

**CONSTITUCIONALIDAD DE LAS PROHIBICIONES DE BENEFICIOS Y
SUBROGADOS PENALES CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 199 DEL
CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN COLOMBIA**

INVESTIGADORA

Jael Cárdenas Cárdenas

DOCENTE

Dr. Leonel Mauricio Peña Solano.

Profesor Pos-grado, investigador y docente

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO

Bogotá, 2018

Contenido

	Pág.
Introducción.....	3
CAPÍTULO UNO: Dimensión del problema.....	8
CAPÍTULO DOS: Marco Doctrinal y Normativo.....	18
- Marco doctrinal.....	18
- Marco Legal y Jurisprudencial.....	22
CAPÍTULO TERCERO: Principios, derechos y garantías constitucionales desde la perspectiva de derechos humanos.....	30
-Estado Social de derecho.....	34
- Garantismo Contemporáneo.....	35
- Principio de Proporcionalidad.....	38
- Principio de Igualdad ante la ley.....	42
- Principio de la última ratio.....	48
- Constitucionalidad de las normas Penales.....	49
CAPÍTULO CUARTO: Acercamiento a los elementos de la política criminal.....	53
- Fin legítimo de la pena.....	58
- Línea evolutiva del aumento de penas en Colombia.....	62
Conclusiones.....	64
Bibliografía.....	72

INTRODUCCIÓN

La presente tesis tiene como objetivo principal establecer la constitucionalidad de las prohibiciones de beneficios administrativos y subrogados penales contenidos en el artículo 199 de la ley 1098 del 2006, Código de la infancia y la adolescencia, por cuanto si bien estos preceptos legales pretenden proteger al menor de delitos ponderados por él legislador como graves contra ellos en la modalidad de dolo. No puede ser entendida como el desconocimiento de los derechos y garantías fundamentales de las personas acusadas o condenadas, y contribuyendo al hacinamiento carcelario y penitenciario del país.

Esta investigación es asumida desde el ámbito constitucional, el garantismo, la política criminal y la realidad del “Estado de cosas inconstitucionales de las cárceles colombianas”, por la sobrepoblación a consecuencia de la drástica política penal que va en contravía de una verdadera política criminal, temáticas que se evidencian en el desarrollo de contenido de la tesis.

En el capítulo primero se realiza una síntesis en la que se describe la dimensión del problema, por cuanto al vulnerar el debido proceso del encausado en igualdad de condiciones, con otros infractores de la ley penal, se desconoce la función resocializadora de la pena y se olvida que el derecho penal es la última *ratio*. En el segundo capítulo se hace referencia a los fundamentos doctrinales, normativos, legales y jurisprudenciales que desarrolla la temática planteada en el trabajo desde la realidad de la administración de justicia. En el tercer capítulo se hace un análisis de los elementos de la política criminal, determinando el estado de cosas inconstitucionales que se

configuran al tener una restricción legal cuando se trata de delitos sexuales cometidos contra menores. Así mismo, en el capítulo final de la tesis se establece un acercamiento a los elementos de la política criminal y se culmina con los argumentos con los que luego de realizado el estudio y análisis propuesto, se logra establecer que las prohibiciones contenidas en el artículo 199 de la ley 1098 del 2006, Código de infancia y adolescencia, se constituyen en inconstitucionales y por lo mismo deben dejarse sin efectos.

El presente estudio documental es una investigación que se constituye en un antecedente en el que se propone una reforma legislativa, en la que en aplicación del debido proceso y la observancia de derechos fundamentales, se supriman las prohibiciones contenidas en el artículo 199 del Código de infancia y adolescencia, cuando los infractores de la ley penal cometan delitos contra menores de edad, esto por cuanto tales prohibiciones no representan ninguna solución a la comisión de delitos contra menores de edad, sino que por el contrario configuran una vulneración del debido proceso y de derechos fundamentales de los infractores de la ley. Ello, teniendo en cuenta que el presente trabajo de investigación tiene como objetivo evidenciar las razones por las cuales se hace necesario la modificación de la ley 1098 de 2006 en lo que se refiere al objeto del presente estudio.

RESUMEN

El presente trabajo de grado objeto de esta investigación, tiene como fin abordar las prohibiciones de beneficios y subrogados penales en la ley de Infancia y adolescencia (ley 1098 de 2006) desde la perspectiva de su in-constitucionalidad, haciendo un estudio jurisprudencial y doctrinal que nos lleven a establecer porque su aplicabilidad es desproporcionada y contraria los principio rectores en un estado social de derecho, a una política criminal mal establecida del sistema penal colombiano con prohibiciones más allá de las normas ordinarias, sustanciales y procedimentales. Desencadenado un inflacionismo penal y la sobre carga del sistema. Por eso, siempre resultará procedente hacer investigación sobre esta problemática legislativa que genera estado de cosas inconstitucionales al momento de ser aplicadas a nuestra realidad.

La exequibilidad de las prohibiciones de beneficios administrativos y subrogados penales contenidos en el artículo 199 de la ley 1098 del 2006, fue establecida por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-738 de 2008, haciendo uso del test de constitucionalidad basado en la libertad de configuración legislativa; señalando con claridad que su inconstitucionalidad devendría que si se comprueba la no procedencia del principio de oportunidad resultara desproporcionada, irrazonable o contraria a la institución misma. Desde la estructura del trabajo se desarrollan los capítulos encaminados a establecer un estado del arte desde el constitucionalismo, el garantismo y la política criminal, para evidenciar que si bien se ha declarado la exequibilidad del artículo 199 numeral 3º del Código de Infancia y Adolescencia, se inhibió de proferir un fallo de fondo frente a los numerales 7º y 8º de la mencionada norma. Es así que tal

legislación es incongruente al fin legítimo de protección del menor en Colombia por vía del derecho penal.

Palabra Claves: Constitucionalidad, prohibiciones, beneficios penales, Código de Infancia y Adolescencia.

ABSTRAC

The present work constitutionality of the prohibitions of criminal benefits and subrogates contained in article 199 of the Code for Children and Adolescents in Colombia, object of this investigation, has like purpose to approach the prohibitions of benefits and penal subrogated in the law of Childhood and adolescence (law 1098 of 2006) from the perspective of its in-constitutionality. Fair, the criminal inflationism and the overload of the Colombian penal system with prohibitions beyond the substantial and procedural ordinary norms, is a characteristic of the penal legislation. Therefore, it will always be appropriate to do research on this legislative problem that generates a state of unconstitutional things when applied to our reality.

The Constitutionality of the prohibitions of administrative benefits and subrogations penal contained in the article 199 of the law 1098 of the 2006, was established by the Constitutional Court by means of the sentence C-738 of 2008, making use of the test of constitutionality based on the freedom of configuration legislative clearly indicating that its unconstitutionality would result if it were disproportionate, unreasonable or contrary to the institution itself (in that case the principle of opportunity). From the structure of the work are developed the chapters aimed at establishing a state of the art from the constitutionalism, the guarantee and the criminal policy, to demonstrate that although

the exequibilidad of the article 199 of the Code for Children and Adolescents has been declared, the norm It has become ineffective, since sexual crimes against minors continue to increase. Thus, such legislation is disproportionate to the legitimate end of child protection in Colombia through criminal law.

Keyword: Constitutionality, prohibitions, criminal benefits, Code for Children and Adolescents.

CAPÍTULO UNO

Dimensión del problema

En Colombia se ha evidenciado una regulación legal de las conductas de las personas a nivel individual y respecto de su interacción con las otras personas que integran la sociedad, estableciendo sanciones a consecuencia de la afectación de bienes jurídicamente tutelados, ya sea por cuanto se despliegan acciones dolosas o culposas, o por responsabilidad objetiva cuando se trata de actividades peligrosas, máxime si se trata de poblaciones en condición de vulnerabilidad manifiesta, como lo es el caso de los niños. (Afanador, 2002, p. 63)

Respecto de los derechos y las garantías de los menores de edad, la legislación interna ha venido realizando grandes modificaciones que parten de la Constitución Política de Colombia de 1991, donde de manera expresa, se establece un articulado que consagra la protección de los niños, niñas y adolescentes, dentro del marco de un Estado Social de Derecho, como un derecho de rango superior. (Hernández, 2011, p. 24).

Se observa en la nueva normatividad el establecimiento de parámetros garantistas, según los cuales, el interés superior de los niños prevalece sobre cualquier otro derecho; razón por la cual se analiza permanentemente la aplicabilidad eficiente del engranaje jurídico a nivel nacional.

Ahora bien, en concordancia con lo anterior, Colombia, como Estado Social y Democrático de Derecho, propende por la efectivización de los derechos de los niños; en tal sentido, establece políticas familiares, sociales, económicas y jurídicas que

orientan las decisiones que los afectan. “Ya desde el año 1998, al menor se le otorgaron una serie de prerrogativas con el fin de establecer mecanismos de protección, tanto a nivel nacional como internacional, con el fin de garantizarle un mejor bienestar”. (Galvis, 2009, p. 54)

No obstante, a consecuencia de lo expuesto, los menores se vienen haciendo partícipes de ésta realidad, bien como víctimas o como victimarios, y fue de aquí principalmente de donde surgió la necesidad imperante de establecer una codificación especial que regulara y sancionara tales eventos dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo expuesto, con la aprobación de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la adolescencia, en el que se “establece la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se reafirma la responsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado, en cuanto a la materialización de los derechos de éste segmento poblacional, siendo estos los agentes responsables del goce de derechos y garantías, en condiciones dignas, respondiendo a las exigencias estatuidas en la Norma Superior”. (Vargas, 2009, p. 65).

En concordancia con lo argumentado, la responsabilidad tripartita a la que se hace alusión en el párrafo anterior, implica reconocer que siendo la familia la primera sociedad a la que llega el individuo, es sobre ella que recae la responsabilidad de generar en la persona, como titular de derechos y deberes, principios y valores, los cuales al ser puestos en acción al interactuar con otros propendan siempre por la convivencia pacífica en sociedad, a partir del rol que se cumple dentro del Estado.

Los avances legislativos descritos obedecieron a una realidad prevalente que se evidencia en Colombia como lo es el flagelo de la violencia, en el que primordialmente las víctimas son los menores de edad y la población en condición de vulnerabilidad; quienes se encuentran en circunstancias de indefensión y, por lo mismo, merecen mayor protección por parte del Estado. (González y Molinares, 2010, p. 43).

Así, con la expedición del Código de Infancia y adolescencia, queda establecido el pleno respeto de los derechos y garantías de los niños, a partir de la consolidación de un ambiente armonioso sin discriminación, materializando las normas sustantivas y procesales para su protección.

Este nuevo Código, regula las diferentes formas de protección y estipula en su artículo 9, que los derechos de los niños, niñas y adolescentes son prevalentes con respecto a los Derechos de los demás. Esto obliga a los agentes mencionados a garantizarles a ellos, la satisfacción integral y simultanea de todos sus derechos y garantías, los cuales ya fueron establecidos, no solamente en la normatividad nacional, sino en la internacional, debiendo ser respetada por lo países que se han firmado y ratificado la convención sobre los derechos del niño en 1989. (López, 2015, p. 54).

Todo lo anterior, se establece en beneficio de los niños, niñas y adolescentes quienes en realidad venían siendo objeto de vulneración de sus derechos, por lo cual el legislativo da respuesta a esta realidad, estableciendo un proceso en el que se debe integrar la familia, la sociedad y el Estado.

Partiendo del concepto de Estado Social de Derecho, que es la columna vertebral del ordenamiento constitucional y legal colombiano, este trajo consigo reformas trascendentales que la Asamblea Nacional Constituyente de 1.991 imprimió, razón por la cual, es de gran importancia enumerar entre varios, el que ahora nos ocupa, denominado el establecimiento de la igualdad ante la ley, que desde el mismo preámbulo sienta sus bases de su expresión normativa y vinculante para todos los colombianos y residentes en nuestro territorio. Principio superior que se consagra en el artículo 13 de la Constitución, así: “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación”. (Const., 1991, art. 13)

La igualdad constitucional descrita está basada en la democracia, el respeto a la dignidad humana, y en un orden justo. Prosiguiendo con la Ley 1098 del 2006, Código de la infancia y la adolescencia, se hacía necesaria su expedición, por cuanto debía regularse de manera específica la materia. Se parte de que éste es un proceso en construcción, y por lo mismo, no es suficiente con lo que hasta ahora se ha avanzado. Por el contrario, es procedente aunar esfuerzos desde los distintos ámbitos, agentes y organismos políticos, sociales, culturales, religiosos, militares, policiales, públicos y privados, en pro del establecimiento de políticas públicas y privadas que efectivicen los derechos de los niños, niñas y adolescentes, máxime si se encuentran en condición de vulnerabilidad. (Ley 1098, 2006).

Realizada esta contextualización del surgimiento y aplicación de la Ley 1098 del 2006, Código de la infancia y la adolescencia, se precisa en el artículo 199, objetivo

principal del presente estudio. En éste se estipula la prohibición de beneficios administrativos y subrogados penales a quienes estén siendo investigados y sean condenados por delitos cometidos contra menores de edad, entre ellos los contemplados en el título IV, Capítulo Primero, denominados delitos contra la Libertad Integridad y Formación Sexual. Aunado a ello, se establece un aumento excesivo de penas según lo establecido en la leyes 890 de 2004, que hace aumento generalizado de penas y la 1236 de 2008 en sus artículos 4° y 5°, que modificaron el Código penal en los artículos 208 y 209, actos y acceso sexual con menor de 14 años, situación que redundo en que la citada norma, que prohíbe beneficios y subrogados, atente contra los principios de proporcionalidad, dignidad humana, igualdad, y de no discriminación (Ley 1098, 2006)

En Colombia, respecto de los delitos cometidos contra los menores de edad, la legislación esta cimentada en la protección de los derechos de estos. Esta es la razón del Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, donde en su título II, capítulo único, contempla lo siguiente: *“procedimientos especiales cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos”* Es decir, que el artículo 199 de este código, desarrolla un sinnúmero de prohibiciones que han llevado al desconocimiento de garantías y derechos de los sentenciados y procesados, por cuanto estos son irrenunciables; realidad que va en contra vía de las garantías de la Constitución Política de Colombia, al considerar que a estos trasgresores, no se les puede conceder ni beneficios administrativos ni subrogados penales. (Jiménez, 2012, p. 34).

