

REFLEXIONES SOBRE LA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA PARA LA INTRODUCCIÓN DE LA CADENA PERPETUA: respuesta al “sexual predator” en los delitos contra menores*

Lina Mariola Díaz Cortés**

Si se me dijese que la esclavitud perpetua es tan dolorosa, y por tanto tan cruel como la muerte, responderé que sumando todos los movimientos infelices de la esclavitud lo será aún más; pero éstos se reparten sobre toda la vida, y aquélla ejercita toda su fuerza en un momento; y en esto se halla la ventaja de la pena de esclavitud, que atemoriza más a quien la ve que a quien la sufre; porque el primero considera todo el complejo de momentos infelices, y el segundo está distraído de la infelicidad del momento futuro con la del presente.

Cesare Beccaria¹

* Fecha de recepción: febrero de 2009. Fecha de modificación: abril de 2009. Fecha de aceptación: junio de 2009.

Este trabajo fue publicado antes en la *Revista General de Derecho Penal* n.º 11, Iustel, España, mayo de 2009 [www.iustel.com].

** Doctora en derecho penal por la Universidad de Salamanca (España); profesora del título propio de ciencias de la seguridad, Universidad de Salamanca. Correo electrónico: ldiaz@usal.es.

1 CESARE BECCARIA. *De los delitos y de las penas* (traducción de JUAN ANTONIO DE LAS CASAS), Madrid, Alianza, 2002, p. 85.

Sumario. I. Consideraciones previas. II. Contexto actual de los delitos sexuales en los casos en que el sujeto pasivo es un menor. III. Política criminal propuesta en Colombia para delitos sexuales contra menores. A. Debate en torno al inciso segundo del artículo 48 del Código de la Infancia y la Adolescencia. B. Propuesta de reforma constitucional para la introducción de la cadena perpetua para los violadores de menores de edad. 1. Proyecto de Acto Legislativo 23 de 2007 (Cámara). 2. Proyecto de Acto Legislativo 38 de 2007 (Cámara). 3. Propuesta de referendo. IV. Hacia la inocuización del delincuente sexual. A. Reeducción vs. cadena perpetua. B. Proporcionalidad y dignidad humana vs. cadena perpetua

Resumen. El artículo analiza los diferentes proyectos de ley que buscan dar respuesta a episodios esporádicos de violencia sexual contra menores. De esta forma se estudia la política criminal “irracional” que se ha propuesto en Colombia para los delitos sexuales contra menores, es decir, en concreto, las propuestas absurdas e injustificadas de implementar instrumentos como la cadena perpetua, que desconocen principios básicos contenidos dentro de nuestra Carta de derechos y que han sido acogidos desde antaño por penalistas que defienden la utilización racional de los instrumentos punitivos del Estado.

Palabras clave: delitos sexuales, menor de edad, política criminal en Colombia, inocuización, proporcionalidad, dignidad humana, cadena perpetua, reeducación.

REFLECTIONS ON THE PROPOSAL FOR CONSTITUTIONAL REFORM IN COLOMBIA REGARDING THE INTRODUCTION OF LIFE IMPRISONMENT FOR SEX OFFENDERS AGAINST MINORS

Abstract. This article analyses some projects of law which have been proposed as an answer to some high profile, well publicised child abuse cases the recently proposed criminal policy to tackle Colombian child abuse offences is examined. Specifically the unjustifiable proposals of the implementation of life sentences, which ignores fundamental principles outlined in our legislation. For many years these principles have been adopted by criminal law professionals who defend the fair and rational use of punishment by the State.

Keywords: sexual abuse, child abuse, Colombian criminal policies, regulation of sex offenders, principle of proportionality, dignity, life sentence, rehabilitation of sex offenders.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS²

Escribir sobre la violencia, abuso, pornografía y explotación sexual de menores es, dentro del contexto jurídico colombiano, una necesidad insoslayable para todos aquellos que desde la academia nos dedicamos al estudio del derecho penal.

No resulta nada grato observar cómo se utilizan de forma precipitada los instrumentos penales por la maquinaria política de turno, los cuales son presentados como panacea a los problemas de la sociedad. En efecto, en una tendencia globalizada, la expedición de leyes penales tiene una inclinación a apartarse del rigor metodológico propio de la necesaria racionalidad que para estos efectos se requiere³, haciendo leyes exclusivamente emotivas y circunstanciales que pueden poner en marcha políticas de signo autoritario⁴.

Concretamente en el caso colombiano, causa sorpresa leer frases de quienes, abandonando el proceso para proponer una reforma constitucional que permita aplicar la cadena perpetua para los violadores y homicidas de menores, consideran que la reforma de un artículo constitucional es “el mejor regalo de navidad que se les puede dar a nuestros niños”⁵. Y es que frases tan irrisorias como estas suelen ser repetidas por nuestros representantes políticos en conmovedores discursos que, lejos de obedecer a la magia macondiana que poseemos todos los colombianos, producen indignación para nuestros millones de niños afectados por la violencia de nuestra guerra y la indiferencia de nuestro Estado.

Ahora bien: como no se trata de entrar en el mismo círculo enfermizo de la palabra sin sentido, con el presente escrito pretendo presentar un análisis de la actual política criminal en materia de delincuencia sexual contra menores en Colombia. El artículo busca presentar los fundamentos por los cuales, en mi concepto, la actual política criminal en este ámbito encierra una tendencia globalizada que busca la inocuización del delincuente sexual.

2 Cuando en el texto nos refiramos a *menores*, debe tomarse como un concepto genérico que involucra a los niños (0 a 12 años) y adolescentes (12 a 18 años). Por lo cual, cuando digamos *menor* podremos referirnos a cualquier sujeto dentro de estas franjas de edad.

3 Sobre este punto, *vid.* JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS. *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003. El autor propone un modelo de legislación que, entendiendo ésta como proceso de decisión, la aproxime lo más posible a la teoría de la decisión racional. Lo anterior puede ser entendido como un proceso metodológico para que las leyes sigan esta racionalidad, la cual no se refiere a cuestiones formales, sino de fondo.

4 En este sentido, JOSÉ MARÍA TAMARIT SUMALLA. *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*, Navarra, Aranzadi, 2002, p. 16, plantea el riesgo de una hipersensibilización, en la cual los menores sirvan de coartada para la marcha de políticas de signo autoritario.

5 En este sentido se pronunció el representante a la Cámara SIMÓN GAVIRIA. *Vid.* [www.elespectador.com/noticias/politica/articulo-colombia-le-pierde-el-miedo-denunciar-los-abusadores-sexuales] (consultado el 4 de mayo de 2009).

Para su estudio se abordará, en primer lugar, el estado actual de los delitos sexuales contra menores dentro del contexto jurídico colombiano. En segundo lugar, se hará referencia a las diversas propuestas de política criminal que se han diseñado como respuesta frente a este tipo de delitos. Y se esbozarán, finalmente, las razones por las cuales consideramos que la actual política criminal que se maneja como respuesta frente a los agresores sexuales de menores se enmarca en lo que SILVA SÁNCHEZ ha denominado el retorno a la inocuización del delincuente sexual⁶.

II. CONTEXTO ACTUAL DE LOS DELITOS SEXUALES EN LOS CASOS EN QUE EL SUJETO PASIVO ES UN MENOR

En el Código Penal Colombiano se tipifican los delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales⁷ (título IV). Concretamente respecto de los menores, podemos encontrar cuatro grupos de conductas.

En el primero involucramos los definidos como *violación*, esto es el acceso carnal o actos diversos ejercidos mediante la violencia. En caso de que el menor tenga de 12 a 18 años, se le aplicarán las penas establecidas en los artículos 205 y 206 del Código Penal, según la conducta realizada; en tanto que si las conductas descritas son ejecutadas sobre menor de 12 años, se considerará tal circunstancia como agravante según el artículo 211.4 del Código Penal.

El segundo grupo es el de los *actos sexuales abusivos*, que se establecen en los artículos 208 y 209 del Código Penal. El artículo 208 del Código Penal se refiere al acceso carnal abusivo con menor de catorce años. En tanto que el artículo 209 del Código Penal se refiere a la conducta de aquel que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales⁸.

Asimismo se involucra dentro del mismo tipo, aplicando una pena disminuida, a aquel que realizare las conductas descritas en este artículo con personas menores de catorce años por medios virtuales, utilizando redes globales de información.

De esta forma, los actos sexuales abusivos involucran aquellas conductas que, excluyéndose la utilización de violencia por parte del sujeto activo, consisten en acceso

6 JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ. “El retorno de la inocuización: el caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos en derecho comparado”, en SANTIAGO REDONDO (coord.). *Delincuencia sexual y sociedad*, Barcelona, Ariel, 2002.

7 La modificación fue realizada por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, según el cual las penas previstas en el artículo anterior “se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo”.

8 Las penas de este título, fueron modificadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, según el cual las penas previstas “se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo”.

carnal o actos sexuales semejantes a éste⁹, con menores de 14 años. Es así como en Colombia los 14 años son el límite de edad hasta el cual se presumen no consentidos los actos sexuales abusivos.

La diferencia con la violación radica en la ausencia de violencia y no en la naturaleza de los hechos de carácter sexual, que pueden ser los mismos (por ejemplo, acceso carnal con menor)¹⁰. Es así como en el caso de un menor de 14 años se presume *iuris et de iure* la imposibilidad de que un menor de dicha edad preste su consentimiento de forma válida. Lo anterior con independencia de si el desarrollo del menor permite inferir que éste puede consentir libremente el contacto sexual¹¹.

