión y fortalecimiento de políticas públicas eficientes, eficaces y pertinentes con sus problemas sociales, el ejemplo más claro es el planteamiento del problema inicial: Las penas no cumplen su fin y vulneran los DDHH de víctimas y victimarios; no tenemos infraestructura, no tenemos programas, una política de criminología que dictamine los trastornos de los criminales y determine si requiere una prisión o un internado, no existe una política pública que busque desde los sistemas penitenciarios darle cumplimiento a los fines de la pena, que no termine siendo un Estado en donde a víctimas como victimarios se les violan, vulneran y amenazan sus DDHH, porque hay desconocimiento no solo del marco jurídico nacional e internacional sobre DDHH, sino porque son Estados inoperantes frente a la legitimación de un Estado social de derecho plasmando como en siglos atrás en constituciones de letra muerta y que estamos viviendo en pleno siglo XXI, tras el horror de gobernantes y gobiernos que desconocen no solo su ordenamiento jurídico sino la dignidad humana que tiene todo miembro de la comunidad humana por el solo hecho de ser persona.

La aplicación de los DDHH, vienen supeditado al mismo ordenamiento jurídico del Estado, por ser normas que están vinculadas directamente a través del bloque de constitucionalidad al ámbito supranacional, lo cual deja claro que una vez se activa la protección de los Derechos Humanos, sea por el uso del mecanismo constitucional de la acción de tutela, artículo 86 y su Decreto reglamentario 2591 de 1991, el Juez de tutela tiene el deber de estudiar y fallar brindando el amparo a quien acciona por estársele vulnerando un derecho humano, y cabe recordar que la carta Constitucional ha sido enfática al concretar, que se trata de derechos humanos si estamos frente a una situación que le es inherente a la persona, independiente que no se encuentre plasmando en la constitución o convención, basta que le sea inherente a la persona.(Asamblea Nacional Constituyente, 1991, Constitución Política de Colombia, Art.94),

La aplicación al respeto de los derechos Humanos tiene un trato de rango internacional, lo que obedece que si un Estado, que ha ratificado tratados Internacionales dígame el caso de Colombia que cuenta con un bloque de constitucionalidad que traduce, que aquellos tratados Internacionales que tratan de temas derechos humanos y han sido ratificados por el presidente de la república son de rango constitucional y se vinculan a su ordenamiento jurídico y son vinculantes al Estado, es decir de obligatorio cumplimiento. Son conocidos los innumerables casos en los que el Estado colombiano ha debido responder ante Organismos internacionales especialmente ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a denuncias por responsabilidad internacional por la violación de Derechos Humanos.

El Sistema Interamericano de los Derechos Humanos a través de sus organismos como La Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sus protocolos y reglamentos, instituyen los requisitos para llevar los casos ante el Sistema Interamericano de DDHH, las solicitudes, quejas, denuncias, medidas cautelares y conceptos a que haya lugar en aras de la protección de los Derechos Humanos y en especial tratándose de los NNA.

Un referente de relevancia sobre los casos en los cuales se han debatido procesos sobre la defensa de los DDHH en NNA, es uno de los artículos de Juana María Ibáñez Rivas, que se titula "Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Hace un reconocimiento a varios artículos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, por ejemplo, al referirse a la felicidad dice que debe ser una constante en la Vida de todo individuo, desde la niñez. "Alcanzar la felicidad" y que es esta Declaración la que enuncia que "los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente alcanzar la felicidad". De esta manera, las constituciones de los Estados americanos parecen tener una clara obligación de crear condiciones para la felicidad de los individuos, basada en la propia dignidad de los mismos. (p,1).

La justicia complementaria, la cual se ejerce a través del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que por medio de sus pronunciamientos y su competencia tutelar y cautelar para la adopción de medidas provisionales, la competencia consultiva y sanciones internacionales que se han sancionado a los Estados parte, como en los casos de protección de derechos de los NNA, en los que se ha pedido que los Estados que han dado lugar a la

vulnerabilidad, más allá de aquella que le es inherente al desarrollo físico, psicológico, emocional propio de las etapas de desarrollo de un NNA, quienes requieren de los Estados una mayor protección por ser sujetos de especial protección.