No obstante, al no permitir a los trasgresores de la ley penal los beneficios y subrogados penales, tratándose de delitos cometidos contra menores de edad, como lo

prevé el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006; no sólo se considera que va en contravía del Estado Social de Derecho, sino que también, crea procedimientos especiales y sanciones más severas, configurándose con ello un derecho penal de autor, por cuanto al procesado se le debe imponer una condena de modo fatal e inevitable y no buscar un fin resocializador.

Ahora bien, con la emisión de sentencias condenatorias, “no se ha logrado dar solución, ni mitigar el problema. Obsérvese que ni el aumento punitivo, ni la negación de subrogados penales, ni administrativos a esos trasgresores, han coadyuvado a aminorar tales conductas”. (Sanabria, Barreto, González, Moreno, y Pinzón, 2013, p. 34).

Lo anterior deja en evidencia la necesidad de crear una política criminal más ajustada a la realidad social, que propenda por el respeto de los derechos y garantías establecidas en la Norma Superior y en Tratados Internacionales que hacen parte al Bloque de Constitucionalidad. La norma en comento (ley 1098 de 2006), evidencia que la administración de justicia y el mismo legislador deben emitir normas que permitan una adecuada administración de los recursos físicos y económicos, y su quehacer debe estar encaminado a preservar el bien común de los conciudadanos.

Ahora bien, en Colombia los delitos sexuales cometidos contra los menores de edad, se han venido conociendo desde tiempos remotos. Sin embargo, las cifras respecto a este tipo de delitos eran muy mínimas en relación con las que se reflejan actualmente; pasando en el 2003 de 11.886 casos, a 22.519 casos, en el 2017, según datos de medicina legal.

Es así que la política criminal que prohíbe los beneficios y subrogados penales del Código de la Infancia y la Adolescencia, endureció las penas a los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, sin que la medida haya logrado que estos casos disminuyeran, por el contrario, las cifras indican que estos se han incrementado. (Arcila, Castaño, Osorio y Quiroz, 2013, p. 87)

Aunado a lo anterior, si se analizan las cifras reportadas en periodos anteriores a la vigencia de esta nueva ley, comparadas con las presentadas actualmente, se puede concluir que el sistema criminal creado con el fin de combatir este tipo de delitos, se constituye en un sistema ineficaz, por cuanto la participación en este tipo de delitos se ha incrementado. Verbigracia, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el año 2004, en su informe reportó lo siguiente:

“el delito sexual aporta una suma significativa de casos. En el 2004, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, realizó 17.912 reconocimientos médico-legales, directos e indirectos, observándose un incremento con respecto al año anterior de 3.673. Esto significa que porcentualmente se elevó en un 25,8%. En cuanto a las víctimas causa gran preocupación el hecho de que el 84,3%, son menores de edad. Este grupo que comprende desde los 0 a los 17 años, registró 14.434 casos. Comparando esta cifra con la registrada en el año 2003, 11.886 casos, encontramos que se incrementó en un 21,4%. (p. 32).

Ahora frente a las cifras del año 2017, medicina legal indico un aumento de 9.2% en comparación con el año anterior 2016, en delitos sexuales contra menores de edad registrándose entre los 0 y 4 años 2.530 casos, entre los 5 y 9 años 5.283, casos entre los 10 y 14 años 9.240 casos y entre los 15 y 17 años 2.539.

Según Cobo del Rosal (2005), se entiende que en la actualidad los sujetos pasivos y activos de los delitos sexuales en Colombia contra menores, obedece principalmente a la consolidación de afectación a bienes jurídicamente tutelados y específicamente a la indemnidad sexual o intangibilidad sexual, como bien jurídicamente tutelado. (p. 56)

Por otra parte, se logra identificar que los principales agresores de las víctimas de delitos sexuales son personas conocidas y cercanas al núcleo familiar. De esta manera cabe señalar que los padrastros, padres, otros familiares civiles y consanguíneos, tíos, primos abuelos, hermanos, cuñado, esposo, ex-esposo, madre, hijo, madrastra y suegro, fueron protagonistas en el 30% de los casos conocidos directamente por el Instituto Nacional de Medicina Legal en el año 2004. (Páez y Hernández, 2004, p. 32).

De acuerdo con los datos reportados recientemente, por la Fiscalía General de la Nación, respecto de los delitos cometidos contra menores de edad durante los años 2005 a 2015, las cifras fueron las siguientes:

De 246 acusaciones en el 2005 se pasó a 3.388 el año 2015.

En contraste con lo anterior –dice el fiscal Eduardo Montealegre–, a pesar del aumento de las investigaciones, las sentencias no han crecido. La proporción de sentencias respecto de las imputaciones pasó, según dijo, de 78% en el 2005 a 59% en el 2008 y a 49% en el 2014.

(El Tiempo, 2015, recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15860156>).

En el año 2012, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, mediante un comunicado reportado en la página oficial de medicina legal, reportó información respecto de los menores de edad que fueron víctimas de delitos sexuales, los datos fueron los siguientes:

“En el año 2011 el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses realizó 17.628 exámenes médico legales por presunto delito sexual en menores de edad en Colombia, de acuerdo al informe preliminar realizado por el Centro de Referencia Nacional sobre Violencia (CRNV) del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Bogotá y los departamentos de Antioquia y Valle del Cauca registraron las cifras más altas. Así, para la capital del país se realizaron 3.783 exámenes, en Antioquia 1.946 y en el departamento del Valle del Cauca 1.496. Los niños entre los 5 y los 9 años son el grupo de edad más vulnerable, registrando 1.342 casos; mientras que en las niñas, el rango más alto es el de los 10 a los 14 años (6.473 casos). El informe también revela que las niñas siguen siendo las principales víctimas del delito

sexual con un 82.4%” <http://www.medicinalegal.gov.co/web/guest/el-ano-pasado-17628-menores-de-edad-fueron-victimas-de-delito-sexual?inheritRedirect=true>.

En el año 2015, nuevamente, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, mediante un comunicado el 31 de mayo de 2015, en la Página de El Tiempo, reportó información respecto de los menores de edad que fueron víctimas de delitos sexuales, los datos fueron los siguientes:

“En el 2013, según los registros de Medicina Legal, más de 17.000 menores de edad fueron víctimas de delitos sexuales. Ese mismo año, de acuerdo con estadísticas de la Fiscalía, se cerraron 9.611 investigaciones: en promedio, en 8 de cada 10 casos no se logró establecer ni siquiera si hubo o no delito y solo en uno de cada 10 el agresor fue condenado. De esas proporciones es la impunidad que rodea los delitos sexuales contra los menores de edad en Colombia” El Tiempo, 2015, recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15860156>).

Es evidente que el sistema criminal al que alude el Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, respecto a las prohibiciones en su artículo 199, no está arrojando los resultados esperados en cuanto a disminuir la comisión de este tipo de delitos; por lo que se hace necesaria la implementación de una medida que más que ser punitiva, sea preventiva; por lo cual la pena a imponerse debe cumplir una función preventiva, proporcional e igualitaria. Lo que de contera implica que la misma no puede hacer más gravosa la situación del procesado y/o acusado, sino que, por el contrario,

debe cumplir con la función resocializadora para la que fue creado, bajo principios humanísticos y de respeto de los derechos humanos, a fin de lograr la consolidación de una política criminal efectiva.

CAPÍTULO DOS

Marco Doctrinal y Normativo

Marco doctrinal

Las modificaciones impresas con la evolución constitucional han venido evidenciando que cada momento histórico se enmarca en unas condiciones específicas que responden a las características de la sociedad que entra a regular. Teniendo como punto de partida los principios constitucionales del Estado, no es de recibo por parte de la ciudadanía el hecho de que solamente se definan derechos, garantías y libertades, sino que por el contrario se establezcan mecanismos efectivos para materializarla, razón por la cual el avance que se da entre la Constitución de 1886 y 1991, responde al establecimiento de mecanismos creados para tal fin, generando una estructura organizativa estatal en donde se evidencia la división de poderes, funciones y órganos a partir de una democracia representativa.

Es así, la ley 12 de 1.991, incorpora en la legislación colombiana la convención Internacional sobre los derechos del Niño de las Naciones Unidas. Posteriormente, y de manera progresiva, se adelantaron procesos tendientes a modificar el decreto 2737 de 1989, Código del Menor, en procura de equipararlo a las exigencias que en materia de

derechos humanos se exigía a nivel Mundial, originándose como resultado del proceso la ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia. (Ruiz, 2011, p.54).

Con respecto al Código de la Infancia y la Adolescencia, es procedente determinar que el mismo constituye un manual jurídico en el que se establecen normas tendientes a la protección de los niños, niñas y adolescentes, a fin de garantizarles los lineamientos propios que orientan su desarrollo integral.

Es así, que en el código mencionado se establecen no solamente principios, derechos, sino que también instituciones competentes para que en caso de ser vulnerados los mismos se puedan restablecer derechos, siendo claro allí que la especial protección del menor y el adolescente cuenta con procedimientos específicos y especiales, pero que también les asiste una responsabilidad penal cuando éstos afectan bienes jurídicamente tutelados. (Duran, Guaquetá, Torres, 2011, p. 45)

A partir de la expedición de la Ley 12 de 1991, Colombia ratifica la convención de los derechos del niño y por tal motivo se compromete no solamente a nivel nacional sino a nivel internacional para propender por su protección especial, es así que una vez se adelanta el proyecto de Ley y se emite la normatividad correspondiente, ésta debió responder a exigencias nacionales e internacionales y en tal sentido su fin último era sistematizar un derecho y establecer deberes que garantizaran el interés superior del menor.

No obstante lo anterior, es importante determinar que la protección de la infancia en situación de riesgo no solo en Colombia sino en América Latina, va más allá de la

expedición normativa, por cuanto al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, esto ha permitido que en los países de la región, una mayor amplitud en cuanto al desarrollo e implementación de políticas y estrategias de protección que permitan garantizar y restablecer los derechos de las niñas, niños y adolescentes, a efectos de implementar no solamente un marco normativo sino unas políticas públicas y privadas que además permitan la generación de medidas socioeducativas y de justicia juvenil, a partir del trabajo conjunto entre la familia, la sociedad y el Estado. (Gámez, Jiménez y Muñoz, 2008, p. 23).

A partir de lo expuesto en el párrafo anterior, es importante establecer que la doctrina también ha desarrollado un marco histórico del surgimiento de los derechos del niño en el mundo, evidenciándose en todo momento la necesidad imperante que hay de pasar a una legislación meramente proteccionista en el derecho formal, a una legislación efectiva que propenda por la materialización del derecho sustancial.

Haciendo un análisis histórico del surgimiento de la convención de los derechos del niño a partir del siglo XIX y a lo largo de los años, autores como Charles Dickens con sus obras de Oliver Twist o David Copperfield y Yules Valles, en su libro el niño, han evidenciado los procesos de autoritarismo y maltrato que dieron origen a la mencionada declaración gracias a la vulneración de derechos que se presentaba en Europa y en América Latina. Es así, que antes de la declaración de Ginebra aprobada por las Naciones Unidas en 1924, ya se establecían en el mundo proyectos que mitigaran de manera alguna la vulneración de derechos humanos y fundamentales. (Galvis, 2009, p. 20).

Ahora bien, se observa que durante más de una década se han venido emitiendo, no sólo en Colombia sino en el mundo, una serie de normativas, las cuales evidencian ineficacia en algunos de los contextos por cuanto si bien es cierto, se emite la normatividad se cae en el error de sobre proteccionismo. (Boaventura, 2009, p. 406). Es así, que el Código de la Infancia y la Adolescencia, y las restricciones que se establecen allí para aplicar subrogados penales a quienes han cometido delitos sexuales contra los niños, no se pueden aceptar en detrimento de otros derechos, máxime cuando el derecho penal es la última *ratio*.

Como lo afirma Zagrebelsky, (2011):

“La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a su cometido de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir” (p. 34)

Es procedente hacer un análisis ahora sobre cómo se consolida la vulneración de los derechos del Niño, y cómo se procura su protección, partiendo no solamente de la responsabilidad que le atañe al Estado, sino que también, estableciendo un análisis crítico en donde la familia como primera sociedad, es la principal responsable. En primera medida hablar de derechos implica reconocer obligaciones; que hasta el momento la legislación colombiana establece una normatividad que responde a realidades, pero que en muchos de los casos se convierten en inefectivas porque se protegen unos derechos, pero se vulneran otros de igual jerarquía como el debido proceso. (Dávila, y Naya, 2012, p. 18)

No obstante en lo anterior, es procedente establecer la importancia que tiene la expedición del Código de Infancia y Adolescencia en pro de preservar no solo los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y estableciendo a demás responsabilidades para cuanto ellos también afecten bienes jurídicamente tutelados, razón por la cual existe un avance a medida que el Código del menor se reconocían las situaciones de riesgo y se establecían unos mínimos para evitar las mismas; en el Código de la infancia y la Adolescencia por el contrario se establecen derechos, deberes y garantías, que pretenden no solamente atacar en forma efectiva la vulneración de derechos de este segmento poblacional, sino resocializarlos cuando ellos sean infractores de la Ley Penal y a ello haya lugar.

