El derecho penal y su respuesta frente al aumento social de los delitos: sobre el abuso sexual de niños en Colombia*

Criminal Law and its response to increasing crimes on children´s: sexual abuse in Colombia

VÍCTOR MANUEL CÁCERES TOVAR**
victor.caceres(@fuac.edu.co
JORGE CÉSAR AYALA RODRÍGUEZ***
jayala.rodriguez@fuac.edu.co

RESUMEN

El presente artículo examina la respuesta que debe tener el derecho penal frente a los delitos en crecimiento socialmente, tomando como objeto de estudio y análisis el abuso sexual de niños en Colombia. Lo anterior teniendo en cuenta los impactos que genera el pensar cómo la legislación penal debe abordar un aumento incontrolado de situaciones delictivas de alta repercusión como la seleccionada, toda vez que la sociedad busca por intermedio de la modificación del estatuto represor, la posibilidad de implementar sanciones o penas más drásticas que incluso lleven a establecer hasta la pena de prisión perpetua para los autores de dichas conductas, escenario que ha generado un importante debate al interior de las finalidades y alcances del derecho punitivo nacional.

PALABRAS CLAVE: derecho penal, delitos en crecimiento, abuso sexual de niños, cadena perpetua, política criminal, populismo punitivo, emergencia continua, principio de última ratio, abuso del derecho penal, Colombia.

ABSTRACT

This article examines the response must have criminal law to offenses growing socially, taking as an object of study and analysis the Children's Sexual Abuse in Colombia. The previous thing having in it counts the impacts that it generates to think as the penal legislation must approach an uncontrolled increase of criminal situations of high repercussion as the selected one, as society seeks through the modification of the repressor status, the ability to implement more drastic sanctions or penalties to set up even with the penalty of life imprisonment for the perpetrators of such conduct, a scenario that has_generated considerable debate within of the purposes and scope of national punitive law.

KEYWORDS: criminal law, crimes in growth, children's sexual abuse, life imprisonment, criminal politics, punitive populism, emergency continues, last ratio principle, abuse of the criminal law, Colombia.

Fecha de recepción: abril 11 de 2014
Fecha de aceptación: mayo 6 de 2014

* Artículo de reflexión, resultado del informe final de la investigación *Protección a la niñez víctima de delitos sexuales: garantías y eficacia*, adelantada entre los años 2012-2013 por el grupo de investigación en derecho penal, criminología y política criminal Cesar Bkria, de la Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Colombia (FUAC), con financiación del Sistema Unificado de Investigaciones de la misma Universidad. Registro Colciencias COL0061256, Categoría D, 2014.

** Abogado e investigador, Universidad Autónoma de Colombia. PhD en Derecho, Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia, Universidad de Alcalá (Madrid, España) y en Derecho Penal, Universidad Libre. Especialista en Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos, Universidad Externado de Colombia.

*** Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Colombia. Auxiliar del grupo de investigación en derecho penal, criminología y política criminal Cesar Bkria, y del proyecto Protección a la niñez víctima de delitos sexuales: garantías y eficacia.

Introducción

El abuso sexual de menores en Colombia es un acto en el cual un niño o niña de menos de 14 años es sometido a conductas sexuales, teniendo en cuenta su incapacidad para consentirlas, dado que por ministerio de la ley se establece a partir de su desarrollo psicobiológico de formación sexual. A pesar de la protección legal y las acciones positivas por parte del Estado para proteger a los menores frente a estos actos, el abuso sexual se constituye en un creciente flagelo de la niñez a nivel nacional, configurándose en el mismo sentido como una forma de violación a los derechos fundamentales de los menores, consagrados en el artículo 44 superior.

Es así como la legislación interna y la normatividad internacional han centrado su atención en la problemática de los niños víctimas de delitos sexuales. En este sentido, los artículos 34 y 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño establecen la obligación de los gobiernos de proteger a los niños y niñas de todas las formas de explotación y abusos sexuales, además de tomar todas las medidas posibles para asegurar que no se les secuestre, se les venda o se trafique con ellos. A su vez, mediante Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía, instrumento que fue ratificado por Colombia mediante la Ley 765 del 31 de julio de 2002 (Corte Constitucional de Colombia, 2003).

A nivel doméstico, la preocupación alrededor de la problemática de la victimización de los niños ha sido blanco de un renovado interés, a partir de la ocurrencia de casos que han sacudido a la opinión pública nacional, derivando una respuesta legislativa que pretende poner fin a este delito al recrudecer las penas. Muestra de ello es la Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, la cual estableció en su artículo 199 que cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, no habrá lugar a medidas de aseguramiento ni privativas de la libertad, con lo que únicamente seria procedente, en caso de cumplirse con los requisitos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, la detención preventiva en establecimiento carcelario.

Así mismo, la Ley 1098 consagró para los delitos ya señalados la imposibilidad de otorgar al penalmente responsable cualquier beneficio, como sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la detención en el lugar de residencia, subrogado penal de suspensión condicional de la ejecución de la pena, subrogado penal de libertad condicional, sustitución de la ejecución de la pena; tampoco son aplicables los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, la aplicación del principio de oportunidad, ni ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que estos sean efectivos, todo con el fin de pretender dar respuesta real a este flagelo. Con lo

anterior es claro que el Estado ha buscado la protección de los y las menores víctimas de delitos sexuales a través del recrudecimiento de las penas, y más aún cuando han cursado iniciativas legislativas tendientes al establecimiento de la cadena perpetua contra quienes sean hallados responsables de cometer esta clase de conductas.

