

EFICACIA Y PERTINENCIA DE LA CADENA PERPETUA FRENTE A LA VIOLENCIA SEXUAL CONTRA NIÑAS Y NIÑOS

Trabajo de grado para optar al título de Especialista en Derecho Penal y Criminología

AUTORES

CARLOS MAURICIO MILLÁN MEJÍA

ESTEFANÍA SALINAS TÉLLEZ

DAMIÁN FERNANDO RODRÍGUEZ ACEVEDO



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

Vigilada MINEDUCACIÓN

Bogotá

2022

Tabla de Contenido

Eficacia y Pertinencia de la Cadena Perpetua frente a la Violencia Sexual contra Niñas y Niños.....	2
Resumen.....	2
Abstract.....	2
Palabras Clave.....	2
Keywords.....	2
Introducción.....	2
Planteamiento del Problema.....	4
Problema jurídico.....	7
Objetivos.....	7
Justificación.....	7
Hipótesis.....	8
Marco Teórico.....	8
Marco Normativo.....	10
Marco Conceptual.....	12
Metodología.....	16
Desarrollo de los objetivos.....	17
Conclusiones.....	25
Referencias Bibliográficas	26

Eficacia y Pertinencia de la Cadena Perpetua frente a la Violencia Sexual contra Niñas y Niños

Resumen

Este artículo de investigación aborda un análisis sobre la eficacia y pertinencia de la medida penal de cadena perpetua frente a la violencia sexual contra niños y niñas. En razón de ello, se examinan los conceptos de eficacia y pertinencia de la pena a la luz de la teoría del derecho penal, encontrándose que la eficacia en esta materia depende de la materialización de los fines de la pena, esto es, resocialización, prevención general y especial, y que la pertinencia se halla subordinada a la adecuación de la medida respecto del ordenamiento jurídico. A partir de lo anterior, se introduce una mirada de la medida desde un enfoque criminológico garantista, esto es, tomando en consideración los límites del derecho penal y la garantía de la dignidad humana. Por último, se precisa la dogmática jurídica y doctrinal de la violencia sexual contra niños y niñas a través de sus referencias normativas, jurisprudenciales y teóricas.

Abstract

This research article deals with an analysis of the effectiveness and relevance of the criminal measure of life imprisonment against sexual violence against boys and girls. For this reason, the concepts of effectiveness and relevance of the sentence are examined in the light of the theory of criminal law, finding that the effectiveness in this matter depends on the materialization of the purposes of the sentence, that is, resocialization, prevention general and special, and that relevance is subordinated to the adequacy of the measure with respect to the legal system. Based on the above, a view of the measure is introduced from a guarantee criminological approach, that is, taking into account the limits of criminal law and the guarantee of human dignity. Finally, the legal and doctrinal dogma of sexual violence against boys and girls is specified through its normative, jurisprudential and theoretical references.

Palabras Clave

Cadena perpetua, violencia sexual, niños, niñas, pertinencia, eficacia

Introducción

El presente artículo de investigación partió de la siguiente pregunta jurídica **¿La pena de cadena perpetua constituye una medida pertinente y eficaz frente a la violencia sexual contra niños y niñas?** En aras de resolver la pregunta se hizo un análisis de la eficacia y pertinencia de la medida punitiva de cadena perpetua frente a delitos de violencia sexual contra niños y niñas. Para ello, fue necesario examinar la eficacia y pertinencia de la pena a la luz de la teoría del derecho penal, estudiar la cadena perpetua desde un enfoque criminológico garantista y precisar la dogmática jurídica de la violencia sexual contra niños y niñas.

En perspectiva de examinar la eficacia y pertinencia de la pena a la luz de la teoría del derecho penal, se reconstruyó contexto jurídico de la pena y sus componentes fundamentales: principio y derecho fundamental de la dignidad humana, prohibición de la prisión perpetua y proscripción de los tratos crueles, inhumanos y degradantes. A modo de complemento, se fijaron los fines o funciones de la pena: resocialización, retribución justa, prevención general y prevención especial.

Posterior a ello, se estudió la cadena perpetua desde un enfoque criminológico garantista. En ese sentido, convino hacer una descripción de la evolución historia de la noción o paradigma garantista, hallándose su origen en los mismos albores del liberalismo. En principio, Beccaria dispuso que la pena no tenía como finalidad la venganza o el castigo del infractor, sino la utilidad pública, el restablecimiento del orden subvertido. Sin embargo, solo hasta mediados del siglo XX, Baratta pudo estructurar el concepto de derecho penal mínimo para referirse a un proyecto de política criminal que ponía al ser humano, sus derechos y libertades en el centro de las preocupaciones. Por último, el

connotado pensador Luigi Ferrajoli inaugura el garantismo y señala el carácter de ultima ratio del derecho penal, su tendencia hacia la humanización de las penas. Ese marco de garantías deviene incontrastable con una propuesta de reforzamiento del ius puniendi, ligada al populismo punitivo y a las agendas más regresivas en materia de política criminal.

Planteamiento del Problema

El problema central radica en si ¿La pena de cadena perpetua constituye una medida pertinente y eficaz frente a la violencia sexual contra niños y niñas? Según datos aportados por Medicina Legal, en 2020 se presentaron 15.359 casos de violencia sexual contra menores de edad, de los cuales, el 84% corresponden a violencia sexual contra niñas, ósea 13.011 víctimas mujeres menores de edad (Infobae, 2021). De acuerdo al Departamento Administrativo Nacional de Estadística -por sus siglas, DANE-, durante 2018, 22.794 niñas fueron víctimas de delitos sexuales (El Confidencial, 2020). Ciertamente, la observación de esta lamentable realidad sugiere la necesidad de hallar mecanismos institucionales, jurídicos, políticos, culturales y sociales orientados a acabar la violencia sexual contra menores de edad. En 2019, el instituto Colombiano de Bienestar Familiar reportó 25.536 casos de abuso sexual contra menores de edad (La FM, 2020).