Marco Legal y Jurisprudencial

En Colombia, los principios derechos y garantías constitucionales están contemplados en la Constitución Política de Colombia de 1991. Hablar de derechos constitucionales implica que los mismo deben estar de manera expresa establecidos en la norma superior, y por lo mismo se consideran esenciales y de mayor jerarquía respecto de otra normatividad por cuanto constituyen la columna vertebral del marco político y jurídico del Estado. (Carpizo, 2011, p. 48).

Es así, que las normas contenidas en la Constitución responden al modelo político y a los fines del Estado, y por lo mismo deben contemplar derechos y garantías que propendan por la protección efectiva de los bienes jurídicamente tutelados, dentro de

ellos se resalta el derecho a la vida, bien jurídico sin el cual no se pueden hacer efectivos los demás derechos.

Atendiendo a lo anterior, el derecho como ciencia social busca regular la convivencia pacífica y en tal sentido, tal como lo planteaba Platón en la República “Donde nace una necesidad surge un derecho”. (Vergara, 2013, p. 11).

En concordancia con lo expuesto, los derechos y garantías constitucionales tienen como fin último proteger al ser humano, respetando su dignidad, razón por la cual, estas normas deben estar reguladas y sistemáticamente expresadas, no solamente en la Constitución, sino en la totalidad del engranaje jurídico del Estado, contando siempre con la participación activa de los ciudadanos como constituyente primario.

Teniendo en cuenta, que es sobre los ciudadanos sobre quienes recae la responsabilidad y el derecho de elegir a sus gobernantes y dirigentes, en pro de la construcción de una democracia representativa en la que el poder público refleje los intereses de la sociedad, configurándose de esta forma un modelo político que responde a los fines del Estado preceptuados en la Constitución, la cual como norma superior es la base del engranaje jurídico y social del Estado, procurando la efectivización de derechos, garantías y libertades, en igualdad de condiciones para los ciudadanos, sin dejar de lado su diversidad. (Benítez, y Domínguez, 2014, p. 32).

De lo anterior se desprende entonces, que la soberanía reside en el pueblo y por la misma razón el quehacer del Estado debe estar dirigido a la consecución de objetivos que propendan por la prevalencia del interés general sobre el meramente particular;

siendo los dirigentes del país quienes como jefes de Estado deben establecer políticas públicas y privadas, acompañadas de planes y proyectos, que permitan la satisfacción de las necesidades familiares, sociales, políticas, económicas, culturales, que convergen en una sociedad determinada, máxime cuando en la actualidad se está consolidando el fenómeno de la modernización global. (Olano, 2006, p. 17).

Aunado a lo expuesto, con la creación del artículo 199 del Código de la infancia y la adolescencia, lo que se busca principalmente es asegurar la justicia e igualdad en los delitos cometidos contra menores, por cuanto fue esto lo que dio origen a la emisión del artículo. No obstante, esta situación al establecerse una dinámica jurídica como la que aquí se plantea se pasa de la legalidad y la legitimidad, a una subjetividad inaceptable en un país como Colombia, por cuanto “como Estado social de derecho el país se funda en el respeto a la dignidad humana y la efectivizarían de derechos en condiciones de igualdad entre iguales”. (Jiménez, 2012, p. 47).

La corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en pronunciamientos anteriores, había negado la posibilidad de conceder cualquier subrogado, rebaja o beneficio judicial o administrativo de acuerdo a lo prescrito en el art 199 ley 1098 de 2006, en casación 17 de 2009, rad, 30299, donde la demanda trató sobre el allanamiento a cargos, expresó el demandante que esta era una figura diferente a la del N° 7, del art. 199 y por lo tanto no estaban prohibidas las rebajas de pena por éste concepto.

Este precedente trazó la ruta de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal quien afirmó “*En su interpretación natural y obvia, es claro que el precepto atrás destacado (artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006) busca cerrar cualquier puerta que en la delimitación exhaustiva de los siete*

numerales anteriores pueda quedar abierta, haciendo inequívoco el interés del legislador en que a la persona imputada, acusada o condenada por esos delitos señalados en el inciso primero del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, que arrojen como víctimas a infantes y adolescentes, no se les otorgue ningún tipo de beneficio, rebaja o prebenda legal, judicial o administrativa, con la sola excepción, porque expresamente se dejó sentada ella, de los beneficios por colaboración eficaz.

El 28 de abril de 2010 con rad. 34044 esta misma corporación. Frente a una solicitud de habeas Corpus, reitero la jurisprudencia anterior manifestando:

La negativa de la libertad provisional con apoyo en los razonamiento reseñados no significa el desconocimiento del principio de presunción de inocencia, sino que respeta la libertad de configuración legislativa, así como los intereses prevalentes de los menores de edad, víctimas de abuso sexual y de otras conductas punibles.

Tesis que fuera reiterada, el 10 de octubre de 2011, rad. 37616 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, mediante una decisión de igual naturaleza afirmando la corte que “ *cuando se trate de delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales o secuestro cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las distintas exclusiones de beneficios excarcelatorios contemplados en el Código de la Infancia y la Adolescencia contenido en la Ley 1098 de 2006, bajo el entendido que el precepto 199 también comprende las concernientes a la libertad provisional, que en virtud de la prevalencia de los derechos de los menores (art. 44 de la Constitución Política), se ve restringida por así disponerlo el numeral 8 y parágrafo de esta norma, en forma tal que a las personas imputadas, acusadas o condenadas por esa clase de reatos en que como se dijo sean sujetos víctimas infantes y adolescentes, no les sea*

concedido ningún tipo de beneficio, rebaja o prebenda legal o administrativa, salvo los beneficios por colaboración eficaz únicos admitidos por la propia ley.

El fallo de 30 de mayo de 2012, rad. 37668, continúa con la misma línea jurisprudencial, pero esta vez, atendiendo al interés prevalente de los menores de edad, aspecto que tiene sustento en las exigencias internacionales

Solo a partir del 2015, la corte Suprema de justicia, cambió la línea jurisprudencial, hasta ahora sostenida por éste alto tribunal. Es así que a partir del año 2015 la Corte Suprema de justicia, sala Penal, cambio la orientación de sus pronunciamientos y mediante la Sentencia STP-8442 de 2015. M.P. José Luis Barceló Camacho, concedió el derecho de la redención de pena por trabajo y estudio a los condenados por este tipo de delitos. En su fundamentación fue claro en la interpretación de la norma y al respecto expreso que “el artículo 64 de la Ley 1709 de 2014 (que adiciona al Código Penitenciario y Carcelario el artículo 103 A) la define como un “derecho”. Afirmo que este instituto se sale de la categoría de subrogado o mecanismo sustitutivo de la pena, y que se sale de la estructura propia de un benéfico y allí se le da el status de un derecho, el cual se hace exigible y de obligatorio reconocimiento, con la única exigencia que se cumplan los requisitos de ley. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, STP8442-2015, 2015).

Es de resaltar que el honorable Magistrado siendo consciente de los derechos de los reclusos, expresó lo siguiente. “No hay un derecho de los niños, niñas y adolescentes que colisione con la posibilidad que tienen los reclusos de alcanzar la resocialización mediante el desarrollo de actividades que, además, les generen redención de la pena que purgan”. (STP8442-2015). Es decir, que considera que la prevalencia de los derechos de los niños no puede ser entendida como la negación de los derechos y principios

fundamentales de los procesados; Esta sentencia fue confirmada por la Corte Constitucional, mediante Sentencia T-718 de 2015. Donde afirma que la redención de penas no se puede entender como un beneficio, y por lo tanto no está incluido en las prohibiciones del art 199 No. 8 C.I.A “Así las cosas, no resulta acertado incluir la redención de pena dentro de las prohibiciones previstas en el Código de Infancia y Adolescencia, por cuanto no es un “*beneficio*” o “*subrogado*”, sino que es una expresión de la dignidad humana y es un instrumento por medio del cual el Estado ofrece al condenado la posibilidad de resocializarse, lo cual de ninguna manera supone una medida de desprotección a los menores, porque como se dijo en líneas atrás, esta se concreta a través de otros mecanismos presentes a lo largo de la intervención penal”.

En Sentencia STP 6017.2016 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, se sigue con esta misma línea jurisprudencia, se concede la libertad por vencimiento términos, cuando se trata de delitos de homicidio o lesiones personales dolosas, delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, o secuestro, cometidos contra menores de edad: en éste sentido la Corte afirmo que:

No existe una prohibición legal para que los jueces de control de garantías reconozcan a los procesados por delitos sexuales contra menores de edad, cobijados con medida de detención preventiva, la libertad provisional por vencimiento de términos estipulada en el numeral 4 del art 317 del C.P.P..... La interpretación extensiva del enunciado ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, contenido en el numeral 8 del art. 199 de la ley 1098 de 2006, para restringir el acceso a la libertad de los procesados, constituye una clara vulneración de garantías fundamentales” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, STP8442, 2015)

De todo lo anteriormente mencionado, podemos afirmar que los derechos reconocidos en la Constitución y la ley Colombiana, propenden por el ejercicio de una democracia en la que se materializa la igualdad, *“ya que limitan al Estado evitando la arbitrariedad y a la vez se convierten en sí mismos en los fines del mismo Estado”*. (Ruíz, 2006, p. 78).

Por su parte, en el mundo se habla de los derechos fundamentales inherentes al ser humano, los cuales deben ser respetados de manera especial por parte de los Estados, y su violación es drásticamente castigada; tanto a nivel interno en cada Estado como a nivel internacional por organismos de justicia internacional. Fueron el producto de luchas constantes de la sociedad mundial, las que lograron el reconocimiento, de manera progresiva, de un conjunto de principios y derechos, los cuales son reconocidos por sus Estados, y también por la Comunidad internacional.

La situación en Colombia evolucionó de manera favorable, por cuanto en un principio se hacía una clasificación de derechos en: derechos de primera generación o derechos individuales; derechos de segunda generación o derechos sociales; derechos de tercera generación o derechos colectivos, y cuarta generación o derechos del medio ambiente. No obstante, en la actualidad, la Corte Constitucional a nivel jurisprudencial ha unificado estos criterios y ha suprimido la mencionada división, *verbi gracia*, la sentencia T 406 de 1992, la T 197 de 2014, T 129 de 2016, SU 049 de 2017 por cuanto considera que los derechos, son derechos en sí mismos y deben ser garantizados a todos. (Arias, 2007, p. 19).

Es precisamente, la sociedad, la que viene coincidiendo en la creación de una serie de derechos, los cuales se generan a partir de una realidad concreta, de acontecimientos

históricos y de experiencias vividas; todo ello con el fin de dar vida jurídica un conjunto de derechos y garantías para lograr la convivencia pacífica, en la cual se establecen limitaciones tanto al Estado como a los particulares para que no se originen hechos y acciones que impidan la consolidación de la paz, por la comisión de actos y acciones de arbitrariedad. Bajo esta óptica se propende por la protección tanto de los bienes jurídicamente tutelados como del medio y de todo lo que hay en él.

Teniendo en cuenta que son fines primordiales en la adopción de derechos y garantías, lograr la paz y la convivencia pacífica entre los conciudadanos y entre los diferentes Estados, “el derecho a la vida, la integridad, la igualdad, la dignidad, la honra, el debido proceso, y otros derechos han alcanzado un rango y desarrollo constitucional que propende por establecer mecanismos que instan al Estado para establecer engranajes que procuran su permanente efectivización”. (Galvis, 2007, p. 37).

Para que se cumpla el ideal de convivencia que se tiene en cualquier Estado, se hace necesaria una interacción de todos sus agentes en condiciones de igualdad, pero aplicando siempre principios de proporcionalidad y equidad que respondan por el trato igual entre los semejantes, regulando efectivamente las realidades de cada segmento poblacional en el que el derecho entra a ser aplicado. Derechos y garantías, de manera correlativa responden también a deberes de obligatorio cumplimiento so pena de sanción; en aplicación de los diferentes principios y clases de derechos, que se establecen en el Estado Colombiano.

CAPÍTULO TERCERO

Principios, derechos y garantías constitucionales desde la perspectiva de derechos humano

En todos los Estados donde se aplican los derechos humanos que hacen parte de los organismos protectores de los mismos, “son unánimes en considerar la vida como derechos superiores, de igual manera la dignidad humana, la justicia, y sin duda la libertad e igualdad de las personas” (Carpizo, 2011, p. 67). En este apartado se observa que cuando se habla en Colombia de principios, derechos y garantías, necesariamente la columna vertebral de los mismos son los derechos humanos.

En el caso específico de las personas que son procesadas y condenadas por delitos sexuales, contra la vida e integridad, entre otros, cometidos contra menores de edad, las penas que se les impongan deben responder a principios de legalidad, proporcionalidad, razonabilidad, buscando siempre el fin último de la pena, el cual es resocializar a la persona para poder reintegrarla a la sociedad, de tal manera que puedan gozar de sus derechos. Siendo estos principios universales que se aplican en Colombia para lograr consolidar un verdadero Estado Social de Derecho justo, los cuales ni el mismo Estado puede suprimir o restringir, ni siquiera en estados de excepción, art, 214 numeral 2; sólo en casos muy excepcionalísimos admite cierta restricción

En concordancia con lo anterior, la Constitución Política de Colombia de 1991, establece respecto de los derechos fundamentales los siguientes aspectos:

Artículo 11. El derecho de la vida es inviolable, no habrá pena de muerte.