En el tercer grupo, relativo al *proxenetismo*, encontramos tipificados los delitos de inducción (art. 213) y constreñimiento (art. 214) a la prostitución. Si el menor tiene una edad superior a los 14 años aplicaríamos los artículos 213 (inducción) y 214 (constreñimiento), en tanto que si es menor de dicha edad se consideraría como una circunstancia agravante, aplicándose la pena del artículo 216. De igual forma, ubicaríamos dentro de este grupo la conducta relacionada con el estímulo a la prostitución de menores (art. 217); la referencia genérica a los menores cubriría a todos aquellos menores de 18 años.

Finalmente, en un cuarto grupo ubicaríamos las conductas relacionadas con la *pornografía de menores*; esto es: la pornografía con menores (art.218), la utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores (art. 219 A) y la omisión de denuncia de proxenetismo con menores (art. 219B). Es importante advertir que en este grupo, al igual que en el artículo 217 del Código Penal, los tipos penales hacen referencia genérica a los menores –salvo el artículo 219 A del Código Penal, que expresamente refiere a los menores de 18 años–, por lo cubriría a todos aquellos menores de 18 años. Ahora bien: concretamente según el artículo 219A del Código Penal, en caso de que el menor tenga menos de 12 años la pena se agravará.

9 TAMARIT SUMALLA. “*La protección penal del menor...*”, cit., p. 66. El autor crítica el hecho de que exista una diferencia entre lo que implica el acceso carnal y los contactos sexuales (actos sexuales diversos al acceso carnal). Citando a Díez RIPOLLÉS, considera que se está dando una excesiva trascendencia sistemática y punitiva al hecho de que exista una penetración, lo cual supone un injustificado realce a la sexualidad genital.

10 MANUEL GÓMEZ TOMILLO. “Derecho penal sexual y reforma legal: análisis desde una perspectiva política criminal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 5, enero de 2005, p. 136.

11 GÓMEZ TOMILLO. “Derecho penal sexual...”, cit., p. 136. Concretamente, respecto de este punto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-146, del 23 de marzo de 1994, siendo magistrado ponente José GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, consideró que la razón por la cual el legislador estableció este límite de edad de los 14 años reside en la protección de los menores de catorce años, quienes no gozan de una suficiente capacidad de comprensión respecto del acto carnal y, por tanto, aunque presten su consentimiento para realizarlo o para llevar a cabo prácticas sexuales diversas de él, no lo hacen en las mismas condiciones de dominio y autocontrol propios de la persona mayor.

Tomando en cuenta que no es nuestro objetivo el análisis dogmático de dichos tipos, haremos sólo una mención breve de ciertos aspectos. El primero, relacionado con la tipificación del delito de omisión de denuncia de proxenetismo con menores del artículo 219 B del Código Penal y los dos siguientes, vinculados con la problemática general de estos tipos. Siguiendo este orden, en segundo lugar nos referiremos a la discusión sobre el bien jurídico protegido y en tercer lugar a la interpretación de estos tipos, a la luz de las nuevas disposiciones del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Concretamente respecto del tipo penal de la omisión de denuncia de proxenetismo con menores del artículo 219 B del Código Penal, en nuestra opinión no resulta apropiada su tipificación por dos razones. En primer lugar, no se ve lógico que se ubique dentro de este título, en donde el bien jurídico tutelado está referido a la integridad y la formación sexuales del menor. En segundo lugar, y siguiendo el postulado anterior, porque su tipificación, lejos de ofrecer claridad, resulta difícil de interpretar, si partimos de que existen en el Código Penal otros tipos penales bajo los cuales se podría encuadrar la conducta señalada en el artículo 219B del Código Penal; éstos son los artículos 417 y 441 del Código Penal.

Consideramos que una interpretación posible sería aplicar el criterio de especialidad, ante este concurso de leyes penales. De esta forma, en caso de que el sujeto activo fuese un servidor público y la omisión de los delitos vinculados con el proxenetismo involucre a menores de 12 años, se le aplicaría el artículo 417 del Código Penal que tipifica como delito contra la administración pública el abuso de autoridad por omisión de denuncia.

En caso de que el sujeto activo fuese un particular y la omisión de los delitos vinculados con el proxenetismo involucre a menores de 12 años, estaríamos ante un delito contra la eficaz y recta impartición de justicia, tipificado en el artículo 441 del Código Penal. En los demás casos, podríamos decir que aplicamos el artículo 219B del mismo código.

No obstante, tal interpretación traería como inconveniente el que resulte desproporcionada la aplicación de los artículos 417 y 441 del Código Penal, que establecen penas de prisión, en comparación con el artículo 219B del Código Penal, que se limita a una multa¹².

12 De este modo, a título de ejemplo, si un particular tiene conocimiento de que en determinado bar se encuentran menores de 13 años ejerciendo de forma constreñida la prostitución y omite denunciar, se enfrentaría a una pena de multa señalada en el artículo 219B del Código Penal, en tanto que si se trata de un menor de 12 años, se enfrentaría a una pena de prisión, según el artículo 441 del Código Penal.

En segundo lugar, hemos hecho alusión a la discusión sobre el bien jurídico tutelado. En España, la doctrina se ha cuestionado si en los delitos sexuales contra menores de edad se puede hablar del bien jurídico de la libertad sexual.

Podemos encontrar dos tendencias claramente diferenciadas. Una primera postura considera que la libertad sexual es el bien jurídico protegido en delitos sexuales en que el sujeto pasivo es menor de edad. Una segunda tendencia parte de que frente a los menores de edad no es posible hablar de libertad sexual, por lo cual se propone la expresión *indemnidad sexual*. Nos referiremos a ellas brevemente.

En una primera tendencia, sostenida entre otros por DÍEZ RIPOLLÉS¹³, ASÚA BATARRITA, TAMARIT SUMALLA¹⁴ y CARBONELL MATEU, se plantea que es posible hablar de libertad sexual respecto de los menores. Se señala en concreto que el bien jurídico de la libertad sexual es el objeto de protección que justifica la intervención del derecho penal en las prácticas sexuales de los ciudadanos. Con su tutela se pretende “*asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes o, más brevemente, se interviene con la pretensión de que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad*”. Lo anterior implica que también tutela la libertad sexual de aquellos individuos que no están transitoriamente en condiciones de ejercerla¹⁵.

En otras palabras, se considera que en los delitos sexuales, tanto en los adultos como en los menores, lo que se protege no es la facultad subjetiva de la persona de ejercer la libertad sexual que ya posee, sino la de ejercer la actividad sexual en libertad.

En esta medida, dentro de los principios de una sociedad tolerante, el derecho penal no debe negar la sexualidad de los menores, sino que se debe limitar a reprimir ciertos comportamientos de intrusión de un adulto en la sexualidad del menor, con la exigencia implícita de cierta asimetría de edad legalmente prefijada¹⁶. Con lo anterior se renuncia a la tentación de utilizar los tipos sexuales protectores de menores de edad como un caballo de Troya de una moralización del derecho penal sexual.

En posición contraria, sostenida entre otros por MUÑOZ CONDE, ORTS BERENGUER y CARMONA SALGADO, se considera que no es posible proteger la libertad sexual de menores (o incapaces), dado que éstos no la pueden ejercer efectivamente ya sea porque

13 DÍEZ RIPOLLÉS. “Libertad sexual y ley penal” en REDONDO (coord.). *Delincuencia sexual y sociedad*, cit. El mismo escrito lo podemos encontrar bajo el título “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, en DÍEZ RIPOLLÉS (dir.). *Delitos contra la libertad sexual*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999 y en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 6 (2000).

14 TAMARIT SUMALLA. “La protección penal del menor...”, cit.

15 DÍEZ RIPOLLÉS. “Libertad sexual y ley penal...”, cit., pp. 107 y 108.

16 TAMARIT SUMALLA. “La protección penal del menor...”, cit., p. 61.

carecen de los presupuestos cognitivos o volitivos para ello, o porque, aunque los posean, todavía no se les reconoce jurídicamente su ejercicio¹⁷. Bajo estos postulados, se entiende que en el caso de los menores como sujetos pasivos de los delitos sexuales el bien jurídico protegido es la *indemnidad sexual*¹⁸.

En esta medida, a los menores no se les reconoce la libertad y autodeterminación, entendiendo que los tipos penales se orientan a la preservación de las condiciones básicas para que en el futuro puedan alcanzar el libre desarrollo de la personalidad en ámbito sexual sin sufrir ningún tipo de lastre o trauma¹⁹.

En contra de tal argumento, se considera que existe un reconocimiento del ejercicio de la libertad sexual por parte de menores. Es así como la resistencia de un menor de 14 años a mantener una relación sexual corporal, mediante la utilización de la violencia, transforma lo que sería un acto sexual abusivo en una violación que es más penada²⁰.

Ahora bien: en Colombia, el legislador, a la hora de tipificar los delitos sexuales, hace mención a la libertad, la integridad y la formación sexuales. Podríamos entender que la integridad y la formación sexuales se refieren a lo que la doctrina española define como *indemnidad sexual*; esto es, en el caso de los menores (e incapaces), el derecho del menor (o incapaz) a un desarrollo normal de su personalidad en el marco de la sexualidad²¹.

En nuestra opinión, el legislador colombiano acogió la misma postura del legislador español, al diferenciar el bien jurídico tutelado en el caso de menores (e incapaces). Como lo hemos advertido, ahondar más en este tema implicaría desbordar el objeto de esta investigación, por lo cual, en una primera aproximación sobre el tema, baste por ahora decir que consideramos más acertada la primera postura, defendida por DÍEZ RIPOLLÉS. En efecto, estimamos que el bien jurídico tutelado en los delitos sexuales contra menores es también la libertad sexual, la cual es reconocida por el mismo legislador, desde el momento en que se tipifican de diversa forma, y con diferente penalidad,

17 DÍEZ RIPOLLÉS. “Libertad sexual y ley penal...”, cit., p. 108.

18 DÍEZ RIPOLLÉS. “Libertad sexual y ley penal...”, cit., p. 120. El autor señala que el concepto de indemnidad es uno de aquellos sobre los cuales no ha existido acuerdo. Un precedente de este término es el de intangibilidad sexual, según el cual determinadas personas, dadas las cualidades que en ellas concurren, son sexualmente intocables. De esta forma, según el autor, se ha entendido de una forma no correcta, que este término es sinónimo de indemnidad.