En consideración al no cumplimiento de los Instrumentos Internacionales, ratificados por Colombia, han llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a pronunciarse en su Jurisprudencia sobre la responsabilidad Internacional del Estado por no cumplir lo consagrado en los Pactos Internacionales que consagran los derechos de NNA, como referente tenemos el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el cual considera que el Estado Colombiano “no creó las condiciones ni tomó las medidas necesarias para que los NNA, en el caso de Mapiripán versus Colombia los NNA, tuvieran y desarrollaran una vida digna. Dejándolos ante un contexto de violencia e inseguridad (Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2005)

Concluye la Corte Interamericana en sentencia contra el Estado Colombiano precisando que en el caso de “Las masacres de Mapiripán” era obligación del Estado de respetar el derecho a la vida de toda persona bajo su jurisdicción presenta modalidades especiales en el caso de los niños y niñas, y se transforma en una obligación de ‘prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de los Derechos Humanos de NNA.(Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2005, par.155).

Sin otro particular que conocer que independiente a la justicia interna, la cual debe ser agotada, se cuenta con al Justicia complementaria subsidiaria ante los organismos internacionales para acudir a esta cuando los Estado hacen caso omiso y desconocen su carácter vinculante con los Tratados internacionales ratificados por el presidente de la República concretados en el Bloque de Constitucionalidad.

2. Menores de 14 años como sujeto de especial protección

Se ha venido haciendo referencia a lo largo de este artículo de los NNA como sujetos de especial protección, presentado incluso una relación jurisprudencial en el capítulo IV, precedente que deja ver que los NNA, requieren un mayor cuidado, por lo tanto, son necesarias unas medidas de protección idóneas y eficaces dirigidas a salvaguardar a toda costa los derechos de los menores, con el fin de prevenir las violaciones a la dignidad, la integridad personal, la vida, entre otros derechos de los menores. Resaltaremos algunos apartes de jurisprudencia concretos sobre el tema que ilustra los casos de especial protección que han sido motivo de debate y que

sobre los mismos está resuelta la situación jurídica que deben acatar tanto la institucionalidad como los particulares.

Sobre lo anterior, cabe resaltar lo dispuesto en la sentencia de la Corte Constitucional T-468/18. **NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL**

La familia, la sociedad y el Estado están obligados a asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, siempre orientados por el criterio primordial de la prevalencia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de protección constitucional

PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Desarrollo del principio del interés superior del menor

De conformidad con nuestra Carta Política los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás (Art. 44, par. 3º, Superior), contenido normativo que incluye a los niños y niñas en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida, que se encuentran en situación de indefensión y que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad.(Corte Constitucional de Colombia, 2018)

Bajo la misma línea argumental de la Honorable Corte Constitucional los niños, niñas y adolescentes son más vulnerables, al ser sujetos que apenas empiezan su vida, es de vital importancia proteger los derechos de los niños ya que durante la infancia es que los humanos desarrollan su salud, tanto física como emocional, su potencial de vida, por eso el hecho de sufrir un trauma como lo es un abuso sexual es algo que los marca de por vida y genera consecuencias permanentes y definitivas en la psiquis del niño, sin permitirles desarrollarse de manera normal en la sociedad, ya que tienden más a sufrir, trastorno de personalidad, ansiedad entre otros trastornos psiquiátricos, esto ha sido comprobado mediante estudios psicológicos que se le han hecho a adultos después de sufrir de un abuso sexual.

Reforzando nuestro argumento la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia dice:

“Si bien el deber de protección del Estado es respecto a todas las personas, deberá adoptarse un enfoque diferencial para identificar aquellos grupos sobre los cuales ese deber de protección es reforzado. Dentro de estos grupos se encuentran los niños, niñas y adolescentes, así como las mujeres y personas en riesgo social. Dependiendo de la situación, estos enfoques pueden confluir en un mismo individuo y el deber de protección, en sí reforzado, se vuelve aún más exigente para el Estado. Es así como, por ejemplo, en casos de violencia sexual contra niñas, el deber de pro-

tección se ve reforzado por la condición de mujer y de niña de la víctima; o en eventos de desaparición forzada de niños, niñas y adolescentes en riesgo social, su condición de niños, niñas y adolescentes en condición de vulnerabilidad conlleva a una mayor protección por parte del Estado.