Artículo 12. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica; El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados; El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”. Constitución Política de Colombia, (1991)

Artículo 28. Toda persona es libre, nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento judicial competente, con las formalidades legales y por motivos definidos en la ley.

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y

a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Artículo 34: Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua, y confiscación”(Const., 1991)

A partir de la normatividad nacional de orden constitucional que antecede se puede decir entonces que es desde la misma Constitución donde se prohíbe taxativamente la violación de bienes jurídicamente tutelados y se procura la protección de las personas como seres humanos con dignidad, titulares de derechos frente a la Ley, en condiciones de igualdad, debido proceso y equidad, respondiendo a las exigencias del mundo actual.

Por su parte, el Código Penitenciario y Carcelario, en su Artículo 5 preceptúa:

Artículo. 5. Respeto a la Dignidad Humana. En los establecimientos de reclusión prevalecerá el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos universalmente reconocidos. Se prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral”. (Congreso de la República, 2006)

En cumplimiento de lo establecido, y siendo la dignidad humana, un pilar fundamental del Estado Social de Derecho, no se puede hacer más gravosa la situación del acusado bajo los presupuestos argumentativos de la gravedad del delito y la

vulnerabilidad del sujeto pasivo, razón por la cual deben establecerse pautas que le permitan al condenado tener unas garantías mínimas a nivel constitucional y legal, para que así pueda ser resocializado.

Artículo. 9. Funciones y Finalidad de la Pena y de las medidas de seguridad. La pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación. (Congreso de la República, 2006)

Del Artículo en comento, se establece con claridad la prevalencia que tiene la dignidad humana y los derechos humanos para la sana convivencia en sociedad, máxime cuando se trata de imponer una sanción que pretenda no solamente castigar, sino resocializar al acusado, con el propósito de evitar que una vez cumplida la condena, salga a la sociedad para seguir delinquiendo.

Artículo 103A. Modificado por la Ley 1709 de 2014. Derecho a la redención. La redención de pena es un derecho que será exigible una vez la persona privada de la libertad cumpla los requisitos exigidos para acceder a ella. Todas las decisiones que afecten la redención de la pena, podrán controvertirse ante los Jueces competentes. (Ley 1709, 2014, art. 103).

En el párrafo anterior, se evidencia cómo la Ley establece la redención de la pena como un derecho exigible, una vez llenados los presupuestos legales para tal fin. Así mismo, establece que si cumplidos los lineamientos para que la persona privada de la libertad sea merecedor de este derecho, no se le otorga el mismo, éste podrá ser exigible ante los Jueces de la República.

Por su parte, el Artículo 4 de la Ley 599 del 2000, Código Penal, reglamenta que: “las funciones de la pena se refieren a prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social, y protección al condenado”. (Congreso de la República, 2000).

Por ello la política criminal del estado debe establecer una estrategia preventiva que evite la comisión de delitos, métodos que propendan por la retribución de justicia y en los casos de especial protección propendan por una prevención especial, pero que además de ello brinden la protección necesaria al condenado, teniendo como base de la decisión la función resocializadora del Derecho Penal. (Ley 599, 2000, art. 4)

Estado Social de derecho

Colombia, antes de 1991, se definía como un Estado de Derecho, que atendía exclusivamente un concepto formal de igualdad y libertad, marcando la diferencia con el Estado Social de Derecho, toda vez que en éste último, la igualdad es material y por ende, determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado; es decir, sus políticas, con el fin “de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación, garantizando a las personas, individualmente consideradas o en grupos, que se hallen en situación de desventaja, el goce efectivo de sus derechos fundamentales”. (Cruz, 2014, p. 50)

Actualmente, en Colombia nuestra Constitución Política, la consagra como un Estado Social de Derechos, donde expresa como eje central, la protección los principios fundamentales, el respeto a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad de las

personas que la integran y la prevalencia del interés general, tal como lo consagra la norma superior y la normatividad vigente en Colombia.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que en Colombia, respecto a la aplicación del denominado Estado Social de Derecho, debemos considerar que este solo se presenta en forma meramente formal, debido a que tanto las instituciones públicas como privadas, relativamente violan los derechos consagrados en nuestra Carta Política de 1991, refiriéndonos a los derechos otorgados a la población en general, donde por lo regular a la mayoría de los ciudadanos, les toca recurrir al mecanismo de la tutela para que se les garanticen sus derechos. (Estrada, 2000, p. 28)

Con los argumentos expuestos se observa que el Estado Social de Derecho configura un estado garantista y democrático que se encuentra referido por la existencia de derechos fundamentales, razón por la cual es importante determinar una ruta donde sean efectivos los derechos y en la que el debido proceso sea el abanderado.

Garantismo Contemporáneo

Respecto al Garantismo contemporáneo, y partiendo de los distintos acontecimientos que se han venido presentado en forma simultáneamente o muy próximo, ha conllevado a que algunos autores hayan creado modelos garantistas que buscan proteger los derechos fundamentales de las personas o de los ciudadanos, los cuales han tomado finalmente una connotación universal.

El concepto del Garantismo respecto a los derechos fundamentales, el modelo de Luigi Ferrajoli, como modelo garantista, se estructura desde el aspecto subjetivo y universal, lo cual se ve reflejado en su teoría, en la que define los derechos fundamentales como todos aquellos derechos subjetivos que son inherentes a la humanidad por el hecho de ser personas con capacidad de obrar en una sociedad determinada y/o como ciudadanos. Para Ferrajoli, (2005): “el derecho subjetivo lo constituye cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por su status, la condición de un sujeto, prevista de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de estas”. (p. 43)

En Colombia, actualmente la legislación ha venido evolucionando en al orbita de un carácter garantista, siendo coherente con los compromisos internacionales, como la DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS 1948, que en lo pertinente y en cuanto a garantías del procesado establece:

ART. 1 Toda persona tiene todos los derechos y libertades sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Art. 2 Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza color, sexo, idioma, religión, opinión política, o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra.

Art. 5. Nadie podrá ser sometido a torturas ni a tratos o penas crueles inhumanas o degradantes

Art. 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. (Recuperado de Naciones Unidas

(22/02/2017). Declaración Universal de los Derechos Humanos
<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>)

Es así como lo plantean los tratadistas Internacionales como Bonaventura de Souza Santos, Raymond Aron, Stanley Hoffmann. De esta manera es cómo surge entonces, en el ordenamiento jurídico colombiano la implementación del Sistema Penal Acusatorio, caracterizado como garantista, premial, igualitario, ágil, oportuno y sobre todo respetuoso de la dignidad humana. (Villar, 2007, p. 34). Es decir, que basa sus límites en la Constitución Política donde los derechos reconocidos en ella, son los que la ley penal protege de una manera efectiva en un Estado social de Derecho.

No se puede desconocer que diversos autores y estudiosos del derecho penal contemporáneo, conciben el sistema penal bajo bases de normas jurídicas que prohíben una serie de conductas humanas que de su realización se conminan con una pena o medida de seguridad a fin de preservar a la sociedad, dentro de un entorno de paz y menor peligrosidad del atentado de bienes jurídicos. (Montañez, 2010, p. 15)

Es de anotar que el derecho penal contemporáneo, acoge una serie de principios a fin de ser mucho más garantista, humanitario, y ajustado a realidades sociales criminológicas; donde su aplicación debe ser limitado por estos, tanto en la prevención, represión, y combate de la delincuencia y el control social del ser humano, como de manera individual y colectiva.

Principio de Proporcionalidad

Haciendo referencia al juicio de proporcionalidad, el mismo es aplicable a todas las áreas del derecho; siendo más aplicado en el derecho penal, donde ha adquirido mayor relevancia, por cuanto tiene mayor determinación en el momento de la imposición de una pena, la cual debe ser proporcional a la conducta realizada.

Fue precisamente Cesar Beccaria (2015), quien en su libro de los delitos y de las penas, utilizó el término de proporcionalidad, y en éste se propugnaba “que la pena debía ser proporcional a la culpabilidad y esta era la única pena útil”. (p. 56)

Igualmente, el principio de Necesidad se reconoce en la Declaración de los Derechos Hombre y del Ciudadano de 1789, que proclamaba “que la ley no debía establecer otras penas que las estrictamente necesarias”. (Donevech, 2006, p. 17)

Este principio encuentra su respaldo internacional, en el convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Donde su jurisprudencia del Tribunal reitera la importancia de la aplicación de la proporcionalidad para la toma de decisiones que en materia de penas deba imponerse. (Ramírez, 2010, p. 65).

Remitiendo al derecho comparado, observando algunos de sus principios de la proporcionalidad, según la formulación del derecho Europeo, podemos recalcar: “el principio de la utilidad y adecuación; el de necesidad o indispensabilidad y el de proporcionalidad *stricto sensu*; de igualdad y prohibición de discriminación; del cual nos ocuparemos de dar un juicio o análisis de cada uno de ellos, a fin de determinar si con la expedición del artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia se cumplen a cabalidad”. (Díaz, 2011, p. 56)

a- La idoneidad o juicio de adecuación: Para comprobar la utilidad o idoneidad de una medida, como la adoptada en el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en el sentido de negar cualquier subrogado o beneficio administrativo a las personas que vienen siendo juzgadas por delitos cometidos contra los menores de edad, se debe analizar:

- 1- Que persiga una finalidad legítima a la luz de la constitución, para el caso que nos ocupa, éste fin se cumple, ya que es la protección de los menores de los cuales *“Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”* inciso final del art. 44 C.N.
- 2- Si esta medida fue apta para la consecución del fin perseguido, es decir, si con esta medida se cumplió el objetivo de aminorar o suprimir la conducta sexual contra los menores o si al contrario; desde todo punto de vista estas prohibiciones de beneficios y subrogados penales, ha sido absolutamente inútil para alcanzar el fin que se propuso, que fue la disminución de abusos contra los menores de edad. Con las estadísticas aportadas se comprueba que éste objetivo no se ha logrado en absoluto.

b- La necesidad o juicio de indispensabilidad: Una vez constatado lo primero, es decir, superado el test de adecuación, el posterior estudio debe recaer sobre la necesidad de la medida, consistente en analizar si existe otro instrumento más moderado para el fin perseguido; sobre todo que no vulneren derechos fundamentales y otros principios constitucionales, (prevención, educación, protección). Es decir que se debe observar si no existe un medio más adecuado, más benigno, o por lo menos encontrar el menos estricto o el que menos afecte derechos

también fundamentales, para que no se imponga un sacrificio innecesario, existiendo otras alternativas menos gravosas que pudiesen conseguir el fin perseguido y, mucho más efectivo, e inclusive, menos oneroso.

c- La proporcionalidad en sentido estricto: ya superados los anteriores juicios de idoneidad y necesidad, debe comprobarse, si existe un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que se generan por la limitación de un derecho y para la protección de otro. Es aquí donde viene la ponderación más equilibrada entre las ventajas y los perjuicios que se pueden generar, donde para nuestro estudio es la protección de los derechos de los menores como por ejemplo, la libertad sexual de un menor, su pudor sexual y de otro lado la restricción de la libertad de una persona, la negación de todo beneficio, la prolongación con el aumento de la pena de su libertad, el sosiego y la desesperanza para toda una familia con su consanguíneo entre rejas, su discriminación social y sin duda el deterioro económico. Es por esto, que la proporcionalidad significa, que la medida no implique un sacrificio mayor al beneficio que pueda lograr. (Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-985 de 2010).

d- De igualdad: Es frecuente que dentro del principio de proporcionalidad, se encuentre el de igualdad, que por supuesto, este debe ser establecido como estándar y como de doctrina y, que la igualdad no es viable su violación a no ser que esté desprovista de una justificación objetiva y razonable; es decir, que si es inaplicada la igualdad, es porque solo así, se puede conseguir el fin constitucionalmente perseguido. Todo esto, respetándose por supuesto, la adecuación entre la medida y el fin, junto con la razonabilidad y proporcionalidad, de lo contrario esa imposición es totalmente ilegal, innecesaria e inútil.

Lo anterior implica, una discriminación que el legislador no ha explicado de manera objetiva y razonable en un juicio de legitimidad constitucional jurídica y judicial, el criterio diferenciador de otros causantes de crímenes atroces, que justifique la medida del artículo 199 de la mentada ley. Existiendo un trato discriminatorio derivado de una norma expedida con fines generalizados y ambiguos que hasta ahora, han sido inútiles e innecesarios. (Arrubla, Cock, Camargo y Díaz, 2014, p. 29).

Por consiguiente, tanto los creadores de la ley y sus defensores, explicaran en su momento la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida, la razón también, del trato discriminatorio prohibido en la Constitución y en la Ley. Así como en tratados internacionales, tampoco se conoció la verdadera necesidad y utilidad de tal medida.

Es así que le correspondía al legislador fijar unas reglas proporcionales en situaciones iguales o aparentemente, iguales, asumir la defensa de la legalidad del artículo en mención de una manera objetiva, clara y real, sobre la legalidad del trato discriminatorio que esta ley contenía, fundamentando esta diferencia que cubriera los requisitos de razonabilidad, racionalidad, necesidad, utilidad en la protección verdadera del menor objeto de abusos sexuales y de otros delitos; pero no ha sido así, sino que tal medida ha contribuido al hacinamiento inhumano de las cárceles colombianas, a un despilfarro económico para su sustentación; como también, al aumento de la inconstitucionalidad del sistema penitenciario en Colombia y la poca eficacia de la política criminal implantada en normas por un legislador con poca credibilidad. (Hernández, 2005, p. 67)

Entonces tenemos, que el rigor del principio de proporcionalidad, el cual exige que se establezcan normas y leyes que protejan bienes jurídicos; pero igualmente, sus sanciones prediquen una relación ponderada tanto de los medios empleados como de los fines perseguidos, evitando sacrificios innecesarios o excesivos abusos de derechos fundamentales, no se ha cumplido (Tribunal Constitucional de España, 2013, p. 87).