19 VINCENZO MUSACCHIO y PAZ MERCEDES DE LA CUESTA AGUADO. “El concepto de prostitución en la normativa penal contra la explotación sexual de menores en Italia y España”, en *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, febrero de 2006, p. 54.

20 En este sentido lo refiere DÍEZ RIPOLLÉS. “Libertad sexual y ley penal...”, cit., p. 123, en relación con la legislación española.

21 GÓMEZ TOMILLO. “Derecho penal sexual...”, cit., p. 144.

los actos sexuales sin violencia con menor de 14 años y los actos sexuales que en las mismas condiciones no supongan violencia.

Finalmente, nos referiremos brevemente a algunas disposiciones del Código de la Infancia y la Adolescencia, que guarda relación con los delitos sexuales contra menores. Dicho código (en adelante CIA), al igual que la regulación anterior, el Decreto 2737 de 1989, configura un cuerpo normativo que regula diversas materias en torno al menor, por lo cual al estudiar cualquier ámbito en el derecho necesariamente debemos interpretarlo a la luz de esta codificación.

En nuestra opinión, en una primera aproximación a esta regulación, a propósito de nuestro tema de discusión, el CIA nos sirve fundamentalmente en dos aspectos. En primer lugar, para entender conceptos que en la actualidad se manejan sobre el tema; en segundo lugar, como regulación que modifica la penalidad de los delitos sexuales contra menores.

Respecto del primer punto, en materia de delitos sexuales de menores, se pueden encontrar varios artículos del CIA que en nuestra opinión constituyen una referencia obligada para entender determinados conceptos que se manejan hoy en día en la discusión en este ámbito. En efecto, si nos remitimos a esta codificación podemos entender qué encierran las expresiones “*maltrato y abuso sexual de menores*”.

Lo anterior es importante ya que en una primera aproximación tal expresión puede remitirnos limitadamente al maltrato como delito de violencia intrafamiliar (arts. 229 y ss.). Por lo cual al emplear la expresión “*maltrato y abuso sexual de menores*” haríamos referencia a los delitos de violencia intrafamiliar y a los actos sexuales abusivos, quedando excluida cualquier otra conducta de las tipificadas en el Código Penal como delitos sexuales contra menores (*vid. supra*)²².

No obstante, otra sería la interpretación si partiéramos de lo que señala el CIA. En este sentido, el CIA al definir el *maltrato infantil*, en el artículo 18 señala: “*Para los efectos de este Código, se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona*”.

Con la anterior definición de *maltrato infantil*, en relación con los delitos sexuales, se involucran todas aquellas conductas que se encuentran tipificadas en el Código Penal, en el que siendo el sujeto pasivo un menor, se efectúan actos de violencia, de abuso, de explotación sexual (proxenetismo) o de pornografía.

22 Grupos 1, 3 y 4 arriba referidos.

En esta medida, podemos entender que cuando se hable de maltrato y abuso sexual de menores se hace referencia a los cuatro grupos de delitos que arriba señalamos: *violación* (arts. 205 y 206 del Código Penal), *actos sexuales abusivos* (arts. 208 y 209 del Código Penal), *proxenetismo* (arts. 213, 214, 216 y 217 del Código Penal) y *pornografía de menores* (arts. 218, 219A y 219B del Código Penal).

En segundo lugar, el CIA es un cuerpo normativo de necesaria alusión ya que modifica la penalidad y algunas reglas aplicables en los delitos sexuales contra menores.

En efecto, el artículo 199 del CIA establece unas reglas particulares en caso de que los menores fueren víctimas de delitos sexuales. De esta manera se establecen reglas como: el carácter imperativo de la detención en los casos en que hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento (según el artículo 306 de la Ley 906 de 2004); el no otorgamiento del beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004; la no aplicación del subrogado penal de suspensión condicional de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 63 del Código Penal, ni el subrogado penal de libertad condicional, previsto en el artículo 64 del mismo código.

III. POLÍTICA CRIMINAL PROPUESTA EN COLOMBIA PARA DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES

Los delitos sexuales contra menores han sido puestos de forma especialmente relevante sobre el escenario del debate público desde el año 2006. Es así como en este punto nos referiremos a dos aspectos. En primer lugar, al debate que suscitó el inciso segundo del artículo 48 del CIA bajo cuyo amparo el Concejo de Bogotá creó (mediante el Acuerdo 280) los que fueron bautizados como “*muros de la infamia*”; y en segundo lugar, las propuestas de reforma del artículo 34 de la Constitución colombiana, que prohíbe la cadena perpetua.

A. Debate en torno al inciso segundo del artículo 48 del Código de la Infancia y la Adolescencia

El inciso segundo del artículo 48 del CIA establecía la posibilidad de que en algunos de los espacios para mensajes de garantía y restablecimiento de derechos “*por lo menos una vez a la semana, se presentarán con nombres completos y foto reciente, las personas que hayan sido condenadas en el último mes por cualquiera de los delitos contemplados en el Título IV, ‘Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales’, cuando la víctima haya sido un menor de edad.*”.

Con base en la anterior disposición, el Concejo de Bogotá aprobó el Acuerdo 280 de 2007. Dicha normativa, fundada en la necesidad de contribuir a la protección, la ga-

rantía y el restablecimiento de los derechos de los menores de edad relacionados con su *libertad, integridad y formación sexuales*, autorizó instalar en la ciudad de Bogotá *muros* ubicados en zonas destacadas, relevantes, de alto flujo vehicular o peatonal y *vallas* localizadas en las vías principales de alto flujo vehicular, con la siguiente información: “[...] *nombres y foto reciente de los condenados por los delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales, cuyas víctimas han sido menores de edad en Bogotá, los delitos cometidos, la condena impuesta y la edad de las víctimas*”. Además, dichos datos se difundirían mediante volantes que se repartirían trimestralmente y en forma adjunta a las facturas de los servicios públicos.

Pese a las voces de apoyo popular que suscitó esta medida, al presentarse por sus defensores como instrumento de protección y defensa de los menores, no tardaron en ponerse sobre la palestra los fundamentos jurídicos que rechazaban la aplicación de este tipo de instrumentos, los cuales eran considerados como trampolín de políticas punitivas autoritarias en principio ya superadas.

De esta forma, la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal) (en adelante CSJ), en una interesante sentencia del 10 de octubre de 2007 (MP: AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN) entró a analizar el tema a raíz del estudio de una impugnación presentada por la defensa de un sujeto que había sido condenado por un delito sexual contra un menor de edad²³.

La defensa argumentaba que si bien el condenado aceptaba la pena impuesta por su conducta, rechazaba la medida señalada por el Acuerdo 280 del Concejo de Bogotá, en virtud de la cual se publicaría su fotografía en muros y vallas, revelando su situación de condenado por delitos sexuales contra menores. En su opinión, lo anterior lo condenaría a muerte, tomando en cuenta los grupos de limpieza social que seguramente lo buscarían al salir de la cárcel y la agravación de su situación por su estatus de ex presidiario. Además, no sólo él resultaría más discriminado, sino también sus padres, hermanos, esposa e hijos, quienes no tenían ninguna relación con el delito que había cometido.

En el análisis de dicha cuestión, la CSJ tomó en cuenta diversos argumentos, dentro de los cuales mencionaremos los que en nuestra opinión son más relevantes²⁴.

23 La impugnación iba dirigida contra la sentencia del la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que negó la tutela promovida contra el Congreso de la República y el Concejo Municipal de Bogotá. Si bien la Corte reconoció que no tenía la facultad para estudiar la constitucionalidad de lo dispuesto por el Concejo de Bogotá, entro en el estudio del caso concreto, al evidenciar la posibilidad de que se presentará un perjuicio irremediable para la parte impugnadora.

24 Además, la Sala considera que los mecanismos dispuestos en el Acuerdo municipal contravienen el artículo 29 de la Constitución, entre otros, por los siguientes motivos: a. Inobservancia del principio de legalidad *preexistente*. La publicación en muros y vallas es una sanción penal dispuesta, no por el Congreso de la República, sino por una autoridad administrativa que adolece de competencia para tal fin,

En primer lugar, analizaremos el argumento relacionado con la *dignidad del condenado*. Para la CSJ, la Constitución se inspiraba en un “*radical humanismo*” que tanto en aspectos dogmáticos como prescriptivos afirmaba la primacía de la persona humana. Es así como el artículo 1.º establece que Colombia se halla fundada en el respeto de la dignidad humana, y el artículo 5.º dispone que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona. Así las cosas, en opinión de la Corte, la dignidad humana es reconocida como atributo, condición o esencia del ser humano.

Ahora bien: en relación con los condenados por delitos, la Corte considera que dicha condición no implica que deje de ser portadora de su dignidad. Es así como para el alto tribunal resultan inseparables los términos *persona* y *dignidad*; por lo anterior, “*Quien ha sido hallado culpable de la comisión de un hecho punible no puede ser objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes, de torturas ni humillaciones, en cuanto ello ultraja su dignidad*”²⁵.

En efecto, si bien es claro que el sindicado o condenado por un delito no goza de la plenitud de los derechos consagrados en la Carta Política (como la libertad, la libre circulación, la intimidad, etc.), lo cierto es que esta restricción no implica que se le desconozcan preceptos superiores.