El deber de protección especial del que gozan los niños, niñas y adolescentes se entiende como un derecho adicional. Esto conlleva a que el Estado asuma una posición especial de garante frente a ellos y ellas, con la correlativa adopción de medidas especiales que garanticen su protección. De esta manera, respecto a los niños, niñas y adolescentes se ven reforzados los estándares de protección, dando aplicación al artículo 19 de la Convención Americana.

El deber de protección reforzado del Estado frente a grupos poblacionales específicos exige el emprender acciones que eviten la estigmatización de los niños, niñas y adolescentes, ya que justamente ese señalamiento aumenta el riesgo que tienen de sufrir violaciones de sus derechos humanos.

Las medidas de protección adoptadas en favor de los niños, niñas y adolescentes deben responder a criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad”.

A continuación, presentamos y dejamos a consideración de los lectores los aportes que puedan agregar, aporta o reparar en el buen ejercicio académico y de interés colectivo, una vez el artículo sea publicado.

Conclusiones

Presentamos las conclusiones que elaboramos de los capítulos que estructuran este ejercicio académico. En los casos de delitos sexuales contra menores de 14 años existe una tasa de resolución judicial de conflicto muy baja es decir que en estos casos el Estado Colombiano en cabeza de la fiscalía general de la nación no está siendo efectivo con el procesamiento judicial de los pedófilos.

1. La finalidad de la pena como prevención del delito no se cumple debido a las particularidades psiquiátricas del condenado que hacen imposible constituir en una garantía de no repetición del crimen y el Estado colombiano en consecuencia al desconocimiento criminológico de esta condición está aplicando una ejecución penitenciaria únicamente retributiva con programas penitenciarios ni siquiera aptos para respetar la Dignidad Humana.
2. El Estado está regresando agentes criminales que poseen un alto grado de peligrosidad a la sociedad con un manto ficticio de resocialización, porque las penas aplicadas sobre los pedófilos al ser únicamente retributivas en su contexto fáctico son carentes de todo sentido útil y en consecuencia al debido respeto por los DDHH es necesario sustituir en

estos casos la pena privativa de la libertad por un sistema de medida permanente de seguridad dentro de centro psiquiátrico con tratamiento especializado.

3. Dentro del Estado garantista democrático y social de derecho en el que habitamos privar a una persona de la libertad sin un fin social es inconstitucional, por que tratar al ser humano como una cosa a la que únicamente se le aplican males por males cometidos es un atentado a la dignidad humana.
4. El sistema nacional penitenciario le está fallando no solo a los victimarios sino también en mayor medida a las víctimas; porque su derecho no llega únicamente hasta el incidente de reparación, si no que trasciende al plano social y cuando el Estado deja de comportarse como se espera que lo haga le incumple a las víctimas su promesa de que el criminal penado no volverá a ser criminal.

Referencias bibliográficas

- Aguirre, S., & Estrada, F. (2020, Julio 15). No, la OMS no considera la pedofilia como “normal.” <https://www.animalpolitico.com/elsabueso/falso-oms-pedofilia-maps/>
- Alfonso Barreto, I. (2013). Principios y desafíos del derecho penal de hoy: tema: Teoría de la pena. Universidad de Salamanca. <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/penal/Inocencia-Alfonso-Teor%C3%ADa-de-la-pena.pdf>
- Arango Pajón, G. (2013). La investigación sociojurídica: itinerario para que el derecho cruce el umbral de la esperanza. In M. Eugenia, B. Toro, G. Lucía, A. Pajón, & J. E. V. Santamaría (Eds.), Tendencias de la enseñanza y de la investigación en derecho (pp. 214–229). Ediciones Unaula. https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/memorias_congreso_internacional_tendencias.pdf
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1987). Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de la República de Colombia. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Asamblea Nacional Constituyente francesa. (1789). Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf
- Beccaria, C. (2014). De los delitos y las penas - Editorial SKLA. Editorial Skla. <https://www.editorialskla.com/producto/de-los-delitos-y-las-penas-2/>