Principio de Igualdad ante la ley

Ahora bien, el principio de igualdad establece que se deben considerar iguales a aquellos a quienes la ley los considera como tales, y no iguales a aquellos otros a quienes la misma ley diferencia. Este principio de igualdad que debe utilizar el legislador se fundamenta en una fórmula clásica “hay que tratar igual a lo igual y desigual a los desiguales” (Broyna, 2005, p. 48)

El concepto expuesto difiere sustancialmente de la concepción que de este principio se tiene en la actualidad. La igualdad que se profesa es una igualdad ante la ley, que debe reflejar la especificidad de cada caso en concreto. Es así que el concepto de igualdad no es universal y generalizado, y que su vigencia y aplicabilidad está sujeto al legislador para orientar las relaciones políticas y sociales de un conglomerado, donde se deben establecer características diferenciales entre Gobernantes y gobernados. (Broyna, 2005, p. 44)

La igualdad se encamina al goce efectivo de derechos como: la vida, la integridad física, la moral, la educación, el alimento. Se observa que este principio propende porque todas las personas tengan igualdad de oportunidades ante la ley, la sociedad y el Estado

a partir de una equiparación de oportunidades en la que se respeta al individuo como ser individual y social, reconociendo que cada ser humano tiene una diversidad característica que responde al contexto en el que se desarrolla.

De lo expuesto se infiere entonces que el objetivo de este principio, es garantizar la efectivización de derechos fundamentales, los cuales deben materializarse de acuerdo a cada contexto, grupo social y circunstancia de modo, tiempo y lugar, en donde se pretenda aplicar. La misma debe ser establecida a partir de causas, consecuencias, actos, de cantidad, calidad y forma, sin que sea aceptable que, invocando este principio, y dándole aplicabilidad, se mejoren las condiciones de unos, afectando a otros. (Jiménez, 2015, p. 67).

Es importante analizar entonces, que cuando se realizan esas aplicaciones tanto desde el ámbito legislativo como desde el judicial, tendiente a crear diferenciaciones ante los que se encuentran en las mismas condiciones, como es el caso de condenados o procesados por delitos de la justicia ordinaria, estos diferenciadores se tornan arbitrarios, injustificados y no razonables, y por ende, son manifiestamente ilegítimas, por cuanto si bien, están amparadas por la norma, agravan la situación jurídica de quienes cometieron delitos contra menores de edad, amparando la legalidad en la calidad de la víctima. Debe resaltarse que lo que busca es evitar que los poderes públicos como el legislativo creen normas discriminatorias, desiguales e inicuas.

Es así que, debe replantearse lo establecido en la ley 1098 de 2006 “Por medio de la cual se expide el Código de infancia y adolescencia”, en el que se establece la prohibición de beneficios y subrogados penales a personas condenadas por delitos

dolosos, por la justicia ordinaria, por cuanto si bien la norma es legal, transgrede el concepto de igualdad formal y material, desembocando en una arbitrariedad, por cuanto desconoce el principio y hace más gravosa la situación para el procesado, con relación a otras personas, quienes habiendo cometido delitos, de igual preponderancia jurídico-Penal tienen derecho a que se les beneficie con subrogados penales, configurándose además una discriminación violatoria del debido proceso. (Santacruz, y Blanco, 2015, p. 45).

Es importante considerar que la desigualdad para los perpetradores de abuso sexual y otros delitos contra menores, no sólo es desde la óptica legislativa, sino también judicial y penitenciaria, en razón a que el primero configuró normas prohibitivas de derechos y subrogados. Revisada la norma prohibitiva de derechos y subrogados penales, se puede establecer que estamos ante un trato desigual constitucionalmente, y a la vez, un atentado discriminatorio para unos, también condenados por delitos ante la jurisdicción ordinaria.

El Trato discriminatorio al que se hace referencia es el que se terminó de consolidar con el aumento indiscriminado de penas, que ha tenido los tipos penales en especial los delitos sexuales, *verbi gratia* el art 14 de la ley 890 de 2004, en el entendido que solamente bajo este sistema de justicia premial, la Corte Suprema de Justicia ha avalado los aumentos de pena contenidos en la ley 890 de 2004. “El aumento de penas de la ley 890 de 2004, art, 14, únicamente encuentra justificación en la concesión de rebajas de pena por la vía de allanamientos, preacuerdos, regulados en la ley 906 de 2004”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, casación N° 33254 2013).

Lo anterior indica, que no se evidencia de manera objetiva y razonable la justificación doctrinaria, filosófica, jurisprudencial y legal; para predicarse de proporcional y justa tales medidas tan drásticas y severas con relación a otros condenados por delitos tan atroces, verbigracia, contra la vida y la libertad. (Restrepo, Sepúlveda, Moreno, 2012, p. 27).

Es de resaltar que se hace necesario que el trato diferenciador esté legitimado, justificado, razonado, proporcionado, que depende de la razonabilidad que goce esta medida frente a las que se aplican a las demás personas.

Al respecto el profesor Robert Alexy (1993) ha formulado las dos reglas siguientes: La primera...” Cuando no hay una razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces debe ser ordenado un tratamiento igual”. La segunda... “Cuando hay una razón suficiente para producir un tratamiento desigual, entonces debe ser ordenado un tratamiento desigual”. (p. 49)

Es claro, que el derecho de igualdad no se debe entender como una igualdad generalizada para todas las personas, sino que pueden existir criterios diferenciadores para su inaplicación; pero que, establecidos estos criterios en la ley y la jurisprudencia, no se pueden desbordar de manera caprichosa y arbitraria.

Es importante reconocer que el derecho a la Igualdad, está establecido en la Norma superior de 1991, donde en su artículo 13, de manera expresa, consagra el derecho a la igualdad como un derecho fundamental ante la ley, para toda la población, la cual

recibirá la misma protección, y trato ante las autoridades, y gozará de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación.

Por lo expuesto, y con el fin de buscar una solución justa y acertada en la aplicación y el reconocimiento de los derechos de los procesados y condenados por delitos, contra menores de edad, se debe reconocer que es al Estado, a quien le compete la formulación y aplicación de la ley. Es, por ende, el Estado quien debe encaminar sus esfuerzos para que sea efectiva la igualdad de manera formal y real.

Por otra parte, en el derecho comparado encontramos países que materializan el derecho a la igualdad, tanto formal como material. Es así que por ejemplo en Argentina, la legislación establece que no se admiten prerrogativas en las que se configure la desigualdad; en Bolivia, en Chile, en Costa Rica y en Colombia se establece lo mismo. (Medina, 2016, p. 32)

En concordancia con lo anterior, y con el fin de tener un concepto más amplio respecto del derecho comparado, es procedente afirmar que las leyes que rigen en materia de los derechos humanos en varios países incluyendo Colombia, propenden por el respeto del derecho a la igualdad, por ser un derecho humano, fundamental para materializar una verdadera justicia.

Las prohibiciones del art, 199 de la Ley 1098 de 2006, vulneran los derechos consagrados en la Carta fundamental, así como también en la legislación Internacional y nacional, al punto que las altas cortes tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia por medio de jurisprudencias han ido cambiando sus

planteamientos y la han ajustado a las exigencias de un estado social de derecho, que respeta los derechos y garantías de todas las personas incluidos los menores de edad pero sin desconocer los derechos y garantías del procesado por delitos contra menores de edad.

Principios como son: la dignidad humana, Igualdad ante la ley, proporcionalidad, debido proceso y función resocializadora de la pena; no pueden ser desconocidos bajo el argumento del interés superior del menor. Razón por la cual, se hace necesario crear una nueva visión de política criminal al respecto, donde se incluya la protección de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes; pero encausando la sanción de sus trasgresores de manera proporcional y respetando sus derechos de igualdad, trabajo, dignidad humana, y resocialización. (Nogueira, 1997, p. 46)

Sin embargo, estas prácticas en cuanto a las prohibiciones del artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia en Colombia, han ocasionado graves daños tanto a nivel económico, como social y familiar., a las personas condenadas por los delitos contra los menores de edad, así como también al Estado. No obstante, aún se continúa aplicando la misma medida, aunque el fin con que fue creada dicha norma no ha logrado mostrar los resultados esperados, respecto a disminuir la criminalidad frente a este tipo de delitos y por el contrario, se refleja un incremento año tras año; pero al parecer no se avizoran cambios dirigidos a resolver dicha problemática.

Principio de la última *ratio*

El derecho penal es considerado como una forma de control social, tal vez el más severo de los métodos utilizados para el objetivo de sus fines. Dicho de manera sencilla hablar de Derecho penal mínimo, consiste en llevar a este el más mínimo de conductas reprochables para su investigación y sanción. (Carnevali, 2008, p. 35)

Considerar que el derecho penal no es el único medio de control social y para la prevención y reprensión de conductas reprochables por la sociedad, significa que existe una gran cantidad normativa desde el punto de vista Disciplinario, administrativo, civil, contractual, conciliación, para asegurar la solución de conflictos de diversas índoles que ratificarían que el derecho penal puede y debe ser la última instancia a la que se debe acudir para la solución de conductas que ameritan ser conocidas por otras jurisdicciones.

Se tiene que la Doctrina del Derecho Penal mínimo surge en Europa, y ha venido influyendo en toda la América Latina, y va orientada hacia la mínima intervención del derecho penal, en la solución de varias confrontaciones sociales e individuales reprochables en los conciudadanos, y que realmente causan lesiones a bienes jurídicos; pero no de gran gravedad y peligrosidad. Lo que resulta con este principio es que, por política del Estado para la protección de bienes jurídicos, el derecho penal debe ser la última opción a tenerse en cuenta, minimizando en gran manera la aplicación de penas y medidas de seguridad, pudiéndose prevenir y sancionar con otros medios correctivos. (Montáñez, 2010, p. 285-304)

Lo anterior conlleva, al principio de subsidiaridad del derecho penal que ha de ser la última ratio, y utilizar otros medios menos gravosos, en razón a que existe una variedad de bienes jurídicos que son protegidos por el derecho penal y que bien podrían ser investigados y sancionados por otras jurisdicciones.

En consecuencia, el Derecho Penal debe utilizarse sólo en casos extraordinariamente graves (carácter fragmentario) y cuando no haya más remedio por haber fracasado ya otros mecanismos de protección menos gravosos para la persona (naturaleza subsidiaria.). (Leyva y Lugo, 2016, p. 28).

Constitucionalidad de las normas Penales

Antes de desarrollar éste tema es importante, conocer los pronunciamientos que a efectuado la corte sobre la constitucionalidad del art 199 de la ley 1098 de 2006.

Sentencia C 738 de 2008, allí se demandó la inconstitucionalidad del art 199 en sus numerales 3, 7, 8, la Corte solo se pronunció sobre el numeral 3, que trata del principio de oportunidad.

Se inhibió para pronunciarse sobre los numerales 7 y 8 de la citada norma por cuanto los cargos formulados no fueron debidamente sustentados; en esta oportunidad declaró exequible el numeral 3, del principio de oportunidad bajo el argumento esencial de la prevalencia del interés superior del menor “La jurisprudencia ha reconocido que el legislador cuenta con un margen de configuración amplio para definir las causales de procedencia del principio de oportunidad, pero que dicho margen encuentra límite en la naturaleza excepcional de la figura, que viene impuesta por su condición de ser mecanismo de descongestión del aparato judicial que busca la supresión de la acción penal en contra de conductas delictivas de bajo impacto que pueden no ser sancionadas sin

grave detrimento del orden social. Si bien el legislador tiene autonomía para fijar los eventos en que el principio de oportunidad es procedente, también es autónomo para establecer los casos en que dicho principio no tiene aplicación, lo que supone que la decisión del legislador sólo es contraria al orden constitucional si se comprueba que la no procedencia del principio en el delito de que se trate resulta desproporcionada, irrazonable o contraria a la institución misma.

La jurisprudencia de la Corte ha resaltado continuamente que los derechos de los menores de edad tienen prevalencia en el régimen interno no sólo por su expresa consagración constitucional, sino por el reconocimiento que de la misma hacen numerosas disposiciones de derecho internacional que han terminado integradas al bloque de constitucionalidad. La preeminencia de los derechos de los niños hace que el Estado se comprometa especialmente con la protección contra toda forma de abandono, abuso, violencia, secuestro, venta, explotación laboral, económica, trabajos riesgosos, etc.” (Corte Constitucional, sala plena, C 738, 2008)

Finalmente la corte Constitucional en sentencia C-055 de 2010, se inhibió de pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad propuesta entre otros artículos por el 199 de la ley 1098 de 2006, donde el Demandante argumentaba que las prohibiciones allí contenidas vulneraban el derecho a la igualdad y al debido proceso por ineptitud sustantiva de la demanda.

La importancia de la relación que debe existir entre la Constitución y las normas penales debe dirigirse a proteger intereses individuales y colectivos, y a la vez, sociales.