Ante tal circunstancia, a pesar de las diferentes disposiciones legales y punitivas en el marco de la Ley 599 de 2000 frente a los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual tratándose de menores de 14 años, y la normatividad antes mencionada, así como las distintas actividades por parte de las autoridades del Estado sobre la protección de los derechos de la niñez, estos siguen latentes, sin que la protección por parte del ente gubernamental garantice de forma plena el ejercicio de este derecho en la niñez colombiana.

La pregunta que yace frente a la realidad descrita parte de la funcionalidad del derecho penal como mecanismo de protección de los derechos de los niños, especialmente desde la pena a imponer, que como se ha visto, a nivel interno responde a una tendencia jurídica de corte represivo, por lo que se pretende establecer por intermedio de la indagación académica la respuesta a la pregunta: ¿cómo debe ser la respuesta del derecho penal frente a una conducta delictiva en incremento socialmente, como lo es el abuso sexual de niños? El presente artículo contiene los resultados finales de dicha labor científica.

La niñez como víctima de delitos sexuales

La victimización infantil es una de las conductas que mayor reproche social recibe, y en mayor medida la victimización de niños a partir de delitos sexuales. De hecho, uno de los mayores tipos de violencia de que son blanco los niños y niñas —además del maltrato físico— es la violencia sexual o abuso sexual. Esta última se define como "toda acción violenta o no, que involucre a una niña o niño en una actividad de naturaleza sexual o erotizada, que por su edad y desarrollo no puede comprender totalmente, no está preparado para realizar o no puede consentir libremente; afecta seriamente la vida presente y futura de ellos/as y sus familias; y además se da en conjunto con otros tipos de maltrato" (Pérez, 2000).

Igualmente, la Organización Mundial de la Salud (OMS) define el abuso sexual infantil en los siguientes términos:

> Se considera abuso sexual infantil a involucrar al niño en actividades sexuales que no llega a comprender totalmente, a las cuales no está en condiciones de dar consentimiento informado, o para las cuales está evolutivamente inmaduro y tampoco puede dar consentimiento, o en actividades sexuales que trasgreden las leyes o las restricciones sociales. El abuso sexual infantil se manifiesta en actividades entre un niño/a y un adulto/a, o entre un niño/a y otro/a que, por su edad o por su desarrollo, se encuentra en posición de responsabilidad, confianza o poder. Estas actividades –cuyo fin es gratificar o satisfacer las necesidades de la otra persona– abarcan pero no se limitan a: la inducción a que un niño/a se involucre en cualquier tipo de actividad sexual ilegal, la explotación de niños/as a través de la prostitución o de otras formas de prácticas sexuales ilegales y la explotación de niños/as en la producción de materiales y exhibiciones pornográficas (OMS, 2001).

Los niños, como víctimas, presentan una condición biológica distinta a la de los adultos por cuanto se encuentran en proceso de desarrollo físico, psicológico y moral, lo que implica una serie de características e indicadores diferenciales del abuso sexual de acuerdo con la etapa de desarrollo en que se encuentren. Es así que se considera que los menores de 14 años no están capacitados psíquicamente para dar su consentimiento frente a si aceptar o negar una relación sexual. En este sentido, los delitos sexuales abusivos comprenden las conductas en las cuales no media la violencia contra la víctima, sino que se accede a la relación sexual de manera voluntaria, pero al no existir la capacidad legal del menor para consentir, dada la inmadurez psicológica, la conducta es considerada punible por la legislación penal.

De otro lado, se puede considerar que tratándose de delitos sexuales violentos como los descritos en los artículos 205 (acceso carnal violento) y 206 (acto sexual violento) del estatuto represor colombiano (Ley 599 de 2000), cuando la víctima es menor de edad debieran tener un mayor reproche social y jurídico, sin embargo este criterio no está fijado siquiera como agravante de la conducta.

Víctimas de violencia sexual infantil

De acuerdo con el censo 2006-2007 realizado por el Departamento Nacional de Estadística (DANE), un porcentaje cercano al 32% de la población colombiana está constituida por niños y niñas menores de 14 años, es decir, 13 500 000 personas aproximadamente. Veamos los porcentajes aproximados:

Tabla 1. Tasa poblacional colombiana por rango de edad, según censo 2006-2007

Rangos	Porcentaje total población	N.° Niños
0 - 4	10%	4.209.050
5- 9	11%	4.630.000
10-14	11%	4.630.000
Total	32%	13.469.050

Fuente: DANE. Censo 2006-2007.

Al respecto es de señalar que solo en el 2007 el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forences (en adelante Medicina Legal) practicó 20 000 dictámenes de violencia sexual. De estos actos, 17 000 fueron cometidos contra menores de edad, la mayoría niños y niñas menores de 14 años. A este importante grupo poblacional que ha resultado víctima estuvo dirigida principalmente la presente indagación académica.

No sobra recordar que las víctimas de los delitos en análisis sufren secuelas que finalmente perturban de manera significativa la convivencia pacífica. Es claro que los niños por sus especiales condiciones se encuentran en situaciones objetivas de inferioridad respecto del resto de la población, y por ello están sometidos a unos mayores niveles de vulnerabilidad de sus derechos. Es por ello que requieren un tratamiento preferencial

desde el punto de vista jurídico y de la política del Estado, puesto que son *sujetos cualificados* de derechos (OMS, 2001).