Ahora bien, debe tomarse en consideración que parte de la violencia sexual contra niñas y niños se mantiene en el anonimato debido a que sus víctimas no denuncian por miedo a retaliaciones, amenazas, constreñimientos, chantajes, extorsiones, vergüenza u otras razones. En otro sentido, las cifras de los últimos años evidencian una fluctuación, y no una tendencia hacia la reducción del fenómeno de violencia sexual contra menores de edad (Afanador Contreras & Caballero Badillo, 2012).

Respecto a ello, el artículo 205 del Código Penal, establece: El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años. A su vez, el artículo 211 del mismo estatuto normativo, atribuye una agravación punitiva al acceso carnal violento que se realiza contra menor de 12 años. Desde un punto de vista preventivo, el congreso colombiano expidió la Ley 2137 de 2017 por la cual se crea el Sistema Nacional de Alertas Tempranas para la Prevención de la Violencia Sexual contra los niños, niñas y adolescentes cuyo objeto es “la creación del Sistema Nacional de Alertas Tempranas para la Prevención de la Violencia Sexual contra los Niños, Niñas y Adolescentes... y establecer medidas que articulen la identificación, atención, prevención y reducción de los principales factores de riesgo de violencia sexual contra los menores de edad en Colombia.”

No sobra mencionar aquí que la violencia sexual contra niños comporta una variedad de actos típicos del derecho penal, los cuales en el contexto colombiano pueden resumirse así: abuso sexual, Explotación sexual, Trata con fines de explotación sexual y Violencia sexual en conflicto armado.

En junio de 2020, el Senado de la República aprobó en último debate la Ley de cadena perpetua para violadores y asesinos de niñas y niños, no obstante, la Corte Constitucional la declaró inexecutable. En favor del endurecimiento de las penas y la aplicación de medidas punitivas como la cadena perpetua contra abusadores y violadores sexuales de niñas y niños, se alega la protección del interés superior constitucional del menor de edad -artículo 44 de la Constitución Nacional-, luego de algún modo garantiza que el condenado no vuelva a reincidir en la conducta punible, resulta proporcional dada la gravedad del delito y manda un mensaje vehemente a la sociedad respecto de las

consecuencias penales que trae la victimización de niños por vía de la comisión de crímenes sexuales.

En contra de la cadena perpetua se sostiene que es una medida inconstitucional luego contradice lo previsto por el artículo 34 de la Carta Política -prohibición de prisión perpetua-, no genera ningún efecto persuasivo, no se adecua a los fines constitucionales de la pena -protección de la víctima y resocialización-. La crítica señala que ese tipo de agendas legislativas solo persigue aglutinar un alto volumen de aprobación social alrededor de ciertos sectores políticos, sin que su puesta en marcha signifique algún cambio sustancial o represente una forma autentica de cuidar y blindar a la niñez vulnerable frente a la amenaza de abusadores, violadores y depredadores sexuales.

En este contexto de vulneración estructural de los derechos de las niñas y niños, de su integridad física, sexual y psicológica, de su vida y dignidad humana, conviene indagar alrededor de la eficacia y pertinencia de la medida penal de cadena perpetua para violadores de niñas y niños. Resulta necesario analizar la adecuación de la medida al sistema jurídico, sus repercusiones reales, su conveniencia social y cultural, su capacidad de generar efectos positivos y de allanar el camino de la materialización de los fines de la pena, de la protección de los derechos de las víctimas.

Problema Jurídico

¿La pena de cadena perpetua constituye una medida pertinente y eficaz frente a la violencia sexual contra niños y niñas?

Objetivos

Objetivo general

Analizar si la pena de cadena perpetua constituye una medida pertinente y eficaz frente a la violencia sexual contra niños y niñas.

Objetivos específicos

Examinar la eficacia y pertinencia de la pena a la luz de la teoría del derecho penal

Analizar la medida de cadena perpetua a partir de un enfoque criminológico garantista

Precisar la dogmática jurídica y doctrinal de la violencia sexual contra niños y niñas.

Justificación

La investigación cobra importancia en la medida que Colombia registra un alto índice de violencia sexual contra niños. En cifras aportadas por distintas entidades, se registran 22.794 casos en 2018 -DANE-, 25.536 en 2019 -ICBF- y 15.359 en 2020 -Medicina Legal- de violencia sexual. Los datos traslucen una problemática profunda alrededor de la vulneración de los derechos de los niños y niñas, de su formación e integridad sexual, física, moral y psicológica, cuestión que en efecto merece una especial atención, reflexión, análisis y estudio académico.

De otra parte, conviene abordar desde varios puntos de vista -críticos, dogmáticos, ideológicos, teóricos, jurisprudenciales- la eficacia y pertinencia de la cadena perpetua frente a la violencia sexual contra menores de edad, en particular, el delito de acceso carnal

violento contra menor de 12 años. Parece determinante indagar respecto de una medida penal que podría modificar radicalmente el orden constitucional, y sugerir la adopción de un nuevo paradigma del derecho penal. En este punto, parece oportuno recordar el artículo 34 Constitucional, por el cual se prohíbe la prisión perpetua.

Además de lo anterior, cabe apuntar que el fenómeno de violencia sexual contra menores de edad, reviste una especial relevancia social debido a que involucra un sujeto de especial protección constitucional: los niños. Vale la pena recordar el mandato constitucional estipulado en el artículo 44 de la Carta Política, donde se desglosa que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. La tesis también es una oportunidad única para evaluar el carácter de ultima ratio del derecho penal, su alcance real, el papel de la criminología en la construcción de un discurso de política punitiva.