En segundo lugar, la CSJ estudió la *proporcionalidad de la medida*. Si bien en un inicio la Corte considera que en principio no parece que dicha norma lesione o amenace los derechos invocados, en cuanto el deber de informar o comunicar a la comunidad sobre las condenas impuestas no se muestra, *per se*, contrario a ningún postulado constitucional, lo cierto es que luego se inclina por considerar que la medida adoptada por el Concejo de Bogotá puede resultar desproporcionada e inadecuada.

En su opinión, y dado que el Concejo había fundamentado la expedición de esta medida en la necesidad de garantizar y proteger los derechos de la niñez, la Corte consideró que si bien la publicación de la foto del delincuente tiene un carácter preventivo ya que permite que los menores identifiquen a aquellas personas como posibles agresores, lo

y que no había sido contemplada antes de la comisión del hecho punible. b. Atenta contra el principio del juez natura, ya que es totalmente inaceptable que sea una autoridad administrativa la que imponga sanciones. c. Afectación del principio de *non bis in idem*. Al someter a una persona que ya fue condenada a las penas descritas previamente en la ley penal, a la aplicación de una sanción sorpresiva y adicional, es castigarla dos veces por la misma conducta. d. La publicación en muros y vallas es una sanción infamante que choca contra el honor y desconoce por completo la dignidad humana del condenado.

25 La Corte refiere que la prohibición de penas crueles inhumanas y degradantes se establece, entre otros, en los siguientes instrumentos internacionales: Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, artículo 5; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos 25 y 26; Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 5.2 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7.

cierto es que olvida el impacto negativo que el retrato del victimario puede ocasionar en la propia víctima.

Por otra parte, si bien la pena debe ser cumplida por el que comete el delito, con este tipo de medidas se termina involucrando el círculo familiar cercano del delincuente. Se atenta en *“forma injustificada no solo contra los derechos a la dignidad y a la honra del sentenciado, sino de las personas que lo rodean, como su esposa, padres, hermanos e hijos, que pueden ser también menores de edad”*. Es así como a estos últimos *“se les impondría una carga que no les corresponde y resultarían rotulados, relegados, bur-lados y hasta discriminados por situaciones que no son suyas, sino de otro”*.

Finalmente la Corte, en un tercer argumento que vincula con la prohibición de penas inhumanas y degradantes, consideró que la publicación de la fotografía del condenado por un delito sexual contra un menor iba en contra de la filosofía de *rehabilitación del delincuente y de su reinserción social*.

Tras este pronunciamiento, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-061/08 del 30 de enero de 2008 (MP: NILSON PINILLA PINILLA), entró a estudiar la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el inciso segundo del artículo 48 del CIA²⁶.

Con tres contundentes líneas argumentales, la parte demandante expresa los fundamentos por los cuales considera que la Corte debe declarar inexecutable el inciso segundo del artículo 48 del CIA.

En primer lugar, parte de los *principios de razonabilidad y proporcionalidad* como parámetros, para limitar los derechos constitucionales. En opinión de la demandante, las restricciones a los derechos constituciones son válidas en la medida en que se justifiquen en virtud de una *“finalidad constitucional coherente, válidamente atendible y siempre que no traiga consigo el menoscabo de la dignidad humana de alguno de los asociados”*.

En segundo lugar, en su opinión, el legislador, con miras a resolver el *conflicto entre intereses particulares y generales*, ha hecho una interpretación inadecuada del principio del interés superior del niño. En efecto, considera que no resulta admisible que mediante la norma demandada *“so pretexto de proteger el interés general se sacrifiquen los derechos fundamentales de un solo individuo en particular; situación que es contraria a lo establecido en el artículo 5° de la Constitución Política”*.

26 En posterior sentencia, en donde se demandó la inconstitucionalidad de este mismo artículo, la Corte Constitucional se remitió a lo señalado en la Sentencia C-740/08 del 23 de julio de 2008 (MP. JAIME ARAUJO RENTERÍA).

En tercer lugar, considera que aplicación de la norma demandada supone una *cosificación del condenado*, al someterlo al escarnio público para amedrentar a otros. Lo anterior dista de la razón que le atribuye el legislador al fundamentar su creación en el restablecimiento y la garantía pretendidos para las víctimas de esos delitos.

La Corte Constitucional, al dar respuesta a los argumentos de la demanda, centra su análisis en el estudio del *juicio de proporcionalidad* sobre la medida estudiada. Para lo anterior, entra a realizar un test de proporcionalidad de la medida cuestionada, siguiendo para ello los criterios y fases que se han establecido por la jurisprudencia en relación con el tema.

En primer lugar analiza la finalidad de la medida, a efectos de verificar si ella persigue un objetivo legítimo a la luz de la Constitución. La Corte, pese a reconocer la ausencia de antecedentes en la discusión legislativa sobre dicho artículo, considera que *“la finalidad de esta publicación es, al menos de manera genérica, la protección de los menores de edad residentes en Colombia y la prevención de nuevas conductas de agresión sexual en contra de ellos”*. En virtud de lo anterior, considera dicha finalidad legítima, a la luz de la Constitución.

En un segundo paso del test de proporcionalidad investiga la idoneidad de la medida para alcanzar el objetivo propuesto. Para indagar este punto, la Corte echa de menos la existencia de un debate sobre el tema en el proceso legislativo que dio origen a dicha disposición. En efecto, en su opinión, en el debate legislativo se han debido presentar evidencias empíricas directas que sustentaran los efectos de dicha publicación *“en mejores niveles de protección y bienestar de la niñez”*. La Corte considera que no aparece fundamentado que la medida del inciso 2.º del artículo 48 del CIA sirva como mecanismo de prevención general para disuadir a futuros infractores en potencia. En su concepto, no se analizó el índice de reincidencia en este tipo de conductas, *“que puede ser significativamente alto y daría lugar a pensar que tampoco opera la prevención especial, con lo que aún el hecho de haberse divulgado la información relativa a la propia condena, no parecería razón suficiente para contener a un individuo en trance de cometer una nueva acción delictiva de la misma naturaleza”*.

Finalmente, considera que en caso de que se aceptara que la divulgación de dicha información se realizará al ser excarcelado, *“se estaría desconociendo el nominal efecto de reinserción social, rehabilitación o resocialización que se le abona a la pena como una de sus funciones inmanentes, teóricamente justificadora especialmente de la privación de la libertad”*.

En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional considera que no aparece evidencia de que el mecanismo implementado por el CIA con el fin de brindar protección a la infancia tenga una efectividad tal que justifique la instauración de esta medida.

Vinculado con lo anterior, considera difícil probar que pueda existir una relación entre el beneficio obtenido y la afectación o perjuicio que se causa contra otros bienes jurídicos, dada la alta indeterminación del beneficio que puede conseguir este mecanismo de publicación de condena.

Para la Corte Constitucional, si bien la anterior relación no ofrece claridad, no así la situación de afectación que se da para el condenado y para su familia. Respecto del condenado, ya que al difundirse su identidad sufrirá una innecesaria afectación adicional; y respecto de su familia, ésta sufrirá una afección por una acción de la que no son culpables, exponiéndolos a eventuales agresiones, verbales o de hecho, por parte de quienes se enteren de dicha situación.

Ahora bien: la anterior desproporción se hace más evidente, ya que se cosifica al delincuente, quien es *“utilizado por el Estado para crear temor, lo cual agrede de modo adicional, innecesario y poco útil, e implica una invasión a la órbita interna, además de utilización del individuo, inadmisibles frente a la persona humana, así se parta de la altísima gravedad de la acción perpetrada”*.

En virtud de los anteriores argumentos, la Corte Constitucional considera que dado el alto grado de incertidumbre sobre la efectiva capacidad de la medida dispuesta en el inciso 2.º del artículo 48 del CIA para cumplir el propósito de protección a la niñez; y tomando en cuenta los evidentes peligros que una medida de este tipo genera, no resulta ser una medida idónea para el logro de la finalidad propuesta, constituyéndose en un *“mecanismo desproporcionado e innecesario frente a la búsqueda de dichos objetivos”*. En virtud de lo anterior declara *inexequible* el inciso 2.º del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia.

A grandes rasgos, en nuestro concepto las dos sentencias referidas son fundamentales para entender las bases ideológicas de las que parten nuestros altos tribunales respecto de los instrumentos punitivos utilizados por el Estado. En nuestra opinión, los argumentos de las cortes han sido contundentes en dos líneas fundamentales. En primer lugar, la idea expuesta por la Corte Suprema de Justicia, según la cual el condenado no por el hecho de serlo pierde su dignidad como persona. En segundo lugar, la postura defendida por la Corte Constitucional, de reconocer la necesaria proporcionalidad que debe tener la pena, su función resocializadora y la no cosificación que se debe hacer del sujeto.

B. Propuesta de reforma constitucional para la introducción de la cadena perpetua para los violadores de menores de edad

En paralelo a la anterior discusión, en Colombia se dieron los pasos para proponer la reforma del artículo 34 de la Constitución, introduciendo la posibilidad de establecer la cadena perpetua.

En grandes rasgos, podemos observar tres propuestas.

1. *Proyecto de Acto Legislativo 23 de 2007 (Cámara)*²⁷

Al leer la exposición de motivos del proyecto se echa de menos el estudio serio sobre el tema. En un desenfadado, desacertado y emotivo juego de palabras, se argumenta la necesidad de introducir la cadena perpetua en los casos graves de violencia sexual contra menores. Es así como se extraña un estudio jurídico y criminológico de la figura que se pretende implantar.

De esta manera, aparecen alusiones al conflicto armado²⁸ y a situaciones tan descabelladas como la afirmación de que la descomposición social aparta el interés de los inversores extranjeros.