En la Constitución se propende por la protección de derechos fundamentales ya previamente reconocidos dentro de su mismo Estado y a nivel mundial, las cuales son

concebidas como de carácter superior. Estas mismas deben ser acogidas e interpretadas en el ordenamiento penal y aplicadas conforme al precepto Constitucional y los principios generales que aquella consagra. Es así que se inicia a estructurar el derecho penal; tarea que sin duda comienza por el mismo legislador y la interpretación de jueces, fiscales y demás operadores jurídicos, la cual deben ser coherentes con el mandato Constitucional. (Martín, 2012, p. 251-272).

Ahora bien, si la Constitución Política de Colombia se rige por principios y espíritu de corriente garantista y democrática, no es aceptable que el derecho penal imponga normas y sanciones por fuera de esos principios, como es el ejemplo de la ley 1098 del 2006 en su artículo 199, donde de manera abrupta viola los principios de igualdad, debido proceso y proporcionalidad a ciertas personas investigadas por conductas lesivas a los bienes jurídicos tutelados que atentan contra los menores de edad.

La crítica se centra, en que con la promulgación y puesta en marcha de la determinada ley, esta va en contraposición con normas y principios de igual prevalencia como es el de igualdad, la libertad, prohibición de discriminación, penas crueles inhumanas y degradantes, carencia de razonabilidad y proporcionalidad. (Rodríguez, 2010, p. 78-79)

Ahora bien, las normas que atentan contra principios, mandatos y prohibiciones Constitucionales, afectan gravemente el Estado Social de Derecho y el espíritu político que esta irradia en sus conciudadanos, y de igual manera, al mismo derecho penal, creando sin duda inseguridad jurídica, ya que delimitan el *ius puniendi* tanto en el

ámbito legislativo como judicial; creando distorsión y ambigüedad en el operador judicial, el investigado y penado. (Ambos, 2007, p. 69).

De lo expuesto se establece que la Constitución Política de Colombia, como máxima autoridad normativa de un Estado, y desde una visión normativa de un estado, debe irradiar en toda la demás normatividad, civil, penal, administrativa etc. Es decir, toda redacción normativa inferior a la misma Constitución debe estar vinculada con el modelo de Estado que consagra la carta a través de los derechos fundamentales.

CAPÍTULO CUARTO

Acercamiento a los elementos de la política criminal

El significado de la Política Criminal encuentra sus bases en los procesos de investigación y conocimiento de la dinámica delictual de una determinada sociedad, con el fin de adoptar medidas tendientes a prevenir la realización de conductas consideradas por estudios previos como delitos o que causan daños a bienes jurídicamente tutelados. También, tiene injerencia en la adopción de sanciones y montos de penas a imponer por la realización de tales conductas. (Sáenz, 2007, p. 125).

Le asistía razón a Ferrajoli, (2000) al sostener que: “Una refundación del Estado social sobre la base de los principios de sujeción a la ley, igualdad de los ciudadanos e inmunidad de éstos frente a la arbitrariedad, requeriría la distribución de sus prestaciones según la lógica universalista de las garantías de los derechos sociales en vez de intervenciones discrecionales y selectivas de tipo burocrático. El ejemplo paradigmático, en esta dirección, es la de la satisfacción *ex lego*, en forma universal y generalizada, de los derechos a la subsistencia y a la asistencia mediante la atribución de una renta mínima garantizada a todos a partir de la mayoría de edad”. (p. 121).

En este sentido la Corte Constitucional en Sentencia C – 916 de 2002, señala la facultad que tiene el legislador para limitar los derechos de las personas sujeto a la política criminal del Estado, que tiene restricciones por normas constitucionales que debe respetar, como lo es el principio de necesidad, no discriminación, racionalidad mínima y proporcionalidad.

Por ello el legislador tiene libertad de configuración legislativa, estableciendo los márgenes en los que se desenvuelve el contexto de estado social de derecho, en materia penal, constituyen presupuestos que condicionan las decisiones político criminales. Es de ese derecho penal con vocación constitucional, limitado, garantista, como es el hecho de ser un derecho penal mínimo, fragmentado y subsidiario, asentado en los principios de lesividad y no sobre el peligrosismo, adquiere arraigo constitucional, sino que por ello condiciona la política criminal del Estado (Aponte, 2010 p 74)

Se entiende la concepción de derecho penal y política criminal poco armoniosa que fue impuesta por el positivismo ha quedado relegada, por cuanto hoy en día se consideran una ciencia penal, que le brindan al derecho penal las vertientes de prevención y solución a las problemáticas sociales que emanan de los delitos, permitiendo el diseño de estrategias que hagan efectivo la aplicación del derecho penal y del proceso penal (Gómez, 2010 p 138, 139).

Así mismo, hace parte de la política criminal, lograr desarrollar un régimen penitenciario a fin de garantizar que el sancionado cumpla su sanción en condiciones acordes a los derechos establecidos, tanto a nivel interno como por la normatividad internacional. (Ripollés, 1999, p.115-133)

La política criminal es considerada como un medio de vigilancia y control de la criminalidad, de las penas y medidas de seguridad, con el fin de que estas cumplan las funciones para las cuales fueron establecidas; pero todo bajo el respeto de los derechos humanos y en especial, para aquellas personas que son objeto de privación de la libertad. (Martínez, 1995, p. 45).

Sobre tales aspectos la honorable Corte Constitucional ya hizo pronunciamientos en sus sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015, donde se imparten directrices mínimas que se deben cumplir en lo relacionado a la política criminal, y en especial al respeto de los derechos fundamentales establecidos en nuestra carta política.

Las directrices establecidas van dirigidas a todas las autoridades encargadas de diseñar la forma de cómo prevenir y combatir el delito, y la vigilancia y control de las sanciones impuestas, las cuales deben guardar coherencia con el estándar Constitucional, es decir, que el legislador al presentar o tramitar un determinado proyecto de ley, este debe ser ajustado a preceptos constitucionales, como son el de la igualdad, prohibición de discriminación, razonabilidad, y proporcionalidad de las penas. (Carrillo, 2016, p. 24-27).

Lo planteado en el párrafo anterior, soporta la tesis de Rodrigo Uprimny (2017), quien respecto a la metodología de proporcionalidad de las prohibiciones en estos delitos, en su libro: Delitos de Drogas y sobredosis carcelaria en Colombia, establece lo siguiente: “(...) en materia constitucional, pues la judicialización excesiva de los delitos de drogas limita derechos fundamentales (con el ánimo de proteger con eficacia dudosa la salud pública), generando una grave afectación de los derechos que juegan en sentido contrario (autonomía personal, libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana), y sin tener en cuenta criterio alguno de adecuación, necesidad o proporcionalidad”. (p. 16).

En la presente investigación se ha evidenciado que: no sucede algo diferente en Colombia, donde existiendo una coexistencia de normas dentro de nuestro ordenamiento

jurídico; no obstante, esto no es el objeto de estudio, pero un claro ejemplo de ello es la Ley 1098 del 2006, en su artículo 199, el cual contradice los fines esenciales del Estado, no cumple el fin para lo cual fue creada, y consolida vulneración de derechos del personal investigado y sancionado por este delito.

Si bien es cierto, el artículo 199 de la ley 1098 de 2006 fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-738 de 2008, haciendo uso del test de constitucionalidad basado en la libertad de configuración legislativa, allí también se señaló con claridad su inconstitucionalidad devendría si esta resultara desproporcionada, irrazonable o contraria a la institución misma (en ese caso del principio de oportunidad). Esa consideración se ve reflejada en los capítulos del trabajo de grado tendientes a demostrar que tal legislación es desproporcionada al fin legítimo de protección del menor en Colombia por vía del derecho penal.

En todo caso, se presentan tensiones entre el derecho de los niños y los derechos del procesado, que a mi juicio, deben tenerse en cuenta para hacer una propuesta de inconstitucionalidad respecto de lo declarado exequible por el Tribunal Constitucional. Debemos rebatir en sentido jurídico y con los nuevo aportes de la Corte Suprema de Justicia y de los tratadistas ya mencionados, a la Corte Constitucional respecto de los argumentos que le permitieron declarar constitucional la norma que ahora se estudia en este trabajo.

Si la política criminal es el producto de investigaciones previas de tipo social, económica, cultural, religioso, educativo, territorial, historia, costumbres, etc, se busca diseñar estrategias por parte de diferentes organismos del Estado a fin de lograr prevenir,

combatir y sancionar el delito, como también las penas y medidas de seguridad, esto sin duda comprometiendo a toda la sociedad y en especial a las autoridades de la rama legislativa y judicial. Pero es la misma corte como lo ha indicado en sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015, quien ha dicho que el diseño, formulación, desarrollo y evaluación debe estar soportada en todas las garantías y derechos humanos y que su prevalencia debe considerarse como fin esencial del Estado. (Benítez, Quevedo, Molina, Wilches, Rojas, Forero, Durán, 2016, p. 36).

El máximo órgano de cierre Constitucional, mediante la sentencia T-153 de 1998, declaró el Estado de cosas inconstitucional al sistema penitenciario y carcelario de Colombia, y demás, autoridades. Todo esto en razón a las diferentes falencias que se presentan con el personal recluso, donde se les vulnera derechos fundamentales propios de ser protegidos por el mismo Estado; pero en esta misma decisión adopta 9 ordenes adicionales dirigidas a estas autoridades y entidades encargadas del sistema penitenciario y carcelario, con el objeto de preservar preceptos de orden constitucional.

Si bien es cierto que a las personas a las cuales se les restringen la libertad por causas establecidas en la ley, pierden un importante derecho; esto no indica que se deban suprimir todos los derechos, sino sólo aquellos necesarios e indispensables para el cumplimiento de la sanción. Al respecto la Corte en su sentencia T-049 del 2016, expreso lo siguiente:

La tensión constitucional que surge entre ser objeto de especiales restricciones sobre sus derechos fundamentales y, a la vez, ser objeto de especiales protecciones sobre sus derechos fundamentales, lleva a actitudes y políticas contradictorias. Una política criminal y carcelaria

respetuosa de la dignidad humana, debe lograr un adecuado balance entre una y otra condición que se reúnen en las personas privadas de la libertad. (Corte Constitucional, Derechos del Interno, T-049, 2016).

Es así que el derecho al trabajo del personal recluso, hace parte de la resocialización como derecho otorgado por la misma Constitución, aunque no se puede desconocer que en el sistema penitenciario colombiano existen limitaciones significativas con respecto a los cupos de trabajo, no significa que este derecho se pueda desaparecer o prohibir a un sector de reclusos y peor aún, desconocerse su descuento como lo pretende la mencionada Ley 1098 del 2006 en su artículo 199 y que ha venido cambiando la línea jurisprudencial con el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, Sala penal, en Sentencia STP-8442 de 2015. Resulta claro, que con la expedición de esta ley se estarían desbordando elementos propios de una política criminal, como la igualdad, dignidad humana, y derecho al trabajo y redención del mismo. (Krombauer, p. 43).

Fin legítimo de la pena

El Pacto de Derechos Civiles en su art. 10. Numeral 1. Establece que, Toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Por su parte la Constitución, en lo pertinente indica como principio la dignidad humana, prohibiendo los tratos o penas crueles inhumanos o degradantes. Por su parte la ley 65 de 1993 reformada por la ley 1709 de 2014, establece en su Numeral 3. El régimen Penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.

El artículo 4 del código penal establece los fines de la pena, dentro de estos se establecen funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado

Sin embargo, es importante recordar que la finalidad de la retribución justa de la pena, tiene su antecedente histórico en la ley del Tali3n, la cual consistía en compensar o suprimir el mal causando otro mal igual o proporcional al realizado, esta ideología tuvo su apogeo en el Estado Liberal; pero que, desde el punto de vista político-social, tuvo unas consecuencias catastr3ficas. (Boh3rquez, 2016, p. 47).

Ahora bien, si analizamos el concepto generalizado de muchos estudiosos del derecho penal, la retribuci3n justa proviene de la dogmática alemana y esta es asociada con venganza primitiva o la de la ley del Tali3n; adem3s, de las teorías absolutas de las penas, que tambi3n estas provienen de Estados autoritarios. Lo que la enmarcan dentro de un concepto inhumano y violatorio de derechos y garantías al condenado, considerándose indigna su aplicaci3n en un Estado Social de derecho como es el nuestro, aqu3 en Colombia,

En cuanto a la definici3n de pena, existe una diversidad de conceptos, criterios y definiciones, coincidentes en que esta proviene de la coerci3n del Estado para la armonía social de sus conciudadanos, y fijar su posici3n dominante entre ellos; pero dichas definiciones y posiciones han venido sufriendo cambios a la definici3n tradicional de pena, en el sentido de que esta, no puede tomarse como un mal para retribuir otro mal que es la culpabilidad del infractor. (Estrada, Moscoso y Andrade, 2016, p. 4-6).

La definición ha venido optando por definiciones más progresivas y humanas, donde se resalta el respeto de la vida, la integridad personal, la dignidad, la proporcionalidad, la racionalidad. Así, como también la utilidad de esta debe comprender la satisfacción del objeto perseguido.

Así las cosas, las teorías absolutas donde la retribución hace su mayor expresión, estas se han resquebrajado, en razón a que los mismos Estados absolutos desaparecieron desde hace décadas. Tanto es así que el poder judicial ya no viene de Dios sino de hombres de carne y huesos con todas sus debilidades y equivocaciones, imperfectos y con una serie de contradicciones de sus mismas posturas y filosofías que encarnan en sus sentencias; resoluciones dudosas, posturas personales alejadas de verdaderos enjuiciamientos dentro del marco legal y moral. (Porrás, Prado y Sánchez, 2015, p. 56-58).