Victimarios de violencia sexual infantil

En Colombia, situaciones o casos por violencia sexual sobre menores son un tema recurrente, problemática a la que no escapa ninguna región del país, ningún estrato socioeconómico y, en un considerable número, los agresores son muy cercanos a sus víctimas (Medicina Legal, 2006). Veamos:

- Cerca del 80% de los abusadores sexuales son conocidos de los niños.
- Cerca del 90% de las personas que maltratan física o psicológicamente a los niños son familiares.
- El 87% de maltratos se cometen en las ciudades y 7% en las zonas rurales.
- El 90% de las personas que abusan o maltratan a los menores tienen algún tipo de formación.

Esa cercanía, y en muchos casos el conocimiento de los agresores por parte de las víctimas, hace que para el delito de violación o acceso carnal violento en menores de 14 años tengamos, según Medicina Legal (2006) las siguientes estadísticas:

- En el 70% de los eventos los delitos se cometen en la casa de habitación del menor.
- El 7% en la casa de habitación del agresor.
- El 4% en colegios y jardines infantiles.
- El 4% en el espacio público.
- El 9% en otros lugares.

Hacia todos esos victimarios que cometen de manera compulsiva u ocasional el delito de violación o acceso carnal violento con menores también van dirigidos los resultados finales que aquí se presentan, toda vez que son los destinatarios de las normas jurídicas que sancionan penalmente su actuar.

El abuso sexual infantil en Colombia: un delito en crecimiento

Las cifras de niños víctimas de abuso sexual en Colombia han venido en constante aumento durante los últimos años. Solo en el año 2010 se presentaron más de 16 000 casos de violencia sexual en niños, niñas y adolescentes; sin embargo, el subregistro de la información en el tema de delitos sexuales, lesiones y otras formas de violencia puede llegar al 70%, ya sea porque no se interpone la denuncia o porque se desiste de la valoración médico forense (Medicina Legal, 2010).

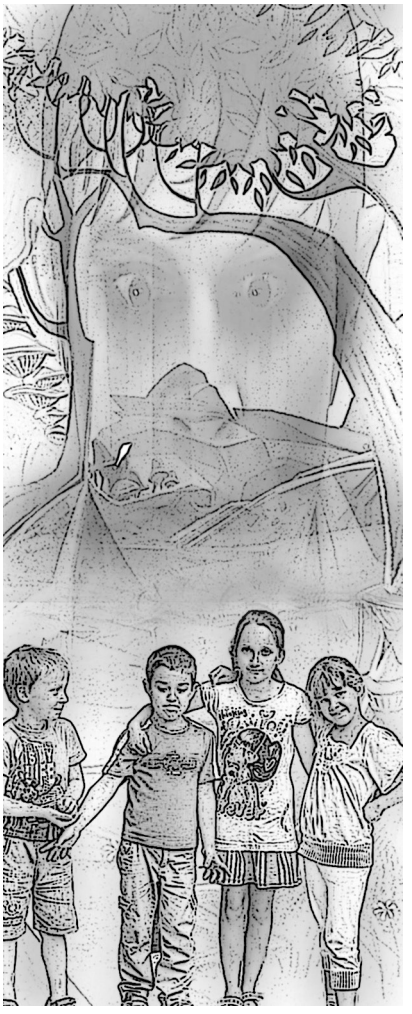
Tabla 2. Cifras de exámenes médico legales por presunto delito sexual. Casos por cada 1000 habitantes

Rangos de edad	Hombre Casos	Mujer Casos	Total general Casos
0 - 4	671	2.125	2.796
5 - 9	1.314	3.906	5.220
10 - 14	818	6.219	7.037
15 - 17	221	2.044	2.265
Total	3.024	14.294	17. 318

Fuente: INMLCF/GCRNV/SIAVAC/SINEI. Forensis. Datos para la vida.

Durante el año 2011 los abusos sexuales contra menores de edad siguieron en aumento, toda vez que según el Centro de Referencia Nacional sobre Violencia (CRNV), dependiente del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forences, en dicho periodo de tiempo se registró un total de 17 638 casos de delitos sexuales contra menores de edad. Bogotá no solo es la ciudad en la que se registraron más casos (3783), sino que cuando se observa el discriminado por grupos etarios las cifras de víctimas alarman: de 0 a 4 años, 707; de 5 a 9 años, 1134; de 10 a 14 años, 1389; y en el de 15 a 17 años, 553 casos. En cuanto al género de las víctimas es importante resaltar que la ocurrencia de delitos sexuales en ese mismo año afectó más a las niñas que a los niños, en una proporción de 4 a 1 (Medicina Legal, 2011).

Según datos de Medicina Legal, en el 2012 se registraron 3326 casos de violencia sexual infantil solo en Bogotá; 6016 niños y adolescentes víctimas de violencia sexual ingresaron al proceso administrativo de restablecimiento de derechos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), de los cuales 3819 eran menores de 13 años; y 7124 niños y adolescentes entraron al proceso como víctimas de maltrato sexual, de ellos, 4596 tenían entre 0 y 12 años de edad.



Es claro que el Estado ha buscado la protección de los y las menores víctimas de delitos sexuales a través del recrudecimiento de las penas, y más aún cuando han cursado iniciativas legislativas tendientes al establecimiento de la cadena perpetua contra quienes sean hallados responsables de cometer esta clase de conductas.