Respecto de la alusión al conflicto armado, no desconocemos su insensata realidad, sólo que en nuestra opinión se extraña que si se hace alusión a ella en un proyecto que busca responder a los actos de violencia sexual extrema contra los niños, debería ha-

27 El proyecto de acto legislativo se puede consultar en el siguiente enlace: [http://winaricaurte.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=03&p_numero=023&p_consec=15891] (consultado el 26 de septiembre de 2008). El texto del artículo que se propone es el siguiente: “&\$ [qué es esto?] Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social. Solo podrá imponer el legislador la pena de prisión perpetua para castigar, en los casos que se definan como graves, la comisión de hechos punibles relacionados con violación sexual de niños seguida de muerte o lesión grave. La pena de prisión perpetua será revisada de oficio o a petición de parte cuando el condenado haya cumplido 35 años de privación de la libertad por el órgano jurisdiccional que impuso la condena. Parágrafo. En ningún caso se podrá aplicar la pena de prisión perpetua a personas que a al momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se aplicará a las mujeres en estado de gravidez. Parágrafo Transitorio. El Gobierno Nacional dentro de los treinta (30) días siguientes a la expedición de este acto legislativo, deberá presentar el proyecto de ley que desarrolle lo dispuesto en el presente acto legislativo, incluyendo entre otros los siguientes temas: creación de un Registro Nacional de Violadores (RNV), en donde se incluyan los datos filiatorios y genéticos de las personas que hayan reincidido en este tipo de delitos, sus apodos, seudónimos, sobrenombres y fotografías; mecanismos de identificación de sus automotores con una matrícula de un color especial de fácil identificación; publicación de las fotografías de los violadores en lugares públicos y en redes de Internet.”

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

berse argumentado, con datos empíricos, la influencia que tal conflicto tiene sobre la “*integridad y formación sexual de los menores*”.

En cuanto a la mención al efecto que genera la descomposición social en la inversión extranjera y por ende en la seguridad de sus dueños, su alusión no deja de resultar un despropósito, por lo que simplemente omitiremos entrar en su discusión.

Por otra parte, se hace mención de una serie de estadísticas que distan de seguir un rigor metodológico, ya que no se diferencian los casos de abuso y de violencia de niños, metiéndose en un mismo saco modalidades delictivas tan diversas²⁹. Lo anterior es particularmente grave si se toma en cuenta, además, que el proyecto limita la cadena perpetua para la comisión de delitos graves, relacionados con la *violación sexual de niños*³⁰ seguida de muerte o lesión grave.

Aparte de lo anterior, de la necia referencia a la publicación de fotografías de los violadores –sin especificar si se refería a los condenados– y de imprecisiones importantes³¹ de que adolecía tal proyecto, se puede rescatar el establecimiento de ciertos criterios para su aplicación.

En primer lugar, el proyecto establecía lo que el derecho comparado ha denominado *prisión perpetua revisable, discrecional*, para diferenciarla de la *prisión perpetua obligatoria*. En efecto, según dicho proyecto, la prisión perpetua podía ser revisada de oficio o a petición de parte, cuando el condenado hubiere cumplido los 35 años de privación de la libertad.

En segundo lugar, se aplicaba para la comisión de delitos graves, relacionados con la violación sexual seguida de muerte o lesión grave; y, finalmente, se excluye su aplicación, entre otros, para menores de edad³².

29 A título de ejemplo, se señala que en el 2001 Medicina Legal practicó 13.352 dictámenes sexológicos por abuso o violencia, de los cuales 8.745 se practicaron en mujeres y 1.210 en hombres. El 86% de todos los dictámenes se hicieron en menores de 18 años, siendo la edad más afectada la de 10 a 14 años (37%), seguida por la de 5 a 9 años (25%), la de 15 a 17 años (14%) y la de 1 a 4 años (10%). Se observa cómo en relación con menores no se clasifican los porcentajes según el tipo de delito.

30 Lo anterior según el artículo 3 del CIA, implicaría que se aplica a niños entre 0 y 12 años.

31 Entre otras cosas, porque que en un inicio señala que se prohíbe la prisión perpetua, y luego se acepta.

32 Lo anterior conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 6.5 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 4.5.

2. *Proyecto de Acto Legislativo 38 de 2007 (Cámara)*³³

Al igual que el anterior proyecto, el legislador, en un discurso emotivo, trata de presentar la necesidad de la implantación de la cadena perpetua como un imperativo insoslayable. En esta ocasión recurre a la referencia del alto porcentaje de menores de 14 años de edad dentro de la población colombiana (13.500.000, es decir el 32%) y a la necesidad de que desde el derecho penal el Estado cumpla de manera integral y eficaz la efectividad de los derechos fundamentales de los niños.

En opinión del legislador, las penas existentes no son proporcionales con la gravedad de los delitos, llegando a reconsiderar la función resocializadora de la pena. De esta forma lo afirma al indicar: “[...] *como es apenas lógico la reforma que se pretende hacer supone un cambio en la concepción que desde siempre ha tenido del derecho penal respecto de las sanciones a imponer [sic] y de la función de la pena, cuyo carácter resocializador ha quedado no en pocas oportunidades en entredicho*”.

Aparte de la anterior “*innovación*” del proyecto, reafirma su postura citando diversos ordenamientos jurídicos extranjeros en los que se admite la prisión perpetua. De igual forma, refiere algunas notas sobre la peligrosidad de los delincuentes sexuales, sin siquiera mencionar, al menos, la vinculación de este tema con la inimputabilidad³⁴.

En la misma medida, de nuevo cita estadísticas que resultan improcedentes, ya que refiere casos de abusos de menores, maltrato psíquico y físico, y hasta el porcentaje de embarazos no deseados.

Aparte de las anteriores objeciones, este proyecto, a diferencia del anterior, amplía el ámbito de aplicación de la prisión perpetua. De esta forma, considera aplicable este tipo de prisión a todos delitos de acceso carnal violento y de homicidio doloso, en menores de 14 años.

33 El proyecto de acto legislativo se puede consultar en el siguiente enlace [http://winaricaurte.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3] (consultado el 26 de septiembre de 2008). El texto del artículo que se propone es el siguiente: “Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social. Procederá hasta la pena de prisión perpetua para los delitos de acceso carnal violento y homicidio doloso cometidos en menores de 14 años”.

34 Sobre este punto, en España: FAUSTINO GUDÍN RODRÍGUEZ-MARGARIÑOS. “La castración química para pedófilos: un problema ético y penológico”, en *Actualidad Jurídica*, Navarra, Aranzadi, n.º 738, 8 de noviembre de 2008, p. 2. El autor señala que el Tribunal Supremo en sentencia del 28 de febrero de 2003 ha señalado que una pedofilia moderada no impide ni limita la capacidad de actuar del acusado conforme al su conocimiento de ilicitud de su acción. Sólo en el caso de que el trastorno del pedófilo sea de mayor intensidad, se puede ver afectada la imputabilidad del sujeto en diferentes grados.

Luego, ante la existencia de estos dos proyectos, se presenta por la Cámara el *Informe de ponencia para primer debate al proyecto de acto legislativo n.º 23 de 2007 Cámara acumulado con el proyecto de acto legislativo n.º 38 de 2007 Cámara*³⁵. Como resultado de lo anterior, se propone un nuevo texto que maneja el ámbito de aplicación del segundo proyecto esto es, prisión perpetua para los delitos de acceso carnal violento y de homicidio doloso, en menores de 14 años. Por su parte, mantiene del proyecto n.º 23 la prisión perpetua revisable a los 35 años de privación de la libertad³⁶.

Finalmente dichos proyectos fueron archivados por apremio del plazo constitucional para surtirse su aprobación³⁷.

3. Propuesta de referendo

Ante el hundimiento de los dos proyectos mencionados, un grupo miembros del congreso (DAVID LUNA, SIMÓN GAVIRIA), del Concejo de Bogotá (GILMA JIMÉNEZ), de la Fiscalía, la Defensoría del Pueblo, de la Procuraduría y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con apoyo de algunos representantes de la sociedad civil, decidieron llevar esta iniciativa a referendo³⁸.

A diferencia de los anteriores proyectos, en esta propuesta se amplía el espectro de los delitos por los cuales procede la cadena perpetua, ya que se propone para los culpables de delitos como homicidio, violación, explotación sexual, maltrato severo y secuestro contra menores de 14 años y menores de edad con discapacidad³⁹.

35 Dicho informe se puede consultar en el siguiente enlace: [http://prensa.camara.gov.co/camara/site/artic/20070730/asocfile/23_07_c_acum_38_07_c_ponencia_prision_perpetua_2007.doc] (consultado el 26 de septiembre de 2008).

36 El texto del artículo que se propone es el siguiente: “Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social. Procederá hasta la pena de prisión perpetua para los delitos de acceso carnal violento y homicidio doloso cometidos en menores de 14 años. La pena de prisión perpetua será revisada de oficio o a petición de parte cuando el condenado haya cumplido 35 años de privación de la libertad por el órgano jurisdiccional que impuso la condena”.

37 En este sentido, puede verse la siguiente nota de prensa del 7 de noviembre de 2007. [<http://direccion.camara.gov.co/camara/site/artic/20071107/pags/20071107171614.html>] (consultado 26 de septiembre de 2008).

38 Mecanismo de participación del pueblo colombiano, establecido en el artículo 103 de la Constitución colombiana –en concordancia con los arts. 170 y 374 de la Constitución.