- Bedoya Toro, M. E., Arango Pajón, G. L., & Vásquez Santamaría, J. E. (2013). Tendencias de la enseñanza y de la investigación en derecho. Ediciones Unaula. https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/memorias_congreso_internacional_tendencias.pdf
- Bentham, J. (2007). Introducción a los principios morales y la legislación. Dover Publications .
- Brown, G. R. (2011). Trastornos de la salud mental - Pedofilia. <https://www.msmanuals.com/es/hogar/trastornos-de-la-salud-mental/sexualidad-y-trastornos-sexuales/pedofilia>
- Cámara arroyo, S. (2016). El concepto de peligrosidad criminal y para qué se utiliza. Universidad Internacional de La Rioja (UNIR). <https://www.unir.net/derecho/revista/que-significa-el-concepto-de-peligrosidad-criminal-y-para-que-se-utiliza/>
- Capponí, R. (2002). Pedofilia Características y Consecuencias, http://www7.uc.cl/facteo/centromanuellarain/download/capponi_pedofilia.pdf
- Carrara, F. (2000). Curso de Derecho Criminal: Vol. II. Editorial Jurídica Continental. https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/francesco_carrara_tomo_2.pdf
- Chapman, L. (2017). ¿Se puede curar la pedofilia?. <https://www.rcinet.ca/es/2017/12/07/se-puede-curar-la-pedofilia/>
- Collazos, M. (2021, March 9). Más de mil menores, víctimas de delitos sexuales en 2021 en Colombia | RCN Radio. RCN Radio. <https://www.rcnradio.com/colombia/mas-de-mil-menores-han-sido-victimas-de-delitos-sexuales-en-2021-en-colombia-fiscalia>
- Concejo de Medellín. (2017). (94) Conferencia: ¿Cuál es el impacto del abuso sexual en el cerebro de los niños? - YouTube. [Video] Youtube. https://www.youtube.com/watch?v=_TDNTRSryfPo
- Congreso de la República de Colombia. (1991). Ley 12 de 1991. "Por Medio de La Cual Se Aprueba La Convención Sobre Los Derechos Del Niño Adoptada Por La Asamblea General de Las Naciones Unidas El 20 de Noviembre de 1989".. Diario Oficial No.39640 . <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=10579>
- Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 65 de 1993. Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. Diario Oficial No. 40.999. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0065_1993.html
- Congreso de la República de Colombia. (2000). Ley 599 de 2000. Por La Cual Se Expide El Código Penal. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- Congreso de la República de Colombia. (2007). Ley 1146 de 2007. Por medio de la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños,

- niñas y adolescentes abusados sexualmente. Diario Oficial No.46.685. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1146_2007.htm
- Corte Constitucional de Colombia. (1996a). Sentencia C-022. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-022-96.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (1996b). Sentencia C-070. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-070-96.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2001). Sentencia C-647. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-647-01.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-806. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-806-02.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia T-843. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-843-11.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia C-313. In Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-313-14.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sentencia C-258. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-258-15.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2016a). Sentencia C-262. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-262-16.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2016b). Sentencia T-512. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-512-16.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2017a, febrero 21). Sentencia T-105. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-105-17.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2017b, febrero 22). Sentencia C-113. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-113-17.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2017c, April 26). Sentencia C-246. Magistrada Sustanciadora: Gloria Stella Ortiz Delgado. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-246-17.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2018). Sentencia T-468. Magistrado Ponente: Diana Fajardo Rivers. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-468-18.htm>