Hipótesis

Conviene advertir que la violencia sexual contra niños y niñas comporta un fenómeno estructural y multicausal cuyas dimensiones escapan al alcance del derecho penal, y en particular de la cadena perpetua. De otra parte, esta medida, gravosa y en extremo drástica, no resulta pertinente frente a lo reglado por el derecho constitucional colombiano, esto, al no corresponderse con la dignidad humana, la proscripción de la prisión perpetua y la resocialización del condenado.

Marco Teórico

Cada que se mediatiza un delito oprobioso contra un niño o niña, resurge con fuerza la reclamación popular por el aumento y endurecimiento de las penas. De allí la popularidad de los discursos políticos que promueven el reforzamiento del derecho penal para superar fenómenos criminales de orden estructural como la violencia sexual contra niñas y niños (Muñoz Tejada, 2009). Se asocia la pena a una forma oficial o institucional de venganza, de justicia retributiva, de ejemplarizar al delincuente o criminal y enviar un mensaje disuasivo a la sociedad. La justicia se concibe no en razón de la protección de la víctima, del restablecimiento de sus derechos, de la seguridad de la sociedad, de la resocialización del delincuente, sino por conducto de generar dolor o aflicción en la vida del responsable del delito (Marquez Cardenas, 2007).

La superación de la violencia sexual contra niños y niñas trasciende el alcance del derecho penal y necesariamente se vincula a la aplicación de medidas de otra naturaleza. No es un tema de persuasión de la pena, o de inexistencia de penas duras, como quieren mostrarlo ciertas agencias mediáticas y político, sino un fenómeno que hunde sus raíces en situaciones sociales de exclusión, pauperización, baja o precaria escolarización, reproducción de una serie de antivalores anclados en la dominación, reificación y explotación (Orjuela Lopez & Rodriguez Bartolome, 2012). Al margen de ello, la violencia sexual contra niños y niñas suscita un rechazo sensible por parte de la comunidad, hecho que suele ser instrumentalizado por políticos para elevar propuestas altamente demagógicas, es decir, que prometen mucho, pero no muestran eficacia ni pertinencia

frente a los objetivos trazados. Ese fenómeno se le conoce con el nombre de ‘populismo punitivo’.

El debate alrededor de la violencia sexual contra niñas y niños, sugiere una mirada criminológica del problema. De un lado, aparecen las teorías que defienden el mantenimiento de un derecho penal de ultima ratio, basado en la dignidad humana, enfocado en la protección y restablecimiento de los derechos de las víctimas, la resocialización del delincuente y la seguridad de la sociedad. De otra parte, se encuentran las teorías que defienden un ius puniendi fuerte y duro, orientado hacia el castigo severo de los criminales y delincuentes, un paradigma de justicia retributiva que se detiene más en la venganza que en la protección efectiva de ciertos bienes jurídicos (Canton Cortes & Cortes, 2015).

Cabe advertir que la cadena perpetua aparte de ser una propuesta controversial en términos políticos y jurídicos, se contrapone al orden constitucional, en específico la proscripción de la prisión perpetua estipulada por artículo 34 de la Carta Fundamental. De allí que la incorporación de la cadena perpetua se hace inconveniente en cuanto a que implica una reforma sustancial del orden constitucional. La prohibición de la prisión perpetua constituye una expresión axiológica y fundamental del principio y valor constitucional de la dignidad humana, de modo que proponer la cadena perpetua, significa dos cosas, de un lado la violación de un mandato contenido en la Constitución y de otro, una conmoción total de todo el sistema jurídico interno (Velandia Montes & Gomez Jaramillo, 2018).

En Colombia, la violencia sexual contra niñas y niños comporta un fenómeno estructural y multicausal. Estructural, en cuanto a que atraviesa todas las sociales, familias,

estamentos, estratos económicos, comunidades, grupos y colectividades (Hoyos & Medina, 2013). De otra parte, es multicausal en la medida que obedece a diversidad causas: inexistencia de programas de educación sexual, falta de prevención social e institucional, reproducción de valores legitimantes de la violencia y la subvaloración de la niñez, vulnerabilidad, pobreza, exclusión, desarticulación de las familias por dinámicas socioeconómicas etc. En los actos de violencia sexual contra niños y niñas se expresan factores de dominación, de subyugación del débil, de cosificación y reificación del ser humano en función de apetitos egoístas (Calbet, 2018).

Marco normativo

La Constitución Política de 1991, en su artículo 1 establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto a la dignidad humana. El artículo 4 constitucional establece ‘La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.’ (Const., 1991. Art.4) De otra parte, el artículo 34 proscribe la prisión perpetua. Respecto a la niñez, el artículo 44 consagra que los niños tienen derecho a: “la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión”. Aparte de ello, se estipula el mandato constitucional del interés superior de los niños, cuestión que obliga al Estado y a la sociedad a brindarles protección especial respecto de situaciones de “abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos” (Const., 1991. Art. 44)

Respecto a ello, el artículo 205 del Código Penal, establece: El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años. A su vez, el artículo 211 del mismo estatuto normativo, atribuye una agravación punitiva al acceso carnal violento que se realiza contra menor de 12 años (Código Penal., 2000. Art. 211). En cuanto a prevención, se expide la Ley 2137 de 2017 por la cual se crea el Sistema Nacional de Alertas Tempranas para la Prevención de la Violencia Sexual contra los niños, niñas y adolescentes cuyo objeto es *“la creación del Sistema Nacional de Alertas Tempranas para la Prevención de la Violencia Sexual contra los Niños, Niñas y Adolescentes... y establecer medidas que articulen la identificación, atención, prevención y reducción de los principales factores de riesgo de violencia sexual contra los menores de edad en Colombia.”* (Ley 2137., 2017. Art. 1)