39 Sobre esta iniciativa se puede consultar: [www3.terra.com.co/actualidad/articulo/html/acu12618.htm] y [www.davidluna.com.co/noticia_2008_05_15eltiempo_cadenaperpetua.htm] (consultado el 26 de septiembre de 2008). En contra del establecimiento de la cadena perpetua para estos casos se ha manifestado el ex magistrado de la Corte Constitucional y actual presidente del Polo Democrático, CARLOS GAVIRIA DÍAZ, quien no está de acuerdo con la iniciativa que obedece a lo que él llama un “tic mental”. “Cuando algo que no está tipificado como delito lo queremos convertir en delito y si está tipificado buscamos aumentarle la pena –dice–. No estoy de acuerdo ni con la cadena perpetua, ni con la pena de muerte,

En el trasfondo de la propuesta, se tienen los mismos argumentos que habían venido acompañando los proyectos analizados antes, esto es: alarmismo sustentado con estadísticas incontroladas, mención permanente a casos puntuales de violencia sexual contra menores⁴⁰ y presentación de la cadena perpetua como panacea a los problemas de violencia contra nuestros menores.

Así las cosas, pasamos al último punto, en el cual señalaré las razones por las cuales considero que la actual política criminal que se maneja en Colombia como respuesta frente a los agresores sexuales de menores, y que hemos referido a lo largo de nuestro trabajo mediante el estudio de las normas –algunas declaradas inexequibles– y los diversos proyectos que se han propuesto, se enmarca en lo que SILVA SÁNCHEZ ha denominado el retorno a la inocuización del delincuente sexual⁴¹.

IV. HACIA LA INOCUIZACIÓN DEL DELINCUENTE SEXUAL

Cuando quien esto escribe comenzó a recopilar el material bibliográfico relacionado con la violencia sexual contra menores, en un primer momento pensó en realizar un estudio interpretativo de los artículos del Código Penal que contemplaban delitos sexuales contra menores y de las diversas disposiciones que sobre el tema se establecieron en el CIA.

No obstante, al comenzar con las primeras lecturas se encontró que era evidente que el problema, lejos de estar ubicado en el marco interpretativo, se enmarcaba en un trasfondo político-criminal. En efecto, en las diferentes páginas de la red se colaba la propuesta que aludía a la iniciativa para convocar un referendo que permitiera modificar el artículo 34 de la Constitución colombiana, con el fin de que se admitiera la cadena perpetua para determinados delitos, entre ellos el de violencia sexual, cometidos contra menores de 14 años.

Lejos de ser un fenómeno aislado dentro del contexto colombiano, en España, de forma casi paralela, se planteaba la cuestión. Los medios de comunicación también referían el resurgimiento del debate sobre la cadena perpetua y la castración química para delinquentes sexuales de menores, a raíz de hechos puntuales de violencia espe-

el Estado debe atender necesidades de mayor importancia.” Sobre esta noticia, se puede consultar el siguiente enlace: [www.cambio.com.co/paiscambio/771/articulo-web-nota_interior_cambio-4087916.html] (consultado el 24 de septiembre de 2008).

40 En este sentido, FRIEDRICH LÖSEL. “¿Sirve el tratamiento para reducir la reincidencia de los delinquentes sexuales?” en REDONDO (coord.). *Delincuencia sexual y sociedad*, cit., p. 362, considera que si bien el conocimiento de casos concretos de víctimas de delitos sexuales produce un fuerte impacto emocional, sólo una política sensata puede basarse en los conocimientos empíricos y no en mitos y creencias erróneas.

41 SILVA SÁNCHEZ. “El retorno de la inocuización...”, cit.

cialmente escabrosos, entre los cuales se contaba el conocido caso de la pequeña Mary Luz –menor que fue asesinada por un pederasta.

Ahora bien: la cuestión no quedaba enmarcada en los ámbitos colombiano y español. En una tendencia claramente globalizada, era claro que países de la Europa más tradicional y democrática como Alemania, Italia, Francia e incluso Gran Bretaña tenían instrumentos dentro de sus legislaciones que preveían la cadena perpetua para delitos especialmente graves⁴² y que en varios de ellos resurgía el debate sobre la posibilidad de la castración química para delincuentes sexuales^{43/44}.

Era evidente que aparecía una política criminal del mundo globalizado que retornaba a criterios que en principio parecían superados y que, en un contundente artículo, SILVA SÁNCHEZ había denominado como el retorno hacia la *inocuización del delincuente sexual*.

El planteamiento de SILVA SÁNCHEZ, publicado en el año 2002, se compadecía con las políticas criminales que se proponían por diversos países y dentro de cuya espiral entraba Colombia, con propuestas que se venían manejando de forma reciente desde el año 2006.

De esta forma llegamos al famoso retorno a lo que VON LISZT calificó como la *inocuización* del delincuente incorregible, al enunciar ésta como uno de los efectos inmediatos de la pena, desde el punto de vista preventivo-especial⁴⁵.

42 Sobre este punto: [www.elmundo.es/2000/10/23/espana/23N0080.html, http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/lopez%20ortega.pdf] (consultado el 2 de octubre de 2008). En España, algunos sectores se han pronunciado a favor de la cadena perpetua. Concretamente, en noticia publicada por *El País* el 16 de agosto de 2008, el presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, FRANCISCO HERNANDO, se mostró partidario de la instauración de la cadena perpetua en España; es “perfectamente aplicable” y constitucional “siempre y cuando sea revisable”; en este sentido, se puede consultar en [<http://lahaine.org/index.php?p=32286>] (consultado el 2 de octubre de 2008).

43 Un análisis sobre dicha medida, sus efectos secundarios y su idoneidad *vid.* REDONDO. “Delincuencia sexual: mitos y realidades”, en REDONDO (coord.). *Delincuencia sexual y sociedad*, cit., pp. 35-53; WILLIAM MARSHALL y SANTIAGO REDONDO. “Control y tratamiento de la agresión sexual”, en REDONDO (coord.). *Delincuencia sexual y sociedad*, cit., pp. 301 a 329; y SANTIAGO REDONDO ILLESCAS. “Modelos de buenas prácticas: intervención intensiva con internos autores de delitos violentos y contra la libertad sexual”, en *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 30, septiembre de 2006, pp. 17 y ss. También se refiere a la castración química, sus conceptos, efectos, aplicación en el derecho comparado y objeciones: GUDÍN RODRÍGUEZ-MARGARIÑOS. “La castración química para pedófilos: un problema ético y penológico”, cit., p. 4.

44 GUDÍN RODRÍGUEZ-MARGARIÑOS. “La castración química para pedófilos: un problema ético y penológico”, cit., p. 1. El autor refiere cómo el ejecutivo francés ha planteado la castración química voluntaria para los autores de crímenes relacionados con la pedofilia. Dicho debate se ha extrapolado en diferentes países.

45 FRANZ VON LISZT. *La idea del fin en el Derecho Penal*, Programa de la Universidad de Marburgo, 1882 (traducción de CARLOS PÉREZ DEL VALLE), Granada, Comares, 1995, pp. 81 y 83. Junto con la *corrección* para los autores de crímenes relacionados con la pedofilia. Dicho debate se ha extrapolado en diferentes países.

SILVA SÁNCHEZ consideraba que dicho retorno se hallaba reflejado en fenómenos como la *inocuidad selectiva*⁴⁶, acontecimiento que lejos de ser propio de la política criminal estadounidense, se refería a una tendencia ideológica general de la política criminal⁴⁷.

Para el autor, el resurgimiento de la *inocuidad* se podía justificar por dos aspectos. En primer lugar, por el creciente desencanto, fundado o no, en torno a las posibilidades de una intervención resocializadora del Estado sobre el delincuente; y en segundo lugar, por la “*elevadísima sensibilidad al riesgo y la obsesión por la seguridad que muestran amplios grupos sociales*”⁴⁸.

Ahora bien: SILVA SÁNCHEZ, analizando concretamente la política criminal en Estados Unidos, afirma el *retorno a la inocuidad* con base en diversos instrumentos utilizados por el Estado contra el delincuente sexual violento. En primer lugar, hace mención de la aplicación de un sistema dualista en el que una vez cumplida la pena se le aplicaba al condenado una medida educativa de *inocuidad* con duración indeterminada⁴⁹. En segundo lugar, refiere la existencia de una serie de medidas adicionales que pretenden neutralizar al delincuente, para que éste no vuelva a ser fuente de riesgos para la sociedad. Entre ellas mencionamos: a. las medidas de supervisión y control posteriores al cumplimiento de la condena y que se establecen en la propia sentencia; b. la aplicación durante la ejecución de la pena privativa de libertad de tratamientos hormonales, llamados convencionalmente “castración química”; y c. los deberes de registro de ex delincuentes sexuales, en ocasiones de duración vitalicia⁵⁰.

Las anteriores políticas son analizadas por SILVA SÁNCHEZ como datos reveladores de lo que puede constituir la lógica de la seguridad colectiva a la hora de restringir derechos

girse y necesitado de corrección; la *intimidación* del delincuente, para el que no requiere corrección; y la *inocuidad* del delincuente, para el carece de capacidad de corrección. Este punto lo refiere SILVA SÁNCHEZ. “El retorno de la inocuidad...”, cit., p. 143; el mismo autor en *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Buenos Aires, B de F, 2006, p. 113.

46 SILVA SÁNCHEZ. “El retorno de la inocuidad...”, cit., p. 144. Según la *inocuidad selectiva*, es posible individualizar a un número pequeño de delincuentes respecto de los cuales es posible determinar que han sido responsables de la mayor parte de hechos delictivos y predecir que lo seguirán haciendo. Con la inocuidad de ellos, mediante la retención en prisión el máximo tiempo posible, se conseguirá una radical reducción del número de hechos delictivos y con lo anterior, importantes beneficios de menor coste.

47 SILVA SÁNCHEZ. “El retorno de la inocuidad...”, cit., p. 146.

48 *Ibíd.*, pp. 144, 146.

49 *Ibíd.*, p. 149.