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2002). Opinión consultiva OC-17/2002: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2005). Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf
- Cortés Zambrano, S. P., Nur Hernández, J. M., Castaño García, F. C., Riveros Cruz, J. L., Cuevas López, D. A., Cortés Borrero, R., Andrade Suaza, L. S., Duque Montes, J. J., Sandoval, P. A., Cruz Téllez, A. F., & Bermúdez, J. (2020). Construcción del proceso de paz en Colombia: valoración de las dinámicas nacionales y territoriales. <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/44782>
- Cortés Zambrano, S. P., Rodríguez Ojeda, J. A., Cruz Téllez, A. F., Sandoval Arango, P. A., Bejarano García, I., Moreno Rodríguez, J. D., Guataquira Rojas, P., Monroy Ramos, A. F., Caballero Ariza, C. F., & Sarmiento Obando, A. (2018). El desplazamiento forzado en Colombia: un estado de cosas inconstitucional vigente. *El desplazamiento forzado en Colombia: un estado de cosas inconstitucional vigente*. Universidad Santo Tomás. <https://doi.org/10.15332/LI.LIB.2018.00110>
- Friedrich Hegel, W. G. (1994). *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*. Libertarias-Prodhufi.
- Galfione, M. C. (2012). La sociología criminal de Enrico Ferri: entre el socialismo y la intervención disciplinaria. VII Jornadas de Sociología de La Universidad Nacional de La Plata. <http://163.10.30.35/congresos/jdsunlp/vii-jornadas-2012/actas/Galfione.pdf>
- Ibañez Rivas; Juana María. (2016). El Derecho internacional humanitario en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Derecho Del Estado*, 36, 167–198. <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r35424.pdf>
- Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. (s.f.). El estudio de casos como técnica didáctica. *Las Estrategias y técnicas didácticas en el rediseño*. http://sitios.itesm.mx/va/dide2/tecnicas_didacticas/casos/casos.pdf
- Jescheck, H.-H., & Weigend, T. (2002). *Tratado de derecho penal : parte general* (5a ed). Comares.
- Kant, I. (2005). *La metafísica de la costumbre* Tecnos, Ed.; 4a ed.
- la Calle, J. J. (s.f.). Pedófilos predadores: rehabilitación o prisión por largo tiempo. <https://www.psicologiajuridica.org/psj107.html>
- Lesch, H. H. (2000). *La función de la pena*. Universidad Externado de Colombia.

- Morales, C. (2019, May 31). La violencia sexual, un delito que se ensaña con las niñas en Colombia. Diario El Tiempo. <https://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/cifras-de-violencia-sexual-contramenores-de-14-anos-en-colombia-2018-367806>
- Muñoz Conde, F. (2003). Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo (4a ed). Editorial Tirant Lo Blanch.
- Organización de los Estados Americano. (1969). Convención Americana sobre derechos Humanos. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Organización Mundial de la Salud. (s.f.). CIE-11 para estadísticas de mortalidad y morbilidad. <https://icd.who.int/browse11/l-m/es#/http://id.who.int/icd/entity/517058174>.
- Presidencia de la República de Colombia. (1991). Ley 2591 de 1991. Por El Cual Se Reglamenta La Acción de Tutela Consagrada En El Artículo 86 de La Constitución Política. Diario Oficial No.40.165. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2591_1991.html
- Revista Semana. (2020). Abuso sexual de niños y niñas en Colombia: cifras de este grave delito. <https://www.semana.com/nacion/articulo/abuso-sexual-en-colombia-2020-cifras-de-medicina-legal-icbf-y-procuraduria/682120/>
- Rivas Ibáñez, J. M. (2010). Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25555.pdf>
- Rousseau, J. J. (1999). El Contrato Social o principios de derecho político. elaleph.com. https://www.secst.cl/upfiles/documentos/01082016_923am_579f698613e3b.pdf
- Roxin, C. (1997). Derecho Penal: Parte general: Tomo I Fundamentos. la estructura de la teoría del delito. Civitas. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin-LP.pdf
- Roxin, Claus. (1976). Problemas básicos del derecho penal. Reus.
- Roxin, Claus. (2019). Culpabilidad y prevención en derecho penal. Editorial B. de F.
- Rusche, G., & Kirchheimer, O (1984). Pena y Estructura social (E. García Méndez (Trad.). Temis. https://proletarios.org/books/Rusche_y_Kirchheimer-Pena_y_estructura_social.pdf
- Secretaría de Educación del Distrito (SED). (2018a). Concepto I201859490 de 2018. Concepto Sobre Autorización Para El Tratamiento de Datos Personales de Menores Estudiantes Para Elaborar Lineamientos de Un Programa de Educación Para La Sexualidad. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=83386&dt=S>

- Secretaría de Educación del Distrito (SED). (2018b). Concepto S2018192540 de 2018. Concepto Sobre Suministro de Datos Personales de Menor Estudiante Por Orden de Autoridad Judicial o Administrativa <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=83536&dt=S>
- Tantaleán Odar, R. M. (2016). Tipología de las investigaciones jurídicas. *Derecho y Cambio Social*, 13(43), 1–37. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5456267>