Las anteriores cifras reflejan los índices de abuso sexual infantil y, en general, la progresiva vulneración de los derechos fundamentales de los niños durante los últimos años en Colombia, situación que exige según algunos sectores, la creación de políticas de Estado firmes que protejan de forma adecuada e integral a la infancia nacional. Por ejemplo, en los fundamentos del Proyecto de Acto Legislativo "Por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones", del año 2008, se señala que "en Colombia tenemos esa problemática social que no se puede desconocer bajo ningún punto de vista y corresponde al Congreso de la República crear las normas jurídicas tendientes a castigar severamente a quienes cometen delitos en contra de los niños."

En igual sentido, el Proyecto de Acto Legislativo refiere que "en sociedades que se precien de

ser justas y equitativas la trasgresión de los derechos fundamentales de los niños y los tratos degradantes que sobre ellos se ejerza, producen como es apenas lógico rechazo e indignación por cuanto los niños y las niñas son *sujetos cualificados* dentro de nuestro ordenamiento jurídico; por su importancia y por su alto grado de vulnerabilidad". A la par, advierte que en países como el nuestro los menores requieren y merecen de una protección jurídica adicional, especial y excepcional a la del resto de la sociedad, por lo que se deben aplicar los máximos castigos a las personas que atenten contra los niños y vulneren sus derechos mediante actos delincuenciales relacionados, entre otros, con el acceso carnal violento.

Hasta cadena perpetua para abusadores sexuales de niños

Propuesta de implementación

El Proyecto de Acto Legislativo "Por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones" radicado en el 2008 por un grupo de congresistas, tenía como objeto fundamental modificar el artículo 34 de la Constitución para incorporar en el ordenamiento jurídico colombiano la pena de hasta prisión perpetua para castigar los delitos contra la vida y la integridad personal; contra la libertad individual y otras garantías; contra la libertad, integridad y formación sexuales; y contra la familia, cometidos en contra de personas menores de 14 años. Concretamente, la propuesta de Acto Legislativo ante la Cámara de Representantes en el 2008, pretendía modificar el artículo 34 de la Constitución Política, presentándolo de la siguiente manera:

> Se prohíben las penas de destierro y confiscación.
>
> No obstante, por sentencia judicial se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social.
>
> Procederá hasta la prisión perpetua para los delitos contra la vida y la integridad personal, contra la libertad individual y otras garantías, contra la libertad, integridad y formación sexuales, contra la familia, cometidos contra personas menores de 14 años.

En la exposición de motivos los proponentes del Proyecto sustentan su iniciativa señalando que el futuro de la sociedad está en peligro, y por ello el Acto Legislativo propone un cambio profundo en la estructura constitucional colombiana y en el ordenamiento jurídico en general, estableciendo una excepción a la prohibición de imponer la pena de prisión perpetua, considerando que los delitos que allí se enuncian merecen el repudio total de la sociedad, por afectar su núcleo mismo, abriéndole la posibilidad al juez, al determinar la gravedad del delito, de considerar que la pena no tiene una función rehabilitadora y por tanto imponer una sanción que en términos temporales sea equivalente a la vida del delincuente.

Así mismo señalan los proponentes que en el modelo de Estado social y democrático de derecho, del cual parte nuestro sistema político y jurídico, según el artículo 1º de la Constitución Nacional, la pena ha de cumplir una misión política de regulación activa de la vida social, que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos, suponiendo la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los

hechos y delitos que atenten contra estos bienes.

Los proponentes continúan indicando que "[E]l ejercicio del *lus Punendi* en un Estado democrático no puede desconocer las garantías propias del Estado de Derecho, esto es, las que giran en torno al principio de la legalidad, pero al mismo tiempo, debe añadir nuevos cometidos que vayan más allá del ámbito de las garantías puramente formales y aseguren un servicio real a los ciudadanos", por lo que "[E]l derecho penal en un Estado social y democrático no puede, pues, renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla para la verdadera defensa de los ciudadanos y de todas las personas residentes en el territorio nacional" y

> Debe, por tanto, asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado Social), entendidos como aquellos comportamientos que el orden jurídico califica como dañinos para sus bienes jurídicos fundamentales, en la medida en que los considera graves (…) pues, un adecuado *sistema de política criminal*, debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad. Síguese de ello, que la Constitución conduce a un derecho penal llamado a desempeñar, dados unos presupuestos de garantía de los derechos del procesado y del sindicado, una función de prevención general, sin perjuicio de la función de prevención especial.

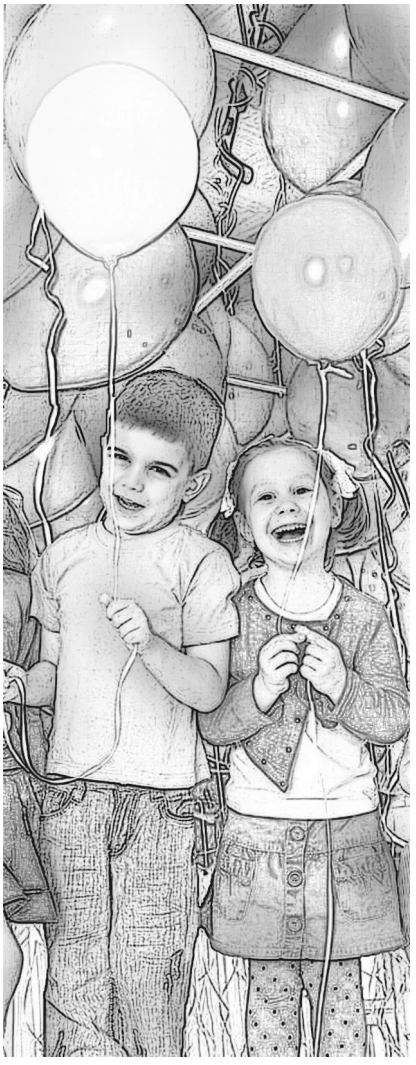
Por lo que la función de la pena debe examinarse en el momento estático de su descripción legislativa y en el dinámico de su efectiva aplicación, toda vez que