50 *Ibíd.*, pp. 150, 151.

individuales y de estigmatizar al sujeto⁵¹, las cuales aparecen claramente enfrentadas con el principio de proporcionalidad⁵².

Partiendo de las anteriores ideas, podemos afirmar que políticas como: la implantación de la cadena perpetua, la publicación de fotos y datos de condenados o el manejo de un registro nacional de violadores⁵³, planteados por el legislador colombiano, son una manifestación clara de esta tendencia hacia la *inocuidación del delincuente sexual*.

Ahora bien: plantear la *inocuidación del delincuente* implica la contraposición con principios propios de un derecho penal dentro de un Estado social y democrático de derecho⁵⁴. En este punto, fundamentalmente me referiré a la propuesta del establecimiento de la cadena perpetua por delitos sexuales violentos contra menores y su vinculación con principios como los de resocialización, dignidad humana y el de proporcionalidad

A. Reeduación vs. cadena perpetua

Plantear la posibilidad de la prisión perpetua ha sido debatido desde antaño por la doctrina. De esta forma, encontramos una referencia muy interesante en un conciso escrito de FRANCESCO CARNELUTTI, publicado en 1956 y titulado “¿La pena dell’ergastolo é costituzionale?”⁵⁵.

51 *Ibíd.*, p. 152. El autor considera que los anteriores mecanismos, vistos desde los derechos individuales si el delincuente ha cumplido su condena no tiene un derecho a la privacidad sobre los hechos que dieron lugar a ésta.

52 *Ibíd.*, p. 155.

53 Proyecto Acto Legislativo 23 de 2007, Cámara, arriba analizado.

54 SILVA SÁNCHEZ. “El retorno de la inocuidación...”, p. 155. Para el autor, “El modelo tiene una base ideológica muy clara: la sociedad, incluso en el caso de ciertos delincuentes no habituales, cuyo delito haya tenido, sin embargo, una especial incidencia, por el número de víctimas, por ejemplo, renuncia a asumir porcentaje alguno de riesgo de reincidencia. Todo el riesgo se hace recaer sobre el autor, quien de este modo es sometido a intervenciones asegurativas de la máxima intensidad”.

55 FRANCESCO CARNELUTTI. “La pena dell’ergastolo é costituzionale?”, en *Rivista di diritto processuale*, Padova, Cedam, 1956. Sobre el mismo punto, y planteando la prisión perpetua en contraposición con el ideal de reeducación: VITORIO GREVI. “Riduzione di pena e liberazione condizionale per I condannati all’ergastolo”, en *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, anno XXI, 1978, p. 76 y ss. De igual forma, FRANCO BRICOLA. “Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa”, en *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, Cedam, 1964, p. 202, plantea el problema de la prisión perpetua por *Fissità astratta* la cual en FERRAJOLI define como “abstracta invariabilidad”, la cual no permitiría la individualización de la pena a la personalidad del condenado; sobre este punto: LUIGI FERRAJOLI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2004, p.760. Por otra parte, GIUSEPPE BETTIOL. “Sulle massime pene: morte ed ergastolo”, en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1956, p. 566, considera que la prisión perpetua debe conservarse como la más grave de las penas, pero debe mantenerse la posibilidad de su transformación ejecutiva en nombre de la exigencia humana de la responsabilidad.

El autor centra su análisis en la discusión sobre si se puede considerar constitucional la prisión perpetua, tomando en cuenta el principio de reeducación que debe presidir el tratamiento penitenciario del condenado. Entiende que el verbo *reeducar* está vinculado con *educar*, que proviene del latín *ducere*, que significa conducir, y no con *docere*, que significa enseñar. Lo anterior enlaza a la expresión educar con la idea del camino hacia la meta. En esta medida, la educación es un proceso en el que el educado es quien ha recibido educación y así ha recorrido el camino, hasta llegar a la meta⁵⁶.

Ahora bien: el fin de la educación, en que consiste la pena, es aquel de restituir al condenado la idoneidad de vivir en el ambiente social. Para CARNELUTTI, si se parte de lo anterior no resulta conciliable partir de la reeducación del condenado y aplicar la prisión perpetua. Lo anterior, en la medida en que la cadena perpetua excluye el retorno del condenado para “*proteger*” a la sociedad. En efecto, si se parte de una reeducación penal de carácter perpetuo, transformamos el concepto de reeducación en una expresión vacía. De esta manera, la prisión perpetua no resulta coherente con el objetivo de la reeducación, ya que constituye un tratamiento contrario al sentido de humanidad⁵⁷.

Para el autor la humanidad implica referirse al modo de ser del hombre⁵⁸, que lleva implícita la libertad, entendida como la capacidad de liberarse, la potencia del espíritu sobre la materia y ante todo sobre nuestro propio cuerpo. Dicha libertad puede ser cohibida, atenuada, adormecida, pero nunca apagada, ya que si se apagara lo que se haría es degradar al hombre a un bruto. En este sentido, señala CARNELUTTI, la pena debe reconocer en el condenado un pabito humeante; la pena, si es reeducativa, será hecha para reavivar la llama: sólo así la pena será humana⁵⁹.

Es así como la prisión perpetua constituye una verdadera ofensa a la libertad del hombre, ya que lo considera como un animal incapaz de retornar en hombre⁶⁰. Segregar a un hombre para siempre de la sociedad supone tenerlo como no reeducable, esto es decirle “*tú eres ya un hombre perdido*”⁶¹. Así las cosas, la cadena perpetua es contraria al principio de reeducación y por ello tiene un carácter inhumano⁶². Cuando a un sujeto se le manda a prisión para toda la vida no se puede considerar que se haga por una finalidad de reeducación, o porque resulte proporcional, sino para dar ejemplo a

56 CARNELUTTI. “La pena dell’ergastolo é costituzionale?”, cit., p. 2.

57 *Ibíd.*, pp. 2 y 3.

58 *Ibíd.*, p. 3. En un juego de palabras señala: humanamente trata quien reconoce en el otro a un hombre y humanamente es tratado quien es reconocido por los otros como un hombre.

59 *Ídem.*

60 *Ídem.*

61 *Ídem.*

62 *Ibíd.*, p. 4.

otros. Frente a lo anterior, CARNELUTTI se pregunta si a la cadena perpetua *se le puede llamar tratamiento humano*⁶³.

B. Proporcionalidad y dignidad humana vs. cadena perpetua

Por cierto que la anterior pregunta, con la que CARNELUTTI finaliza su escrito, nos remite necesariamente a la cosificación del ser humano, a aquella idea citada por FERRAJOLI, quien, remitiéndose a BECCARIA, señala que no hay libertad cuando algunas veces se permite que en las leyes, bajo ciertos acontecimientos, el hombre deje de ser persona y se repunte cosa⁶⁴. Y es que sólo si se defiende el tratamiento del hombre como persona se puede afirmar que un Estado funda su legitimidad en las funciones de tutela de la vida y de los restantes derechos fundamentales. En palabras de FERRAJOLI, “*un estado que mata, que tortura, que humilla a un ciudadano no sólo pierde cualquier legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes*”⁶⁵.

Es así como la cadena perpetua, aparte de implicar el cuestionamiento del principio de igualdad, por no resultar graduable equitativamente por el juez y por tener una duración más larga para los condenados jóvenes que para los viejos⁶⁶, es ante todo una pena desproporcionada por su carácter inhumano y degradante⁶⁷.

Con ella se cosifica, se trata como no-persona al condenado, se degrada al hombre a un bruto, en términos de CARNELUTTI, desplazándose valores como la justicia o los derechos fundamentales, que sólo tienen sentido si se asume que se está tratando con criaturas autónomas, responsables y que merecen un trato especial atendiendo su es-

63 *Ibíd.*, p. 5.

64 FERRAJOLI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 395. Sobre este punto, en la doctrina española: JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR. *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 261. El autor señala que en la individualización de una pena se impone una pena, prescindiendo de las concretas exigencias preventivo-especiales, operando con criterios de intimidación a la generalidad (prevención general negativa), el autor del delito, deja de ser un fin en sí mismo y pasa a convertirse en un medio que busca lograr efectos sobre otros (los potenciales delincuentes). Lo anterior implica una “*instrumentalización de la persona* contraria a la idea de dignidad proclamada en el art. 10 CE. y convierte a la pena así individualizada en *inhumana y degradante* (y contraria al art. 15 C.E.)”. La misma situación se da, cuando se impone una pena, que desde el punto de vista preventivo especial resulta innecesaria o contraproducente, en razón de la “*defensa del ordenamiento jurídico, el interés público, la alarma social producida por la infracción, el clima de inseguridad ciudadana o las necesidades de integración del grupo social (prevención general positiva)*”.

65 FERRAJOLI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., pp. 395, 396.

66 *Ibíd.*, p. 402.

67 En este sentido ZUGALDÍA ESPINAR. *Fundamentos de derecho penal...*, cit., p. 263, considera que “*sólo la pena proporcionada a la gravedad del hecho cometido es humana y respetuosa con la dignidad de la persona, es decir, no degradante*”.

tatus. Con la cadena perpetua se excluye al condenado de la categoría de persona, deja de ser miembro de la comunidad, se le niega su estatus⁶⁸.

Un estatus de condenado que no lo aparta del concepto de persona, y en el que se le aplique una pena, que en palabras de VON HIRSCH debe tener un contenido penal aceptable, lo cual implica que la sanción debe estar configurada de manera que las privaciones pretendidas deben ser administradas de acuerdo con la dignidad del infractor⁶⁹.

En consideración de las anteriores ideas, ¿podemos decir que la cadena perpetua en Colombia se compadece con el artículo 12 de la Constitución que establece que nadie será sometido a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o con los artículos 1.º y 5.º del Código Penal, que prevén que el derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana y dentro de las funciones de la pena la reinserción social y la protección al condenado?