La Corte Constitucional en Sentencia T-731 de 2017 Expediente T. 6.327.022, respecto a los derechos de los niños, sostuvo:

Esta Corporación, en reiterada jurisprudencia ha reconocido el carácter prevalente de los derechos de los niños y las niñas, poniendo a consideración el grado de vulnerabilidad de los menores y sus necesidades especiales para lograr su correcto desarrollo, crecimiento y formación, teniendo en cuenta que cada uno de ellos demanda condiciones específicas que deben ser atendidas por su familia, la sociedad y el Estado, por lo tanto, los servidores judiciales deberán tener en cuenta las condiciones especiales de cada caso en su totalidad, con la finalidad de dar prevalencia a sus derechos y encontrar la mejor solución de acuerdo a los intereses de estos, con arreglo a los deberes constitucionales y legales que tienen las autoridades para la preservación y bienestar integral de los niños, niñas y

adolescentes que requieren protección, exigiendo así un mayor grado de cuidado a los juzgadores al momento de adoptar decisiones que puedan afectarlos de manera definitiva e irremediable (Corte Const., 2017).

El mismo Tribunal en reciente Sentencia C-349 de 2021 Expediente No D-14172 declaró la inconstitucionalidad del Acto legislativo No 1 de 2020, el cual impuso una cadena perpetua, revisable a los 25 años, para violadores y asesinos de niñas y niños. Al respecto, la corporación consideró que la aplicación de esta medida violaría el principio de dignidad humana de la Constitución Política de 1991, cuyo mandato normativo presupone la proscripción de la prisión perpetua, tal como se dispone en el artículo 34 Constitucional, la no instrumentalización del condenado a efectos de una prevención general y el deber del Estado de resocialización (Corte Const., 2021)

Marco conceptual

Cadena Perpetua

Constituye una pena privativa de la libertad que se prolonga hasta la muerte del condenado. Por lo regular, la cadena perpetua alude a la situación de encerrar de por vida al responsable de un determinado ilícito o delito. Esta medida se matricula en una visión represiva y funcionalista del derecho penal, pues toma a la pena como un medio de castigo o aprensión del infractor y de reafirmación del orden público. De otra parte, la agenda legislativa de la cadena perpetua se ubica dentro del fenómeno conocido como populismo punitivo, el cual tiene por objeto suscitar y amasar la aprobación social mediante la presentación de

propuestas penales populares y populistas, pero ineficaces e inadecuadas (Caceres Gonzalez, 2019).

Pena

Es una consecuencia jurídica que se deriva del reconocimiento judicial de la comisión de un delito, crimen o ilícito. La pena implica o sugiere la limitación, restricción o eliminación temporal de ciertos derechos e intereses jurídicos del condenado -libertad, libertad de locomoción, libertad de tránsito-. El ilustre pensador francés Michael Foucault sostuvo que el sistema, a través de la imposición de la pena, hacia manifiesto su dominio sobre los cuerpos. Aparte de ello, la pena no solo revela ese dominio, sino también la forma de relacionamiento entre sistema y cuerpo, la concepción que maneja la organización social respecto del cuerpo y la existencia físico-material de los individuos. De allí que las penas crueles evidencian una organización social y una afección colectiva del cuerpo sustentada en la crueldad (Mejia Gallego, 2021).

Fines De La Pena

El ordenamiento jurídico colombiano acepta como fines de la pena la prevención, protección de la víctima y la sociedad y la resocialización del condenado. Los fines de la pena hacen referencia a los objetivos políticos, sociales, jurídicos o económicos que motivan la imposición de una sanción penal. Las teorías absolutas argumentan que la pena tiene la finalidad retributiva de resarcir el daño causado por el delito a partir del castigo ejemplar del infractor de la ley penal. De otra parte, la teoría de la prevención general considera que la pena se impone en miras de persuadir al resto de la sociedad respecto de la conveniencia de no cometer delitos; la teoría de la prevención especial, observa a la pena

como la forma de escarmentar al infractor de la ley penal, de disuadirlo de reincidir en la comisión de un ilícito (Mejia Gallego, 2021).

Delito

Acción típica, antijurídica, imputable y culpable. Típica en cuanto debe estar prevista por el derecho penal; Antijurídica en razón a que viola o contraviene el derecho; imputable, significa que no existe ninguna condición que haga ponga a un individuo en incapacidad de responder por un acto ilícito cometido; y culpable, en función de que se comprobare la intención o disposición subjetiva de hacer daño o cometer el delito (Lopez Murcia , 2008).

Eficacia

Se entiende como una capacidad intrínseca de alcanzar o conseguir un objetivo concreto. El teórico del neopositivismo jurídico Hans Kelsen, sostenía que la eficacia en términos normativos y de derecho hace referencia a la capacidad de las normas de generar efectos previstos, de aplicar los supuestos de hecho prefigurados por la ley. En un sentido estricto, la eficacia de la pena podría medirse en razón de la capacidad del Estado de imponerla y ejecutarla, sin embargo, este análisis también debe considerar si con la imposición y ejecución de la sanción penal se están alcanzando los fines de la misma (Lopez Murcia , 2008).

Pertinencia

se refiere a una cualidad que señala lo adecuado, apropiado, oportuno, conveniente y congruente de una cosa o de algo en específico. La pertinencia como objeto de análisis y examinación exige un punto de referencia, sea este un contexto social, un sistema de normas o jurídico, un marco histórico, un conjunto de valores éticos, una realidad en

concreto, una necesidad. De allí que la pertinencia expresa la coherencia, adecuación, idoneidad, lógica, correspondencia y sensatez que tiene una medida frente a un conjunto de valores, un contexto, un régimen o sistema jurídico, una historia o una realidad social (Duran Leiva, 2016).