> En el primero, la pena cumple una función preventiva (para que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones); mientras en la segunda, la potestad punitiva del Estado se hace presente mediante la imposición de la pena en concreto, con la represión que implica castigar efectivamente, con el rigor requerido, aquellos delitos abominables como los que se proponen en el Acto Legislativo.

Entre otros aspectos, los proponentes concluyen que nuestros niños y niñas por sus especiales condiciones se encuentran en situaciones objetivas de inferioridad respecto del resto de la población y por ello están sometidos a unos mayores niveles de vulnerabilidad de sus derechos, y "es por ello que requieren un tratamiento preferencial desde el punto de vista jurídico y de la política del Estado, recordando que son *sujetos cualificados* de derechos". Consideran finalmente los postulantes que "es la oportunidad de establecer normas jurídicas congruentes con las necesidades actuales de nuestra sociedad, que permitan de una vez por todas crear un orden legal proporcionado y consonante con la gravedad y el daño social que ocasionan los delitos contra nuestros niños".

Respuesta de política criminal estatal

La Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado Colombiano estimó que la iniciativa discutida en el Senado de la República (Proyecto de Ley 206 de 2010) para someter a referendo la procedencia o no de la cadena perpetua, en tratándose de ciertos delitos contra menores, incluido el abuso sexual, se torna en altamente inconveniente, amén de inconstitucional.



Los artículos 34 y 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño establecen la obligación de los gobiernos de proteger a los niños y niñas de todas las formas de explotación y abusos sexuales, además de tomar todas las medidas posibles para asegurar que no se les secuestre, se les venda o se trafique con ellos.

En criterio general de la Comisión,

> razones como las siguientes, así lo indican: en primer lugar, tanto por razones de forma como de fondo, la propuesta resulta contraria a la Constitución; en segundo lugar, la Exposición de Motivos que la sustenta no ofrece —en verdad— ningún argumento convincente desde la perspectiva de una Política criminal coherente que permita, de manera razonable, suponer que esa iniciativa está llamada a traducirse en una mejor protección para la vida y la integridad física, sexual y síquica de los menores.
>
> Así mismo, en tercer lugar, si se intentan reconstruir los posibles argumentos que podrían sustentar una propuesta como la de la cadena perpetua para esos delitos, en realidad ninguno de ellos resulta convincente, pues la imposición de tal consecuencia jurídica en esos casos deviene incompatible con los principios básicos del Estado Social y Democrático de derecho e introduce distorsiones graves a las bases de la que debe ser una verdadera política criminal.
>
> Además, en cuarto lugar, parece claro que el Congreso —como cuerpo representativo que es— no debe limitarse a ser un mero notario forzado a tramitar toda iniciativa popular; por el contrario: en el marco de la democracia representativa a él le corresponde deliberar y discutir la iniciativa y, si encuentra que ella es inconveniente, injusta o inconstitucional, debe proceder a rechazarla y a ordenar su archivo.

El derecho penal frente a los delitos en crecimiento

Principio de *última ratio*

La respuesta penal frente a la delincuencia debe estar mediada por el principio de *última ratio*. Es decir, la respuesta penal debe ser excepcional ante la conflictividad social, toda vez que si se da lo contrario, la cárcel se erige como la solución por excelencia para conflictos sociales de distinta índole (Reed Hurtado, 2012, p. 8).

El profesor argentino Eugenio Zaffaroni advierte que el modelo reactivo responde, en parte, a un recurso ideológico —que él nombra como la *emergencia continua*— que sirve como mecanismo de instalación de las estructuras punitivas del Estado, y para su perpetuación y su extensión o crecimiento (2001, pp. 85-101). Plantea el autor que la *emergencia continua*

se deriva del brote interminable de conductas que requieren atención prioritaria y una respuesta punitiva. La *emergencia continua* se alimenta del sentimiento colectivo de inseguridad (real o aparente) que lleva a la respuesta reactiva frente a la conducta de turno: las riñas, las lesiones, el hurto, el vandalismo, el secuestro, el homicidio, la conducción de vehículos bajo la influencia del alcohol, la violencia intrafamiliar, etcétera. La *emergencia continua* da lugar a una especie de paranoia colectiva que permite la instalación de un discurso punitivo que se aparta de las metas programadas y planificadas con el fin de responder a una coyuntura (2012, p. 10).

La respuesta a estas coyunturas y el distanciamiento de una lógica de gestión planificada conducen necesariamente a una especie de caos sistémico. La falta de una respuesta coherente y consistente a la conflictividad social, y la ausencia de evaluación programática del funcionamiento del sistema penal han llevado a la incrustación de una situación de crisis que, paradójicamente, se instala como perpetua (2012, p. 10).