¿Podemos afirmarlo, cuando nuestra Corte Constitucional ya ha reconocido que la función resocializadora del sistema penal adquiere relevancia constitucional no sólo desde el punto de vista fundamental de la dignidad (artículo 1.º de la Constitución) sino también como expresión del libre desarrollo de la personalidad humana (artículo 16 de la Constitución)⁷⁰?

La respuesta a estos interrogantes es claramente negativa. Es evidente que si la pena privativa de la libertad se debe dirigir a la resocialización, reeducación o reinserción social, debe existir una limitación en su duración, ya que desde el punto de vista psíquico puede conducir al aniquilamiento de la personalidad del interno⁷¹. Desde este punto de vista, la cadena perpetua es siempre demasiado larga desde el punto de vista de la prevención especial. En efecto, en la vida de cualquier individuo llega un momento en el que materialmente deja de ser criminalmente peligroso⁷².

Ahora bien: desde la prevención general, cuya objetivo para algunos sería el único fundamento⁷³, es cuestionada por ZUGALDÍA ESPINAR, quien considera que tampoco se podría justificar, ya que en su opinión “*la certeza de un castigo, aunque éste sea*

68 ANDREW VON HIRSCH. *Censurar y castigar*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 131 y 132.

69 *Ibíd.*, p. 134.

70 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-144, 19 de marzo 19 de 1997 (MP: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO).

71 ZUGALDÍA ESPINAR. *Fundamentos de derecho penal...*, cit., p. 258.

72 DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA. *Medición de la pena y sustitutos penales*, Madrid, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1979, p. 86.

73 CLAUS ROXIN. *Problemas básicos del derecho penal* (trad. DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA), Madrid, Reus, 1976, p. 43, nota 30. Así lo refiere LUZÓN PEÑA. *Medición de la pena y sustitutos penales*, cit., p. 87. ROXIN señala que la pena de privación perpetua de la libertad sólo se puede justificar desde el punto de vista de la prevención general.

*moderado, surte más efecto que el temor de otro más terrible unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento*⁷⁴.

En síntesis, podemos decir que la cadena perpetua no se justifica, porque no se compeadece con la resocialización del delincuente que la Corte Constitucional fundamenta en principios como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. De igual forma excluye al delincuente del concepto de persona, criterio que según referimos para nuestra Corte Suprema de Justicia es inadmisibile⁷⁵ y con ello vulnera principios como el de proporcionalidad y el de igualdad en la imposición de la pena.

Con las anteriores ideas, el punto fundamental que hemos querido argumentar es la idea de que todo el movimiento que ha surgido alrededor de la propuesta de la cadena perpetua para violadores de menores ha estado basado en la una política criminal de carácter emocional, “*que pone en peligro las conquistas liberales y humanitarias de nuestro tiempo*”⁷⁶ desconociendo la exigencia universalmente aceptada de que el principio de humanidad ha de ser fundamento de la política criminal⁷⁷.

Dicho fenómeno lo ha referido GARCÍA PABLOS, quien ha bautizado esta tendencia como el “*miedo infundado a la criminalidad*”, el cual ha sido una pieza esencial de conocidos mecanismos psicosociales que en determinados momentos de crisis manipulan la realidad en razón de pretensiones políticas interesadas. Según sus propias palabras,

Una oportuna invocación al peligro y a sentimientos irracionales de alarma o temor –y la culpabilización de ciertos grupos o minorías desviadas como agentes del mismo– es un reclamo poderoso. Concita la atención general y la orienta deliberadamente hacia unos objetivos llamativos; distrae o desvía aquélla de otros problemas sociales, sin duda prioritarios, que pasan a un segundo plano; proyecta la agresividad y emociones colectivas sobre minorías y colectivos marginales (chivos expiatorios), con el consiguiente refuerzo de la cohesión y la solidaridad social (función integradora del delito), y, sobre todo, propicia reacciones hostiles y pasionales que impulsarán una política criminal rigurosa⁷⁸.

Más contundente no puede ser el autor, y lamentablemente la situación que describe es la que en nuestra opinión hoy se ve en Colombia, por medio de un movimiento mediático y político que utiliza como bandera la “protección” de nuestros niños. De esta forma, se desplaza claramente el análisis profundo de nuestra estructura social para

74 ZUGALDÍA ESPINAR. *Fundamentos de derecho penal...*, cit., p. 259.

75 Sentencia arriba referida, del 10 de octubre de 2007 (MP: AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN).

76 ANTONIO GARCÍA PABLOS DE MOLINA. *Tratado de criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 165.

77 HEINZ ZIPF. *Introducción a la política criminal*, Jaén, Edersa, 1979, p. 41.

78 GARCÍA PABLOS DE MOLINA. *Tratado de criminología*, cit., p. 165.

encontrar las raíces de nuestra violencia⁷⁹ y se evita que la atención se centre en lo verdaderamente importante: la atención del Estado a las necesidades básicas de nuestros niños y adolescentes, que, lejos de estar cubiertas por la reforma de un artículo de la Constitución, radican en el verdadero compromiso político del Estado con quienes serán el futuro de nuestra nación.

BIBLIOGRAFÍA

BECCARIA, CESARE. *De los delitos y de las penas* (traducción de JUAN ANTONIO DE LAS CASAS), Madrid, Alianza, 2002.

BETTIOL, GIUSEPPE. “Sulle massime pene: morte ed ergastolo”, en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1956.

BRICOLA, FRANCO. “Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa”, en *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, Cedam, 1964.

CARNELUTTI, FRANCESCO. “La pena dell’ergastolo é costituzionale?”, en *Rivista di diritto processuale*, Padova, Cedam, 1956.

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003.

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS (dir.). *Delitos contra la libertad sexual*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2004.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. *Tratado de criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. “Derecho penal sexual y reforma legal: análisis desde una perspectiva política criminal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 5, enero de 2005.

79 INMA VALEIJE. “La víctima de delitos contra la libertad sexual”, en *Estudios penales y criminológicos* XXII, Universidad de Santiago de Compostela, XXII, 1999-2000, p. 332. Para la autora, “el concepto de victimización como daño individual oculta y permite que quede oscurecida la responsabilidad social en la reproducción de estructuras que enraízan la violencia”.

GREVI, VITORIO. “Riduzione di pena e liberazione condizionale per I condannati all’ergastolo”, en *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, anno XXI, 1978.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MARGARIÑOS, FAUSTINO. “La castración química para pedófilos: un problema ético y penológico”, en *Actualidad Jurídica*, Navarra, Aranzadi, n.º 738, 8 de noviembre de 2008.

HIRSCH, ANDREW VON. *Censurar y castigar*, Madrid, Trotta, 1998.

LISZT, FRANZ VON. *La idea del fin en el Derecho Penal*, Programa de la Universidad de Marburgo, 1882 (traducción de CARLOS PÉREZ DEL VALLE), Granada, Comares, 1995.

LÖSEL, FRIEDRICH. “¿Sirve el tratamiento para reducir la reincidencia de los delinquentes sexuales?” en SANTIAGO REDONDO (coord.). *Delincuencia sexual y sociedad*, Barcelona, Ariel, 2002.

LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL. *Medición de la pena y sustitutos penales*, Madrid, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1979.

MARSHALL, WILLIAM y SANTIAGO REDONDO. “Control y tratamiento de la agresión sexual”, en SANTIAGO REDONDO (coord.). *Delincuencia sexual y sociedad*, Barcelona, Ariel, 2002.

MUSACCHIO, VINCENZO y PAZ MERCEDES DE LA CUESTA AGUADO. “El concepto de prostitución en la normativa penal contra la explotación sexual de menores en Italia y España”, en *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, febrero de 2006.

REDONDO, SANTIAGO (coord.). *Delincuencia sexual y sociedad*, Barcelona, Ariel, 2002.

REDONDO, SANTIAGO. “Modelos de buenas prácticas: intervención intensiva con internos autores de delitos violentos y contra la libertad sexual”, en *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 30, septiembre de 2006.

ROXIN, CLAUS. *Problemas básicos del derecho penal* (trad. DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA), Madrid, Reus, 1976.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Buenos Aires, B de F, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA. “El retorno de la inocuización: el caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delinquentes sexuales violentos en derecho comparado”,

en SANTIAGO REDONDO (coord.). *Delincuencia sexual y sociedad*, Barcelona, Ariel, 2002.

TAMARIT SUMALLA, JOSÉ MARÍA. *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*, Navarra, Aranzadi, 2002.

VALEIJE, INMA. “La víctima de delitos contra la libertad sexual”, en *Estudios penales y criminológicos* XXII, Universidad de Santiago de Compostela, XXII, 1999-2000.

ZIPF, HEINZ. *Introducción a la política criminal*, Jaén, Edersa, 1979.

ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL. *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.

En Internet

[www.elespectador.com/noticias/politica/articulo-colombia-le-pierde-el-miedo-denunciar-los-abusadores-sexuales]

[http://winaricaurte.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=03&p_numero=023&p_consec=15891]

[http://winaricaurte.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3]

[http://prensa.camara.gov.co/camara/site/artic/20070730/asocfile/23_07_c_acum_38_07_c_ponencia_prision_perpetua_2007.doc]

[<http://direccion.camara.gov.co/camara/site/artic/20071107/pags/20071107171614.html>]

[www3.terra.com.co/actualidad/articulo/html/acu12618.htm]

[www.davidluna.com.co/noticia_2008_05_15eltiempo_cadenaperpetua.htm]

[www.cambio.com.co/paiscambio/771/articulo-web-nota_interior_cambio-4087916.html]

[www.elmundo.es/2000/10/23/espana/23N0080.html, http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/lopez%20ortega.pdf]