Violencia Sexual

Es un fenómeno criminal que abarca un conjunto de actos caracterizados por constreñir, vulnerar, conculcar, lesionar o suprimir la libertad y los derechos sexuales de una persona. Según la Ley 1146 de 2007, la violencia sexual contra niñas y niños comporta cualquier conducta o acto de contenido sexual que tenga por objeto agredir la integridad físico-sexual del menor de edad a través de la manipulación psicológica, la coerción física, el constreñimiento emocional y el aprovechamiento de la desigualdad física (Hurtado Saenz, Gomez Lopez, Veloza Martinez, & Urrego Mendoza, 2011).

Niños Y Niñas

Desde un punto de vista jurídico, son personas de poca edad y experiencia que gozan de una especial protección de parte del Estado y la sociedad, dada su vulnerabilidad e indefensión connatural.

Metodología

Se investigará en aras de resolver la siguiente pregunta jurídica ¿La pena cadena perpetua constituye una medida eficaz y pertinente frente a la violencia sexual contra niños y niñas? El presente trabajo alude a una investigación cualitativa-jurídica, de alcance Analítico-Descriptiva en la modalidad de estudio de general del tema; se traza como objetivo precisar o determinar relaciones causales, correlacionales, así como señalamiento de críticas y

aspectos sustanciales entre los distintos fenómenos analizados. De igual manera se sugiere examinar las fuentes bibliográficas disponibles, categorizar la situación objeto de estudio y aportar una respuesta teórica en lo referente a los objetivos generales y específicos planteados. La investigación se hace con base a una recopilación documental y tendrá las siguientes fases:

-Recaudación de datos, contenidos, información: reunión de datos, información, contenidos e información encontrado en fuentes bibliográficas como textos teóricos y doctrinarios, revistas indexadas, normas nacionales e internacionales, jurisprudencia etc.

-Análisis crítico de la información recopilada: clasificación de la información funcional contenido en las fuentes bibliográficas. Posterior a ello, observación pormenorizada de la información de modo que puedan producirse ciertas reflexiones, discernimientos, hipótesis, apreciaciones críticas, correlaciones.

-Organización teórica de datos e información: Decantar la problemática a la luz de la información hallada. Además, ordenación y contrastación teórica de la información, esto, bajo el supuesto de dar una respuesta fundamentada a las preguntas.

Desarrollo de los objetivos

Pertinencia y eficacia de la pena de cadena perpetua a la luz de la teoría del derecho penal

El artículo 1 de la Constitución Política de 1991 anuncia que Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, entre otros aspectos. De hecho, la

Corte Constitucional, en sentencia T-291 de 2016 Expediente T-5.350.821, otorga una doble acepción a la dignidad humana, esto es, como principio fundacional del Estado Social de Derecho, y como derecho fundamental. El principio de dignidad humana se sustenta en tres elementos esenciales: (i) la dignidad humana como expresión de la autonomía individual, del reconocimiento de la libertad de cada persona de determinar su propio destino (ii) la dignidad humana comprendida como el derecho a vivir en unas condiciones materiales básicas y (iii) la dignidad humana como una noción metajurídica que atraviesa e inspira todo el ordenamiento jurídico. De otra parte, el derecho a la dignidad humana ordena que toda persona debe recibir de los demás, de la sociedad y del Estado un trato digno y respetuoso (Corte Const., 2016)

Desde un punto de vista teórico, la dignidad humana, además de posibilidad de autodeterminación, de condiciones materiales básicas y ponderables de existencia, de principio ético de toda organización social y de derecho a ser tratado de manera respetuosa y decorosa, constituye un mandato que ordena valorar al ser humano como un fin en sí mismo, y no como un medio para alcanzar otros objetivos. De allí que la dignidad humana rechaza cualquier noción instrumental del ser humano. De lo anterior, se deriva que la dignidad humana implica necesaria ineluctablemente el reconocimiento efectivo de los derechos de libertad e igualdad. Por tanto, la opresión, dominación, explotación, exclusión, empobrecimiento y discriminación son adjetivos incompatibles con la dignidad humana (Habermas, 2010).

La cadena perpetua se encuentra prohibida de manera expresa por el 34 de la Constitución Nacional. El Máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional, en sentencia C-294 de 2021 Expedientes acumulados D-13.915 y D-13.945, estudia una demanda de

inconstitucionalidad interpuesta contra el Acto Legislativo 01 de 2020 «por medio del cual se modifica el artículo 34 de la constitución política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable». En esta ocasión, la Corte resuelve declarar la inexecutable absoluta de la disposición demandada tras considerar que la prisión perpetua se opone a uno de los fines esenciales de la pena privativa de la libertad: la resocialización del infractor de la ley penal. La pena no sugiere la eliminación definitiva de los derechos y libertades del condenado, sino apenas su limitación racional y necesaria. No cabe duda que la cadena perpetua parte de esa premisa inconstitucional de cancelación de los derechos y libertades, en consecuencia, niega la posibilidad de resocialización (autodeterminación), y reintegración e inclusión a la vida en sociedad (Corte Const., 2021).

Vale la pena recordar que el derecho penal colombiano está fundado sobre una dogmática de derecho penal mínimo o de última ratio y de reconocimiento de la dignidad humana de las víctimas y de las personas condenadas por la comisión de los delitos tipificados en la norma penal. La cadena perpetua comporta un retroceso dentro del proceso de humanización de la pena y desconoce por completo el fin de resocialización de la pena. La cadena perpetua viola el mandato constitucional de prohibición del establecimiento de penas crueles, inhumanas y degradantes, tras negar la posibilidad de reintegración del condenado a la vida social, y su derecho a recibir un trato respetuoso y decoroso (Sotomayor Acosta & Tamayo Arboleda, 2017).