La función de la pena

Otro aspecto teórico considerado en la presente investigación fue el referente a la función de la pena, especialmente en lo que respecta a la teoría de la prevención general y prevención especial negativa y positiva. En este sentido, el artículo 4 del Código Penal nacional señala que "La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado... La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión". La teoría de la pena establece la función de prevención general. Esta es entendida como el mensaje persuasivo que mediante el establecimiento de la consecuencia sancionatoria determinada para el supuesto de hecho, promueve la evitación o repetición de conductas humanas consideradas delictivas, de tal forma que a ninguno de los coasociados le sea atractivo desplegar la conducta. Freud la determina como uno de los "fundamentos del ordenamiento penal humano" en las necesidades de la prevención general. Y según Roxin: "Cuando alguien ha logrado satisfacer el deseo reprimido, debe sentirse el mismo deseo en todos los miembros de la sociedad; para mantener apaciguada esta tentación, es necesario que el que realmente es envidiado, sea privado del fruto de su atrevimiento..." (2000). Frente a la función de prevención general de la pena la Corte Constitucional ha establecido 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" (2002).

Un principal defensor de la prevención general fue Feuerbach, para quien el fin de la pena no es otro que el hacer efectiva la amenaza penal contenida en la ley, para evitar que las personas delincan mediante tal coacción (por lo que también se le ha denominado "teoría de la coacción psicológica"). Para Feuerbach debe haber amenaza ideal y amenaza real. Esta teoría ha sido blanco de críticas desde la perspectiva de que obvia del todo al individuo, al ser humano que ha delinquido, pues solo ve a la sociedad. Y, en segundo lugar, no establece límites al *Ius Puniendi* del Estado, pues, basándose en

esa coacción a la generalidad pueden penarse delitos leves con penas graves, para que esa amenaza cohíba a los demás de cometer ese delito. Igualmente se entiende que la prevención general se basa en que la función de la pena es el reforzamiento de la conciencia colectiva, en que la pena servirá como aleccionador de la sociedad que va a crear criterios jurídicos para que no se cometan hechos punibles.

A diferencia de la prevención general que tiene como objeto la sociedad, la prevención especial se enfoca en el individuo. A su vez, la prevención especial desboca en dos vertientes, la primera es la prevención especial positiva la cual se entiende desde la resocialización del penado y su reincorporación en la sociedad. A este respecto la Corte Constitucional en sentencia C-806 de 2002 sostuvo que debe entenderse que la pena debe, entre sus varias finalidades, cumplir una función de prevención especial positiva; esto es, debe buscar la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad, pues el objeto del derecho penal en un Estado social de derecho no es excluir al infractor del pacto social, sino buscar su reinserción en el mismo.

La segunda, la prevención especial negativa, tiene como fin de la pena neutralizar al autor del delito, aislarlo, encerrarlo, para que no pueda cometer delitos. La pena sirve, por decirlo en forma coloquial, para sacar de circulación al delincuente. En este sentido es contundente una frase de Von Ihering, quien afirmó: "La naturaleza echa a la cama a quien la contravino, el Estado lo echa a la cárcel". La teoría de la prevención especial negativa es controvertida por Alessandro Baratta, quien considera que es ilegítimo reducir el ser humano a objeto de manipulación por el Estado. Otra crítica importante es la que realiza Lesch, quien opina que la defensa de los peligros es un cometido más que todo policial, que no puede ordenarse al derecho penal, pues ello supondría una quiebra del sistema (Huertas, Cáceres y García, 2013).

El "populismo punitivo"

El denominado "populismo punitivo" se relaciona con el pensamiento general de la sociedad, encaminado a señalar que la solución a los problemas de impunidad o de incremento de ciertos crímenes de alta gravedad, entre los cuales se incluye el abuso sexual infantil, es implementar fuertes condenas o penas a los victimarios, incluso a perpetuidad. "Estas medidas suelen ser bastante populares a nivel de la opinión pública y dan buenos réditos políticos a quienes las defienden, pero no sólo tienen una eficacia limitada y discutible para prevenir los crímenes, sino que pueden agravar muchos de los problemas del sistema penal, como el hacinamiento carcelario" (Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado Colombiano, 2010). Sobre esos cuentos del crimen y no sobre el crimen en sí, construimos referentes sociales y cedemos nuestros derechos como ciudadanos-de-bien para que se haga frente (como sea) a "lo indeseado". Hawkins y Zimring, dos criminólogos estadounidenses, se preguntaban: ¿Qué estrategias puede utilizar un gobierno constreñido por los límites al poder para tentar a sus ciudadanos para que remuevan o reduzcan esos límites? En seguida, ofrecieron esta respuesta: "El miedo al delito y a los criminales es una técnica obvia para lograr el resultado. Y esto ge-

nera un motivo fuerte para que los gobiernos que buscan poder adicional exageren el peligro del delito y de los criminales. La tarea política es convencer a los ciudadanos de que la criminalidad es una amenaza mayor que el exceso gubernamental. El propósito es lograr mayor poder para el gobierno. Y la apelación (o el llamado) es al miedo (a la generación del miedo) (Reed Hurtado, 2010, p. 12).

Puede llegar a pensarse que un ejemplo de iniciativas que se promueven con base en el miedo al crimen y a los criminales lo constituye la propuesta de cambio constitucional para introducir la cadena perpetua en Colombia para victimarios de abuso sexual infantil, toda vez que esta se fundamenta en motivos como:

El aumento de la criminalidad en nuestra sociedad es en extremo alarmante; pero lo que más preocupa el sentimiento público es la perversión creciente de las pasiones y la ferocidad que ostentan los delincuentes en la consumación de las víctimas.