Según los postulados de retribución, de los teóricos Kant y Hegel para quienes la función de la pena era simplemente, la realización de la justicia, ha venido siendo desarrollada y evolucionada. Incorporándosele nuevas funciones y bajo normas y regulaciones mucho más humanas en la búsqueda de la igualdad, humanización, proporcionalidad, dignidad humana, etc. (Rendueles y Dreher, 2007, p. 120)

Sin embargo, contrariando a los máximos teóricos de estas filosofías absolutistas, la pena no sólo tiene como objeto ser impuesta por haber delinquido o por aniquilar y negar la existencia del delito, no es admisible dicen también estos teóricos, que castigar

al hombre sólo en beneficio de la sociedad, no es sano, en razón a que estos, servirían solo de instrumento para la regulación de esta. (Cordini,2014, p. 671-673).

Las críticas respecto a las teorías absolutistas o retribucionistas hacen entrever que estas, son inadecuadas e inútiles para lograr el fin perseguido, en razón a que esta se impone como retribución de la culpabilidad; pues esta solo es demostrable empíricamente. Ahora bien, si es como retribución del hecho injusto, esta pena es una necesidad de todo Estado para armonizar las relaciones de los asociados.

La retribución, así como busca proteger bienes jurídicos, también lesiona de manera grave otros bienes de igual protección constitucional. Las bases teóricas de la función retributiva de la pena van en contravía con las bases teóricas de un Estado Social de derechos, y si bien es cierto, cumplen la función de realización de la justicia, dejan de hacerlo con otras funciones mucho más importantes como la resocialización, la humanización, y el carácter de dignidad e igualdad del ser humano. (Sáenz, 2007, p. 25).

Entendiendo la humanización no solo del proceso sino de la pena misma, teniendo una relación con los plazos y los términos procesales en toda la actuación sin tener que someter al indiciado sin una seguridad jurídica, a un plazo irrazonable, a dilaciones indebidas, configurando la trasgresión al debido proceso, en que momento el fallador emérita una decisión de fondo, conllevando a la vulneración de la dignidad del procesado. (Gómez, 2010, p. 112, 113).

Línea evolutiva del aumento de penas en Colombia

En Colombia la evolución del aumento de penas, se ha venido desarrollando aproximadamente, desde los años 1863 en forma paulatina; pero las penas han aumentado en proporciones considerablemente altas, al punto que en algunos años se alcanzó a duplicar, una muestra de dicho precedente es el siguiente:

- Constitución radical de 1863: máximo 10 años de prisión.
- Código Penal de 1936: máximo 24 años de presidio.
- Código Penal de 1980: máximo 30 años de prisión.
- Ley 40 de 1993: máximo 60 años de prisión.
- Código Penal del 2000 Ley 599: máximo 40 años de prisión.
- Ley 890 del 2004: máximo 50 años para un delito y 60 para el concurso de delitos. El artículo 14. De la ley 890 de 2004 incrementó las penas en un tercio para el mínimo y en la mitad para el máximo.
- la ley 1236 de 2008, aumento las penas para los delitos sexuales

- Exposición de Motivos art 199 ley 1098 de 2006: Gaceta del congreso 551 de 23 de agosto de 2005 pág. 31 “Por ello el país tiene una deuda con los niños niñas que son víctimas de los vejámenes más atroces, lo que hace necesario proveer normas persuasivas que impongan sanciones severas contra los adultos que los maltratan y que cometen delitos contra ellos y ellas”. Que no promovió aumento de penas sino que suprimió todo tipo de beneficios, subrogados penales y administrativos, además de no proceder rebajas de penas y preacuerdos.

- Ley 1236, del 23 de julio de 2008: Por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual”. Esta ley, incrementó las penas para los que atentan contra la libertad, integridad y formación sexual de los menores de edad.

En la exposición de motivos de la Ley 1236 de 2008. Gaceta del Congreso 243 de 25 de julio de 2006. En el proyecto se propone la agravación punitiva de las conductas que ya se encuentran tipificadas en nuestra legislación, proponiendo una mayor congruencia entre los distintos tipos penales y sus respectivas sanciones.

El énfasis que se hace en el aumento de penas cuando las víctimas son menores de edad, tiene por finalidad dar alcance a los mandatos constitucionales que promueven por la protección de la niñez y del menor, con el fin de traducir esos predicados superiores a la legislación penal vigente, art. 44 y 45 de la carta política. Sin embargo las penas aumentadas de esta forma, y sin permitir ningún tipo de rebaja por preacuerdos o negociaciones con la Fiscalía, se tornan en arbitrarias, de esta forma lo ha expresado la corte suprema de justicia en sentencia de casación 33254 de fecha 27 de febrero de 2013 M.P. Jose Leonidas Bustos:

*el aumento **injustificado** de penas deviene en una medida arbitraria y lesiva de la garantía fundamental de proporcionalidad. Pues, de una parte, se trataría de una determinación excesiva por ausencia de idoneidad, en tanto la falta de justificación impide el emprendimiento de un juicio de vinculación entre medios y fines; de otra, también se atentaría contra el valor justicia --integrado por los conceptos de proporcionalidad, alteridad e igualdad¹ y referente obligatorio de la función retributiva de la pena--, el cual, estando consignado en el preámbulo y los arts. 2º y 230 de la Constitución, adquiere signo normativo condicionante de la interpretación del ordenamiento infraconstitucional.*

CONCLUSIONES

Luego de adelantado el presente trabajo de grado, se puede concluir con sobrada razón que abordar las prohibiciones de beneficios y subrogados penales en la ley de Infancia y adolescencia (ley 1098 de 2006) desde la perspectiva de su inconstitucionalidad, permitió determinar que la norma cuestionada, es violatoria de los derechos de los acusados y penados, el cual por norma constitucional deben ser tratado en condiciones de igualdad y proporcionalidad, respecto de la Comisión del Delito.

Ahora bien, se evidenció que el inflacionismo penal y la sobrecarga del sistema penal colombiano con prohibiciones más allá de las normas ordinarias sustancial y procedimental, es una característica de la legislación penal. Por lo expuesto, la presente investigación resulta pertinente, por cuanto esta problemática legislativa genera estado de cosas inconstitucionales al momento de ser aplicadas a nuestra realidad.

Las prohibiciones judiciales y administrativas contempladas en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2008 no superan el juicio de proporcionalidad, que corresponde a todas las normas para que su validez, este acorde con nuestro ordenamiento jurídico. Porque si bien es cierto que persiguen una finalidad legítima a la luz de la constitución, como es la protección de los derechos prevalentes de los menores de edad, también lo es que dichas restricciones no han demostrado su eficacia, en tanto, no han logrado, en manera alguna, conseguir el fin perseguido, como es cesar o bajar los índices de la comisión de conductas punibles contra menores de edad.

La pretendida protección de los menores de edad, mediante la ponderación de otros derechos, también de raigambre constitucional, como el derecho a la igualdad, debido proceso, dignidad humana, desconoce el beneficio que tienen todos los acusados de aceptar cargos y, por ende, se afecta el sistema de Justicia premial, respecto de una rebaja de pena, lo que conlleva un trato diferente a personas que están en igualdad de condiciones, es decir, acusados de violar la ley penal, para los cuales se ha creado un solo proceso.

El debido proceso se debe aplicar a todos los acusados sin que sea válida ninguna distinción, so pretexto de salvaguardar los derechos de los menores, los cuales pueden protegerse, sin afectar los derechos, también constitucionales de los sujetos del proceso penal.

Es importante resaltar que, cuando a la víctima le asista el derecho a participar en el proceso penal, para los cometidos de verdad, justicia, reparación y no repetición, el protagonista del proceso penal es el acusado y no la víctima, pues el propósito de la mayoría de derechos y principios del Derecho penal es la humanización de éste, buscando que el derecho penal sea la última ratio.

Una pena como la que se aplica a los condenados por delitos contra menores de edad, verbigracia por un delito sexual, sin permitirle una rebaja por aceptación o preacuerdo con la Fiscalía, se torna desproporcionada e ilegítima, máxime cuando la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que el aumento de penas contemplado en el art 14 de la ley 890 de 2004, solo es justificable a la luz de un sistema premial, como el

Sistema Penal Acusatorio de la ley 906 de 2004, el cual comporta allanamientos, preacuerdos y negociaciones.

Los derechos, garantías constitucionales y principios constitucionales y legales deben ser aplicados a todos los procesados, sin ninguna clase de distinción, ni siquiera por la calidad de la víctima.

El desconocimiento de ese principio de igualdad –basilar del Estado de Derecho– supone que sea reemplazado por una determinación capaz de generar un mejor reconocimiento de los principios, derechos y garantías constitucionales. Y solamente puede vulnerarse en aras de aplicar un trato discriminatorio que cumpla, de manera eficaz y cierta, test de razonabilidad y el principio de proporcionalidad.

Los derechos de los procesados no están en contraposición con los derechos fundamentales consagrados en la carta magna para los menores de edad, contemplados en el art. 44 de la Constitución Nacional ya que “aquí se busca privilegiar la protección de los menores de manera preventiva y en estos, se trata de consolidar un debido proceso, en que el actor central no es el menor sino el acusado, que está en procura de que se le adelante un debido proceso, con todas las garantías, a efectos de que la sentencia que se le imponga sea legal justa y apropiada” (2017). Sentencia del Juzgado 16 penal del circuito de Medellín, de fecha 2 marzo de 2017. Juez Nicolas Alberto Molina Aterhortua. Al menor se le pueden salvaguardar todos sus derechos, sin afectar el debido proceso, dignidad humana, derecho a la igualdad entre otros derechos del procesado y/o del acusado.

Una politica criminal consistente no puede basarse en el aumento desproporcionado de las penas y en el desconocimiento de los derechos fundamentales de los infractores de la ley penal; por el contrario debe responder a realidades sentidas de una comunidad y ser integrada con una política social, educativa, cultural, ambiental, y espiritual que genere solidaridad y respeto, valores indispensables en toda forma de convivencia saludable.

Como se ha mencionado el fallo de tutela de 2 de julio de 2015, rad. 80488, STP8442-2015 y la Sentencia T-718 de 2015, la prevalencia de los derechos de los menores no puede ser entendida como la negación absoluta de las garantías fundamentales de los condenados.

En síntesis, las prohibiciones previstas en el art. 199 de la Ley 1098 de 2008, que, so pretexto de salvaguardar los derechos prevalentes de los menores de edad, suprimen la posibilidad de efectuar preacuerdos, con beneficio reciproco entre Fiscalia, imputado y la victima de reparacion y no repeticion, ademas negociaciones, rebajas y cualquier otro beneficio o subrugado judicial o administrativo, en los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosas, delitos contra la libertad, integridad y formaciòn sexuales, o secuestro cuando las víctimas sean los menores de edad, han demostrado, al menos en el caso de los delitos sexuales, una evidente ineficacia instrumental.

Lo unico que se ha logrado con las prohibiciones del artículo 199, de la ley 1098 de 2006, es el desconocimiento de principios fundamentales de estricto orden

constitucional como el del derecho a la igualdad, al debido proceso, dignidad humana, prohibición de penas crueles inhumanas o degradantes.

Si bien es cierto, el artículo 199 de la ley 1098 de 2006 fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-738 de 2008, haciendo uso del test de constitucionalidad basado en la libertad de configuración legislativa, allí también se señaló con claridad que su inconstitucionalidad devendría si esta resultara desproporcionada, irrazonable o contraria a la institución misma (en ese caso del principio de oportunidad). Esa consideración se ve reflejada en los capítulos del trabajo de grado, en donde se demuestra que tal legislación es desproporcionada al fin legítimo de protección del menor en Colombia por vía del derecho penal.

En efecto, usando las palabras de la sentencia T-718 de 2015, este tratamiento desigual de las personas acusadas por la comisión de tales delitos, instrumentaliza al ser humano, olvidando que el hombre es un fin en sí mismo y no puede ser tomado como instrumento para el logro de ningún fin, por altruista o loable que éste sea.

FUENTES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

Congreso de Colombia. (26 de diciembre de 1968). Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de derechos Civiles y políticos, así como el Protocolo Facultativo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas [Ley 74 de 1968].

Congreso de Colombia. (27 de noviembre de 1989). Código del Menor [Decreto 2737 de 1989]

Congreso de Colombia. (22 de enero de 1991). Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño [ley 12 de 1.991]

Congreso de Colombia. (19 de Agosto de 1993). Código Penitenciario y Carcelario. [Ley 65 de 1993]. [Diario Oficial 40999 de agosto 20 de 1993]. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9210>

Congreso de Colombia. (07 de julio de 2004). Modificación al Código Penal [Ley 890 del 2004].

Congreso de Colombia. (08 de noviembre de 2006). Código de la infancia y la Adolescencia. [Ley 1098 de 2006]. [Diario Oficial 46446 de noviembre 08 de 2006]. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22106>
Constitución política de Colombia [Const.] (1991) 2da Ed. Legis

Congreso de Colombia. (8 de noviembre de 2006). Código de Infancia y Adolescencia. [Ley 1098 de 2006]

Congreso de Colombia. (23 de julio de 2008). Modifica algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual [Ley 1236 de 2008].

Corte Constitucional, Sala Plena, (05 de junio de 1992). Tutela T 406 [Ciro Angarita Barón]

Corte Constitucional, Sala Plena, (29 de octubre de 2002), Sentencia C – 916 radicado D-4020 [Manuel José Cepeda Espinoza]

Corte Constitucional. Sentencia C-349, 2009. Recuperado de www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-349-09.htm

Corte Constitucional, Sala Plena, (02 de diciembre 2010). Demanda D-8134 [M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional, Sala Plena, (01 de abril de 2014). Tutela T 197 [Alberto Rojas Ríos]

Corte Constitucional, Sala Plena, (14 de marzo de 2016). Tutela T 129 [Jorge Ignacio Pretelt].