Ley 599, 2000 por la cual se expide el Código Penal, en su artículo 4, estatuye “*La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado*” (Corte Const., 2000. Art. 2000). En el

siguiente recuadro, se conceptualiza, cada uno de los fines legales y constitucionales de la pena o sanción penal:

FIN DE LA PENA	DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL
Prevención general	Se condena e impone la pena al responsable de la infracción penal para mostrar a la sociedad en su conjunto la efectividad del ius puniendi del Estado. Otrora, la prevención general se proponía la persuasión de la comunidad en su conjunto respecto de la dureza y eficacia del derecho penal, esto en aras, de retraer la conducta del potencial infractor (Meini, 2013).
Retribución Justa	La pena debe ser proporcional a la gravedad del delito cometido. Esto significa que delitos más gravosos merecen una mayor reprobación punitiva que aquellos delitos menos lesivos y destructivos. En lo penal, la justicia retributiva debe observar la proscripción de las penas crueles, degradantes e inhumanas y la cadena perpetua, de modo que no se justifica alegar la proporcionalidad para justificar la adopción de una medida de prisión vitalicia

	o cualquier otra que ofenda la dignidad humana del condenado (Triana & Ivan, 2017).
Prevención especial	La pena debe conseguir que el condenado no reincida en la conducta y/o no revictimice a su víctima. De allí, que el juez de conocimiento de acuerdo a un análisis del nivel de peligrosidad del hallado responsable por la comisión de un ilícito, decida si imponer o no, una medida privativa de la libertad en centro intramural, domiciliaria o condicional (Meini, 2013).
Resocialización	La pena no persigue el castigo o la venganza colectiva, sino la reeducación, adaptación, reintegración y resocialización del infractor de la ley penal. De modo que los centros carcelarios o penitenciarios deben brindar espacios de aprendizaje, atención y acompañamiento psicológico y psiquiátrico, programas de formación y educación que permitan al condenado reestructurar sus valores, aprehender habilidades de convivencia, empatía, compromiso y

	trabajo (Sanguino Cuellar & Baene Angarita, 2015).
--	--

Tabla de elaboración propia

La medida de cadena perpetua a partir de un enfoque criminológico garantista

La escuela criminológica del garantismo nace con la tradición liberal del Derecho Penal. A finales del siglo XVIII, el teórico italiano Cesare Beccaria argumentó que la pena no podía fundarse en el castigo o sanción del infractor -su dolor o mal retribuido por haber cometido un crimen-, sino en la necesidad de proteger a la sociedad y garantizar el mantenimiento efectivo de un orden público. Durante ese periodo retorna con fuerza el principio clásico de derecho romano de ‘no hay pena sin delito, y no hay delito sin ley’, hoy conocido como principio de prescripción legal de la norma penal (Beccaria, 2015). Allí surgieron las nociones garantistas de juez natural, debido proceso, derecho de contradicción, derecho a la prueba y dignidad humana.

El también italiano, Alessandro Baratta, creó, a mediados del siglo XX, la noción de derecho penal mínimo o de última ratio. A raíz del reconocimiento de las causas sociales, económicas y políticas del delito, se puso en evidencia el corto alcance o la ineficacia de la pena frente a la conjuración definitiva del fenómeno de delincuencia. La consagración normativa de un listado generoso de libertades y garantías individuales hizo que el ius puniendi empezara a girar alrededor de una nueva racionalidad del poder (Baratta, 2004).

Ahora bien, el primero en acuñar el concepto de garantismo penal fue el egregio pensador Luigi Ferrajoli, quien, aparte de formular su teoría sobre la base del liberalismo

político, propuso una normativización del ius puniendi centrada en el respeto de la dignidad humana, la proscripción de tratos crueles, inhumanos y degradantes, la humanización progresiva de las penas, la observancia rigurosa de las garantías propias del proceso penal y la adopción de unos fines de la sanción penal que valorasen al ser humano como un fin en sí mismo y no un simple instrumento de razones y propósitos elevadísimos (Ferrajoli, 2010).

Contrario a lo anterior, la cadena perpetua connota una propuesta represiva y regresiva, que proviene de una visión eminentemente funcionalista del Derecho Penal, anclada en la profusión irracional de nuevos tipos penales, la implantación de un régimen social del control y la vigilancia y el endurecimiento de las sanciones. La agenda política de la cadena perpetua, desestima el fin de resocialización de la pena, y supone la existencia de un derecho penal de uso común y ordinario, sin límites, desbordado. La teoría crítica del derecho penal, enmarca esta clase de propuestas dentro del fenómeno conocido como populismo punitivo, el cual, se caracteriza por la difusión de discursos políticos que atraen la simpatía de las masas a través del ofrecimiento de soluciones punitivas a problemas sociales (Uribe Barrera, 2012).

Dogmática jurídica y teoría de la violencia sexual contra niños y niñas

El Código Penal colombiano, establece en su artículo 205 que quien acceda carnalmente a otra persona sin contar con su consentimiento o de manera violenta, tendrá que pagar, de ser condenado, una pena privativa de la libertad de ocho (8) a quince (15) años. En esa misma línea, el artículo 211 de la ley penal, cataloga el acceso carnal violento que se realiza contra menor de 12 años como una circunstancia típica de agravación punitiva (Código Penal., 2000. Art. 205).

En el ámbito de la prevención, se promulga la Ley 2137 de 2017 por la cual se crea el Sistema Nacional de Alertas Tempranas para la Prevención de la Violencia Sexual contra los niños, niñas y adolescentes cuyo objeto es la institucionalización del Sistema Nacional de Alertas Tempranas para la Prevención de la Violencia Sexual contra los Niños, Niñas y Adolescentes... el cual tiene por objeto establecer medidas coordinen la identificación, atención, prevención y reducción de los principales factores de riesgo de violencia sexual contra los menores de edad en Colombia (Ley 2137., 2017. Art. 3).