En este país, no transcurre un día sin que la prensa registre la comisión de un delito atroz; grupos al margen de la ley que asesinan a mansalva y sobreseguro a una población indefensa; niños que son asesinados en actos terroristas sin tener nada que ver con el conflicto armado del país, niños que son objeto de los más abominables delitos de abuso sexual y de las más terribles depravaciones que se puedan registrar en el mundo; la utilización de armas no convencionales para atacar poblaciones; la utilización de cargas explosivas activadas a control remoto para destruir hospitales, colegios, cuarteles de la policía, misiones médicas y toda una gama de actos terroristas que riñen con el derecho internacional humanitario, son entre otras las actuaciones de la delincuencia (...).

> El denominado "populismo punitivo" se relaciona con el pensamiento general de la sociedad, encaminado a señalar que la solución a los problemas de impunidad o de incremento de ciertos crímenes de alta gravedad, entre los cuales se incluye el abuso sexual infantil, es implementar fuertes condenas o penas a los victimarios, incluso a perpetuidad.

Todo este estado de descomposición social que revela la criminalidad creciente, aleja de Colombia los principales factores de progreso. Los capitales, además de buscar su propia seguridad, buscan también la seguridad personal de sus dueños o de sus administradores; y quienes deseen invertirlos en nuestro país, por razones de orden económico, no lo harán si no logramos cerrar el hondo abismo a que nos está conduciendo la perversión de los instintos que en ciertas clases sociales revela el aumento de la criminalidad atroz (Santos Marín, 2006).

Sin lugar a dudas el populismo punitivo solo conduce a la especulación y la inflación del uso del derecho penal, máxime cuando parte de la sociedad colombiana está enamorada con los discursos que prometen castigo.

Estas personas no parecen interesarse mucho por la efectividad del castigo para lograr cosa alguna. Su encantamiento se

queda con el pronunciamiento público contra el mal, como si esto logrará hacerlo desaparecer. El movimiento es poderoso porque ciertamente produce un sentimiento colectivo: nosotros los buenos estamos en contra de los malos y rechazamos el crimen. Un ejercicio simbólico que, si bien genera un sentimiento de solidaridad al nombrar el mal, también genera un vacío en respuestas públicas en la medida en que no exige respuesta distinta al castigo frente a problemas sociales apremiantes. Nos quedamos con lo inmediato: más castigo como símbolo. De esta manera, se utiliza la función simbólica del derecho penal; es decir, se producen normas para aparentar que se hace algo contra el crimen, aunque su eficacia es solo preformativa (Reed Hurtado, 2012, p. 14).

Resultados

En Colombia ya se pueden apreciar rasgos de la *emergencia continua* y del caos o crisis de la que habla Zaffaroni (2001), toda vez que internamente tenemos infinidad de tipos penales, muchos repetidos, mal definidos, y otros que existen en el código represivo pero nunca se usan o se emplean de mal forma: encierros hasta de sesenta años, prisiones saturadas y otras a punto de derrumbarse, despachos judiciales insuficientes y funcionarios en muchos casos mal preparados, etc., medidas jurídico penales que van en desmedido aumento y que nos llevan a concluir que efectivamente el derecho penal no está siendo empleado en sus justas proporciones y se está abusando de sus ofrendas (Reed Hurtado, 2012, p. 14).

Conclusiones

El desarrollo de la investigación adelantada gravitó en torno a uno de los fenómenos jurídicos delincuenciales internos de mayor connotación e impacto social en la actualidad, como lo es la violencia sexual contra los niños. Esta problemática involucra a diversos sectores de la sociedad que en gran parte consideran que el Estado debe, a través de la legislación penal, abordar este flagelo mediante la implementación de sanciones más drásticas, incluso la modificación de la Constitución Política de 1991 con el fin de establecer la pena de prisión perpetua para los autores de estas conductas, sin considerar un equilibrio entre la política criminal del Estado y su accionar administrativo y cultural en la protección de la niñez víctima de abusos sexuales, clamor social que se enmarca dentro de las características propias del "populismo punitivo".

Por lo mismo resulta pertinente recordar, a título de conclusión que la respuesta penal frente a la delincuencia debe estar mediada por el principio de última y no de primera o única *ratio*, es decir, dicha reacción jurídica debe ser excepcional ante la conflictividad social, toda vez que si se da lo contrario, la cárcel se erige como la solución única y por excelencia para todos los conflictos sociales sin importar su índole o naturaleza (Reed Hurtado, 2012, p. 8).

Finalmente y parafraseando al profesor Reed Hurtado (2012, p. 14), el derecho penal es necesario para combatir el abuso y la violencia sexual en contra de los niños y niñas en Colombia, pero no debe ser ni la primera ni la única cura para afrontar dicha o cualquier otra problemática social.

Referencias

Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado Colombiano. (2010). *Observaciones a la iniciativa sobre la imposición de cadena perpetua a ciertos delitos realizados contra menores*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.

Congreso de la República. (2008). *Exposición de motivos del Proyecto de Acto Legislativo "Por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones"*. Bogotá D.C.: Congreso de la República.

Corte Constitucional de Colombia. (2002). *Sentencia C-806 del 03 de octubre de 2002*. Bogotá D.C.: Rama Judicial del Poder Público.

Corte Constitucional de Colombia. (2003). *Sentencia C-318 del 24 de abril de 2003 que declaró exequible la Ley 765 del 31 de julio de 2002 y el "Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía", adoptado en Nueva York, el 25 de mayo de 2000*. Bogotá D.C.: Rama Judicial del Poder Público.