Corte Constitucional, Sala Plena, (02 de febrero de 2017). SU049 [María Victoria Calle].

Congreso de Colombia. (20 de enero de 2014). Se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 [*Ley 1709 de 2014*]

Congreso de Colombia. (24 de julio de 2000). Código Penal [Ley 599 del 2000]

Corte Constitucional, Sala Plena. (14 de noviembre de 2007). Sentencia C-961[MP. Nilson Pinilla Pinilla]

Corte Constitucional, Sala Plena. (23 de enero de 2008). Sentencia C033 [MP. Jaime Córdoba]

Corte Constitucional, Sala Plena. (30 de enero de 2008). Sentencia C061 [MP. Nilson Pinilla Pinilla]

Corte Constitucional, Sala Plena. (05 de marzo de 2008). Sentencia C228 [MP. Jaime Araujo Rentería]

Corte Constitucional, Sala Plena. (09 de julio de 2008). Sentencia C690 [MP. Nilson Pinilla]

Corte Constitucional, Sala Plena. (23 de julio de 2008). Sentencia C738 [MP. Marco Gerardo Monroy]

Corte Constitucional, Sala Plena. (23 de julio de 2008). Sentencia C740 [MP. Jaime Araujo Rentería]

Corte Constitucional, Sala Plena. (11 de marzo de 2009) Sentencia C149 [MP. Mauricio González Cuervo]

Corte Constitucional, Sala Plena. (30 de Septiembre de 2009) Sentencia C684 [MP. Humberto Antonio Sierra]

Corte Constitucional, Sala Plena. (03 de Febrero de 2010) Sentencia C055 [MP. Juan Carlos Henao]

Corte Constitucional, Sala Plena. (27 de Octubre de 2010) Sentencia C055 [MP. Luis Ernesto Vargas]

Corte Constitucional, Sala Plena. (02 de marzo de 2011) Sentencia C126 [MP. María Victoria Calle Correa]

Corte Constitucional, Sala Plena. (30 de noviembre de 2011) Sentencia C900 [MP. Jorge Ignacio Pretelt]

Corte Constitucional, Sala Primera (28 de junio de 2013) Sentencia T388 [MP. Mauricio González Cuervo]

Corte Constitucional, (04 de diciembre de 2014). Sentencia C951. [Ley 1236 de 2008]

Corte Constitucional, (08 de mayo de 2015). Sentencia T 267-15 [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional, Sala Plena. (02 de julio de 2015). Sentencia 8442 [MP. José Luis Barceló Camacho]

Corte Constitucional, Sala Sexta de revisión. (24 de Noviembre de 2015). Sentencia C718 [MP. Jorge Iván Palacio Palacio]

Corte Constitucional (16 de diciembre de 2015) Sentencia T-762 [MP. Gloria Stella Ortiz Delgado]

Corte Constitucional (10 de febrero de 2016) Sentencia T-762 [MP. Jorge Iván Palacios]

Corte Constitucional, Sala Plena. (13 de abril de 2016) Sentencia C181 [MP. Gloria Stella Ortiz]

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal. (27 de febrero de 2013) Casación N° 33254 [MP. José Leónidas Bustos]

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal. (11 de mayo de 2016) STP 6017-2016 [MP. José Francisco Acuña Vizcaya]

BIBLIOGRAFÍA

Afanador, M. (2002). El derecho a la integridad personal-Elementos para su análisis. *Convergencia Revista de Ciencias Sociales* No. 30 Recuperado de <http://convergencia.uaemex.mx/article/view/1669/1264>.

Ambos, K. (2007). Los fundamentos del Ius Puniendi nacional; en particular, su aplicación extraterritorial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* Vol. XL 267-293. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42711901>

Aponte Cardona, A. (2010). Principio de oportunidad y política criminal de la discrecionalidad técnica a la discrecionalidad política reglada. Colombia: *Panamericana formas e impresos S.A.*

Gómez Pavajeau C. (2010). Preacuerdos y negociaciones de culpabilidad. Colombia: *Panamericana formas e impresos s.a.*

Arcila Rivera, A., Castaño Ramírez, M., Osorio Montoya, D., y Quiroz, G. (2013). Caracterización sociodemográfica, del desarrollo psicosexual y del delito en hombres condenados por delitos sexuales reclusos en el centro penitenciario de Manizales. *Revista Colombiana de Psiquiatría* Vol. 42. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80626357008>

Arrubla, J. A. S., Cock, V. S., Camargo, C. Q., y Díaz, J. (2014). Proyecto de atención a víctimas de violencia sexual en el consultorio jurídico de la pontificia. *Revista Universitas* Vol. 63 No. 129

Benítez, S., y Domínguez, A. (2014). Un acercamiento a la participación político electoral de los pueblos indígenas de México. *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos* Vol. XLIV. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=27032150005>

Benítez, P. B., Quevedo, M. G., Molina, M. M., Wilches, K. E., Rojas, C. M., Forero, C. I. A., y Durán, D. (2016). *Política criminal y libertad*. Bogotá: Universidad externada de Colombia.

Bohórquez, C. (2016). El derecho a la redención de la pena en el Sistema Penal Colombiano. Recuperado de: <http://ucatolica.metabiblioteca.org/handle/10983/13755>

Carnevali Rodríguez, R. (2008). Derecho penal como ultima ratio. hacia una política criminal racional. *Ius et Praxis* Vol. 14 Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19714102>

Carpizo, J. (2011). Los principios jurídico-políticos fundamentales en la Constitución mexicana. *Revista Derecho del Estado*. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337630238001>

Carpizo, J. (2011). Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características. *Cuestiones Constitucionales*. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88520881001>

Carrillo Bohorquez, M. A. (2016). *El derecho a la redención de la pena en el Sistema Penal Colombiano*. (Tesis de pregrado) Universidad Católica de Colombia, Bogotá. Colombia

Cordini, N S; (2014). La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva?. *Revista de Derecho*. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173636985015>

Cobo del Rosal, Manuel. (2005). *Derecho Penal Español*. España: Editorial Dykinson.

Dávila, P., y Naya, L. (2012). El Derecho a La Educación en el Marco de los Derechos del Niño En América Latina. Una Perspectiva Comparada. *Revista Mexicana de Investigación Educativa*, Vol. 17. Recuperado de <http://9081-ww.redalyc.org/articulo.oa?id=14023105006>

Durán-Strauch, E., Guáqueta-Rodríguez, C., Torres-Quintero, A., (2011). Restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes en el sistema nacional de bienestar familiar. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud* No. 9. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=77321592005>

Díaz, L. (2011). La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. *Revista de Derecho*. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173620958004>

Díaz, O., González, J., y Sarmiento, A. (2015). Perspectivas de los derechos humanos y la libertad en contextos de sistemas penitenciarios. *Análisis Político* Vol. 28.

De, P. (2006). infancia y adolescencia. XXII Congreso Español de Pediatría Social (p. 33).

Estrada, F., Moscoso Duran, F. F., y Andrade Valbuena, N. A. (2016). Políticas de seguridad contra el narcotráfico: México, Brasil y Colombia. *Análisis Político*, Vol. 29 No. 86.

Flores Zúñiga, P D; (2015). Delitos sexuales infanto-juveniles perpetrados por mujeres: caracterización y análisis fenomenológico en el contexto chileno. *Universitas Psychologica* Vol. 14. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=64739086004>

Galvis Ortiz, L. (2009). La Convención de los Derechos del Niño veinte años después. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, Vol. 7. Recuperado de <http://tuxchi.redalyc.org/articulo.oa?id=77315614002>

Gámez-Guadix, M., Jiménez, G., Muñoz-Rivas, M. (2008). Factores de riesgo y de protección para el maltrato infantil en niños mexicanos. *Revista Mexicana de Psicología* Vol. 25. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=243016300013>

González Arana, R., y Molinares Guerrero, I. (2010). La violencia en Colombia. Una mirada particular para su comprensión. De cómo percibimos la violencia social a gran escala y hacemos invisible la violencia no mediática. *Investigación & Desarrollo* Vol. 18. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=26819931006>

Hernández Alarcón, C. (2005). *El Debido Proceso y la Justicia Penal Juvenil*. (Tesis para optar el grado de Magister en Derecho), Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.

Hernández, A. (2011). El sistema de responsabilidad penal para adolescentes, su constitucionalidad y validez a la luz de los instrumentos internacionales sobre protección de la niñez. *Revista Vniversitas* Vol. 6 No. 122

Jiménez-Barros, R. (2012). Naturaleza del defensor de familia como institución garante de la eficacia de los derechos de la niñez y la adolescencia.: ¿conciliador o juez?. *Revista Vniversitas* Vol. 124. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602012000100008.

Jiménez Benítez, W. (2015). El enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas. *Revista Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas* Vol. 7 No. 12

Krombauer, G. (2015). Las personas privadas de su libertad y el derecho al trabajo. *Revista Idelcoop* No. 216. Recuperado de <http://www.idelcoop.org.ar/sites/www.idelcoop.org.ar/files/revista/articulos/pdf/revista-216-normativa-01.pdf>

López -Contreras, R E; (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, Vol. 13. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=77338632001>

Martín Armengol, R. (2012). Norma fundamental y poder político. *Politeia* Vol. 35. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=170026397004>

Martínez, M. (1995). *Estado de derecho y política criminal: la política de sometimiento en Colombia*. Bogotá: Ed. Jurídicas Gustavo

Montáñez-Ruiz, J. (2010). El debate entre la expansión del derecho penal hacia la criminalidad de la clase alta y el derecho penal mínimo. *Revista Estudios Socio-Jurídicos* Vol. 12. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73313677013>

Naya, L., y Dávila, P. (2012). La protección de la infancia en situaciones de riesgo en América Latina a través de los códigos de la niñez. *Pedagogía Social. Revista Interuniversitaria*. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=135025474008>

Nogueira Alcalá, H. (1997). El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional. *Ius et Praxis* Vol. 2. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19720216>

Páez, L. y Hernández, H. (2004). Comportamiento del delito sexual en Colombia en el 2004, una visión poco optimista. *Revista del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses* Recuperado de

<http://www.medicinalegal.gov.co/documents/10180/33604/2+Delitosexual.pdf/7abb468a-ddd4-4f85-b2ef-bec607dba06b>.

(2015, 09, febrero). Polémica por 'zanahoria' para quienes cometan crímenes contra menores. Periódico El Tiempo. Recuperado de <http://m.eltiempo.com/politica/justicia/polemica-por-zanahoria-para-quienes-cometan-crimes-contr-menores/15860156/1>.

Porras Sandoval, M., Prado C., Helena, y Sánchez Sánchez, E. (2015). Configuración del Derecho Penal de acto en Colombia ¿hacia un Derecho Penal de autor? Estado de la cuestión doctrinal y jurisprudencial (Tesis de Maestría en Derecho Penal). Universidad Libre de Colombia, Bogotá

Ramírez Lamy, A. (2010). Diferencias teóricoprácticas entre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. *Revista VIA IURIS*. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=273919439007>

Restrepo Rendón, L., Sepúlveda Gallego, L., Moreno Cubillos, C. (2012). Discriminación y violencia de género en la Universidad de Caldas. *Revista Hacia la Promoción de la Salud* No. 17. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=309124894003>

___Ripollés, J. (1999). El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista. *Nuevo Foro Penal* Vol. 12 No. 60.

Rodríguez Alzate, S; (2010). Interpretación constitucional y judicial. Como leer sentencias judiciales. *Prolegómenos. Derechos y Valores* Vol. XIII No. 26. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87617274006>

Ruiz-Hernández, A. (2011). El Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, su constitucionalidad y validez a la luz de los instrumentos internacionales sobre protección de la niñez. *Vniversitas* No. 122. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82522606012>

Sáenz Rojas, M. (2007). El discurso resocializador: hacia una nueva propuesta para el sistema penitenciario. *Revista de Ciencias Sociales* Vol. I No. 115. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15311510>

Ruíz Valerio, J. (2006). Democracia y Estado de Derecho: una combinación difícil en el contexto latinoamericano. *Espacios Públicos* Vol. 9 No. 17. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=67601711>

Salazar Agudelo, E. (2008). Violencia intrafamiliar y social bajo la influencia del alcohol y las drogas. *Investigación en Enfermería: Imagen y Desarrollo* Vol 10 No. 2. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=145217279002>

Sanabria, P., Barreto, M., González, L., Moreno, S., y Pinzón, A. (2013). Evaluación de la atención a víctimas de la violencia sexual: experiencia en tres hospitales de Bogotá. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública* Vol. 31 No. 2. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=12028113007>

Santacruz-López, Raúl, y Blanco-Rodríguez, Jinyola. (2015). La protección penal de las uniones de hecho en Latinoamérica. *Universitos* No. 130. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj130.ppuh>

Uprimny Yepes, R., Chaparro Hernández, S. y Cruz, O. “Delitos de drogas y sobredosis carcelaria en Colombia”. Recuperado de: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/07/Delitos-de-drogas-y-sobredosis-carcelaria-en-Colombia-Version-final-PDF-para-WEB.pdf>

Zagrebelsky, G. (2011). *Historia y Constitución* Madrid: Editorial Trotta.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, imprenta fareso S.A.

Patricia Brogna, *derecho a la igualdad ... ¿o el derecho a la diferencia?*, El cotidiano num 134, 2005 .