La 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, en su artículo 8 referido a las acciones institucionales de prevención, dispone que el Gobierno Nacional con colaboración del Instituto Nacional de Radio y Televisión, promoverá entre usuarios y proveedores una política permanente de difusión de información referida a los derechos sexuales de las niñas y niños y enfocada a la prevención de la ocurrencia de delitos sexuales contra esta población vulnerable. Para ello, se tendrán en cuenta los siguientes criterios: (i) sensibilización, orientación y concienciación respecto de la existencia de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes (ii) Aportación de herramientas jurídicas de defensa y protección efectivas a los niños, niñas y adolescentes (iii) hacer pedagogía entre los niños, niñas y adolescentes en lo relacionado al procedimiento y competencia de recepción de demandas por situaciones de abuso o violencia sexual (iv) instruir a los niños, niñas y adolescentes frente a la gratuidad y universalidad del derecho a la salud (Ley 1146., 2007. Art. 8).

La Corte Constitucional, en Sentencia T-731 de 2017 Expediente T. 6.327.022, recordó el carácter prevalente de los derechos de los niños y niñas, tomando especial

consideración de su situación físico natural de vulnerabilidad e indefensión frente a las amenazas propias de un mundo marcado por un contexto social altamente conflictivo. La política nacional de protección de los niños debería ser un eje transversal a todos los programas institucionales de garantía de derechos fundamentales y prestación de servicios públicos. Este tribunal sostiene que la familia, sociedad y Estado, son corresponsables del crecimiento, formación y desarrollo pleno e integral de la niñez en Colombia. La satisfacción efectiva de las necesidades e intereses de los niños y niñas depende en gran medida de la promoción permanente y sistemática de sus derechos fundamentales especiales, de la aplicación de programas pedagógicos y de difusión que tengan la capacidad de llegar a diversos espacios, zonas y sectores sociales, sobre todo aquellos donde aún se tiene la concepción del rol secundario de la niñez. Pese a que la Constitución Política de 1991 consagra el interés superior del menor, se puede vislumbrar que las instituciones públicas y privadas poco se preocupan por fomentar e impulsar líneas de acción en favor de las potencialidades de los niños, de sus cualidades particulares y talentos (Corte Const., 2017).

El mismo despacho judicial, en reciente Sentencia C-349 de 2021 Expediente No D-14172 declaró la inconstitucionalidad del Acto legislativo No 1 de 2020, el cual impuso una cadena perpetua, revisable a los 25 años, para violadores y asesinos de niñas y niños. Al respecto, la corporación sostuvo que la aplicación de esta medida violaría el principio de dignidad humana contenido en la Constitución Política de 1991, cuyo mandato normativo proscribía la prisión perpetua, tal como se dispone en el artículo 34 Constitucional; la no instrumentalización del condenado a efectos de una prevención general y el deber del Estado de resocialización (Corte Const., 2021).

Conclusiones

La medida de cadena perpetua contra agresores sexuales de niñas y niños no es pertinente en cuanto a que resulta siendo incoherente, inadecuada, asimétrica e inconveniente frente al sentido de los principios, valores y finalidades constitucionales del derecho penal colombiano. Cabe advertir que la cadena perpetua comporta un desconocimiento grosero del principio y derecho fundamental a la dignidad humana, a la prohibición constitucional de la prisión perpetua y las penas crueles, degradantes e inhumanas. Una pena vitalicia de privación de la libertad no constituye una limitación a los derechos y libertades del individuo, sino una supresión definitiva e irreversible de los mismos. Sin lugar a dudas, ello niega el derecho del individuo a recibir un trato digno y respetuoso de parte de los demás, la sociedad y el Estado. Por último, conviene advertir que la propuesta, contraviene el principio de ultima ratio del derecho penal colombiano, la tesis de derecho penal mínimo, el proceso de humanización de las penas y la racionalidad sustancia que ordena considerar al ser humano como un fin en sí mismo; de otro lado, la medida también termina siendo ineficaz respecto de la materialización de los siguientes fines esenciales de la pena: prevención general, retribución justa y resocialización del infractor de la ley penal. Lejos de persuadir a los potenciales agresores sexuales de niñas y niños, la medida genera miedo y propicia que el infractor en aras de evadir la cadena perpetua desaparezca a su víctima de violencia sexual. La retribución no es justa en razón a que enmarca una pena incompatible con las normas de mayor valor jurídico del derecho interno: dignidad humana, prohibición de prisiones perpetuas y de penas crueles, inhumanas y degradantes. Por último, la cadena perpetua elimina el fin de resocialización de la pena.

No cabe duda que la propuesta de elevar la cadena perpetua a categoría de pena contra agresores sexuales de niñas y niños se circunscribe en una agenda política contraria al garantismo penal. La agravación o endurecimiento de las penas, la creación de nuevos tipos penales, la observación meramente punitiva de los fenómenos sociales y la recurrencia común al *ius puniendi*, son elementos incompatibles con una noción garantista del derecho penal. Parece necesario manifestar que esa clase de propuestas no se adecuan a los principios, valores y finalidades del ordenamiento jurídico nacional, y solo sobreviven gracias a que una porción significativa del imaginario colectivo aún confía en la capacidad del derecho penal para reversar fenómenos sociales negativos.

Insistir en la agravación y endurecimiento de las penas respecto de un determinado delito, de algún modo revela un desinterés administrativo por formular políticas integrales que tengan la capacidad de conjurar los problemas sociales desde un punto de vista causal. La superación de un fenómeno de delincuencia no es un problema de anomia, de ausencia de penas ejemplares o de inexistencia de unas instituciones policivas y de persecución del delito, sino del mantenimiento de áreas sociales deprimidas, sectores de la comunidad en estado de vulnerabilidad.