Huertas, O., Cáceres, V. y García, F. (2013). *La niñez víctima de delitos sexuales en Colombia: informe de avance de investigación*. Bogotá D.C.: Fundación Universidad Autónoma de Colombia.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (2006). *El abuso sexual*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (2010). *Forensis, datos para la vida. Herramienta para la interpretación, intervención y prevención de lesiones de causa externa en Colombia*. Bogotá D. C.: Imprenta Nacional.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (2011). *Informe del Centro de Referencia Nacional sobre Violencia (CRNV)*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (2012). *Informe 2012*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.

Ley 599 de 2000. (2000). *Por medio de la cual se expide el Código Penal*. Bogotá D.C.: Congreso de la República.

Organización Mundial de la Salud –OMS. (Octubre, 2001). *Integrated Multisectoral Approach to Child Abuse: Introduction and Core Guidelines: General Information*. Nueva York: ONU.

Pérez, M. S. (2000). *Manual psicosociojurídico de violencia intrafamiliar*. Santiago de Chile: Consil Ltda.

Reed Hurtado, M. (18 de octubre, 2010). El miedo como forma de gobierno. Obtenido de http://www.elcolombiano.com/-BancoConocimiento/E/-el_miedo_como_forma_de_gobierno/el_miedo_como_forma_de_gobierno.asp

Reed Hurtado, M. (2012). *El camino irreflexivo de la cárcel en Colombia: un cuento de delirios y despelotes*. Conferencia Leyes Penas y Cárceles: ¿Cuánto sirven (y cuánto no) para la seguridad ciudadana? Lima, Perú: Woodrow Wilson International Center for Scholars, Instituto de Defensa Legal y Corporación Andina de Fomento, 8.

Roxin, C. (2000). *Derecho penal*. Madrid, España: Editorial Civitas.

Santos, G. (2006). *Proyecto de Acto Legislativo 09 del 2006, por el cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política*. Bogotá D. C.: Congreso de la República.

Zaffaroni, R. E. (2001). Naturaleza y necesidad de los

Bibliografía recomendada

consejos de política criminal. En E. Carranza (Coord.), *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria: respuestas posibles* (págs. 85-101). Ciudad de México: Siglo XXI Editores, S. A.

Zimming, E. y Hawkins, G. (2004). Democracy and the Limits of Punishment: A Preface to Prisioners´ Rights. En M. Tonry (Ed.), *The Future of Imprisonment* (págs. 157-178). Oxford, New York: Oxford University Press.

Buergenthal, T. (1990). *La protección de los derechos humanos en las Américas*. Madrid: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Cillero Bruñol, M. (1999). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En E. García Méndez y M. Belfo, *Infancia, ley y democracia en América Latina*. (Segunda ed.). Bogotá: Editorial Temis.

Comisión Andina de Juristas. (1999). *Protección de los derechos humanos*. Colección Textos Jurídicos. Bogotá, D. C.: Centro Editorial de la Universidad del Rosario.

Cornaglia, C. y Vignolo, M. (2005). *Crónicas médico forenses. El abuso sexual de menores y la complicidad del silencio*. Buenos Aires: Dosyuna Ediciones Argentinas.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (Septiembre de 2006). *Compilación de observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre países de América Latina y el Caribe (1993-2006)*. (Segunda ed.). Santiago de Chile: Productora Gráfica Andros Limitada.

Gross Espiell, H. (1988). Opiniones disidentes y separadas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (4).

Huertas Díaz O.; Cáceres Tovar V.; Chacón Triana N. y Gómez Carmona, W. (2005). *Convención Americana de Derechos Humanos. Doctrina y Jurisprudencia*. Bogotá, D. C.: Grupo Editorial Ibáñez.

Huertas Díaz O.; Velasco Forero, M. y Bejarano Medina, R. (2008). *La universidad y el compromiso con la pedagogía y la educación de los derechos humanos del niño*. Bogotá: Corporación de Juristas Siglo XXI, Universidad Autónoma de Colombia, Universidad Distrital Francisco José de Caldas, Universidad Pedagógica Nacional, Ediciones Jurídicas Ibáñez.

Huertas Díaz, O., Cáceres Tovar, V. y García Moreno, F. (2009). *Los derechos y garantías de la víctima en el sistema penal acusatorio colombiano ¿avance en garantías o impunidad legitimada?* Bogotá: Fundación Universidad Autónoma de Colombia.

Huertas Díaz, O.; Cáceres Tovar V.; Chacón Triana, N.; Gómez Carmona, W.; Castellanos Roso, E. y Sanabria Rincón J. (2006). *Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperación de la memoria histórica, 1995-2006*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Ibáñez.

Huertas Díaz, O.; Cáceres Tovar, V. y García Moreno, F. (2013). *La niñez víctima de delitos sexuales en Colombia. Informe de avance de investigación*. Bogotá: Fundación Universidad Autónoma de Colombia.

Juliano, M. A. y Ávila, F. (2012). *Contra la prisión perpetua: una*

visión histórica y comparada de las penas a perpetuidad. Buenos Aires: Editores del Puerto.

O'Donnell, D. (Abril de 2004). *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Valencia Villa, A. (2004). *Derecho internacional de los derechos humanos. Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos*. México, D. F.: Distribuciones Fontamara S. A., Universidad Iberoamericana A. C., Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington Collage of Law, American University.