Referencias Bibliográficas

- Afanador Contreras, M. I., & Caballero Badillo, M. C. (2012). *La violencia sexual contra las mujeres. Un enfoque desde la criminología, la victimología y el derecho*. Revista Reflexion Politica Vol 14 No 27, 27-47.
- Baratta, A. (2004). *Principios de Derecho Penal Minimo* . Buenos Aires: Editorial B de F.
- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y las penas*. Madrid : Universidad Carlos III.
- Caceres Gonzalez, E. (2019). Prisión perpetua en Colombia. Análisis de las iniciativas legislativas para su autorizacion y de los argumentos racionales para su incorporacion en el ordenamiento colombiano. *Revista Nuevo Foro Penal*, 93, 112-136.
- Calbet, N. (2018). *La violencia sexual en Colombia, mujeres victimas y constructoras de paz*. Barcelona: Instituto de Derechos Humanos de Catalunya.
- Canton Cortes, D., & Cortes, M. (2015). Consecuencias del abuso sexual infantil: una revision de las variables intervinientes.
<https://dx.doi.org/10.6018/analesps.31.2.180771>.
- Congreso de la Republica. (2000). *Ley 599. por la cual se expide elCodigo Penal*. Bogota, Colombia.
- Congreso de la Republica . (2017). *Ley 2137. por la cual se crea el sistema nacional de alertas tempranas para la prevencion de la violencia sexual contra los niños, niñas y adolescentes*. Bogota, Colombia.

Congreso de la Republica. (2007). Ley 1146. *por medio de la cual se expiden normas para la prevencion de la violencia sexual y atencion integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente*. Bogota, Colombia.

Corte Constitucional. (2016). Sentencia T-291. *Expediente No T-5.350.821*. Bogota, Colombia.

Corte Constitucional. (2017). sentencia T-731 . *Expediente T.6.327.022*. Bogota, Bucaramanga.

Corte Constitucional. (2021). Sentencia C-294. *Expedientes acumulados D-13.915 y D-13.945*. Bogota , Colombia.

Corte Constitucional. (2021). Sentencia C-349. *Expediente No D-14172*. Bogota, Colombia.

Duran Leiva, P. (2016). *El concepto de pertinencia en el derecho probatorio en Chile*. Valdivia: Universidad Austral de Chile.

El Confidencial. (19 de julio de 2020). *El devastador informe del Dane sobre violencia sexual contra las niñas en Colombia*. Obtenido de <https://confidencialcolombia.com/lo-mas-confidencial/informe-violencia-de-genero-ninas-colombia/2020/07/19/>

Ferrajoli, L. (2010). Garantismo Penal. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 32, 209-211.

Habermas, J. (2010). *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*. Francfort: Fondo de Cultura Economica.

Hoyos, C., & Medina, M. (2013). *Represion de la violencia sexual en Colombia y justicia internacional*. Bogota: Edicion Abogados sin fronteras.

Hurtado Saenz, M. C., Gomez Lopez, C. P., Veloza Martinez, E. G., & Urrego Mendoza, Z. C. (2011). *Violencia sexual en Colombia*. Bogota: Universidad Nacional de Colombia.

Infobae. (4 de Febrero de 2021). *Según Medicina Legal, en 2020 se presentaron 15.359 casos de violencia sexual a menores*. Obtenido de <https://www.infobae.com/america/colombia/2021/02/04/segun-medicina-legal-en-2020-se-presentaron-15359-casos-de-violencia-sexual-a-menores/>

La FM. (20 de Enero de 2020). *Más de 25 mil niños fueron víctimas de abuso sexual en 2019*. Obtenido de <https://www.lafm.com.co/entretenimiento/mas-de-25-mil-ninos-fueron-victimas-de-abuso-sexual-en-2019>

Lopez Murcia , R. (2008). Sobre la eficacia (otra lectura de los delitos). *Derecho y Realidad No 11*, 122-130.

Marquez Cardenas, A. (2007). La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria. *Revista Prolegomenos. Derechos y Valores Vol. X No 20*, 23-50.

Meini, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Revista de la Facultad de Derecho No 71 de la Universidad Pontificia Catolica del Peru*, 142-158.

Mejia Gallego, M. (2021). *Fines y funcion de la pena*. Bogota: Universidad Catolica de Colombia.

- Muñoz Tejada, J. A. (2009). Populismo punitivo y una verdad construida. *Revista Nuevo Foro Penal No 72*, 12-30.
- Orjuela Lopez, L., & Rodriguez Bartolome, V. (2012). *Violencia sexual contra los niños y las niñas. Abuso y explotacion sexual infantil*. Madrid: Edita Save The Children.
- Republica de Colombia. (1991). *Constitucion Politica*. Bogota, Colombia.
- Sanguino Cuellar, K. D., & Baene Angarita, E. M. (2015). La resocialización del individuo como función de la. *Revista Academia & Derecho*, 7 (12), 25-40.
- Sotomayor Acosta, J. O., & Tamayo Arboleda, F. L. (2017). Dignidad humana y derecho penal: una difícil convergencia. Aproximacion al contenido constitucional de la norma rectora del articulo 1 del Codigo Penal Colombiano. *Revista de Derecho No 48*, 21-40.
- Triana, R. A., & Ivan, G. A. (2017). *La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana*. Bogota: Editorial Ibañez.
- Uribe Barrera, J. P. (2012). ¿Puede hablarse en Colombia de populismo punitivo? . *Revista Nuevo Foro Penal Vol. 7, No. 78-Universidad EAFIT*, 70-106.
- Velandia Montes, R., & Gomez Jaramillo, A. (2018). Cadena perpetua y prediccion del comportamiento. Un analisis de la delincuencia en contra de menores de edad y la politica penal en Colombia. *Revista Republica No 25*, 241-262.