

**ARTÍCULO PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGISTER EN
DERECHO PROCESAL PENAL Y TEORÍA DEL DELITO**

Título:

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS –POLÍTICOS CRIMINALES PARA LA EXCLUSION
DE LOS SUBROGADOS PENALES EN LOS DELTIOS SEXUALES CON
MENORES DE 14 AÑOS**

Autores:

Edison Andrés Usuga Vélez

Estefanía Mejía Aristizabal

Braya Lorena Cardeño García

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE POSGRADOS

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL Y TEORÍA DEL DELITO

MEDELLÍN

2020

Fundamentos jurídico-políticos criminales para la exclusión de los subrogados penales en los delitos sexuales con menores de 14 años¹.

Edison Andrés Usuga²

Estefanía Mejía Aristizábal³

Braya Lorena Cardeño García⁴

Resumen: En este texto se realiza un estudio sobre los fundamentos jurídicos-políticos criminales que sirvieron al legislador como base para excluir de la concesión de subrogados penales a las personas condenadas por delitos contra la libertad sexual donde las víctimas son menores de 14 años. Con sustento en el material bibliográfico consultado (jurisprudencial y doctrinal) se logró deducir que tanto el principio de la dignidad humana en cabeza de las personas condenadas, como el interés superior del menor víctima de delitos sexuales, son principios de rango constitucional, por lo tanto, al darle prelación a este último se vio ostensiblemente limitado el primero. Por lo anterior, en la conclusión final de este trabajo fue necesario realizar un test de proporcionalidad que verificara si era factible limitar el principio de dignidad humana, sobre el principio del interés superior del menor

Palabras clave: Principio de proporcionalidad, ponderación, interés superior del menor, dignidad humana, condenado, subrogados penales, delitos sexuales con menor de 14 años.

Abstract: This text developed a study about the legal and politic fundamentals criminals that served to the legislator as a base to exclude the concession of surrogacy to the crimes committed against the sexual freedom where the victims are

¹ Este artículo es el producto del proyecto de investigación denominado “Implementación de los subrogados penales respecto de los delitos contra la libertad sexual donde las víctimas son menores de 14 años” seleccionado con el fin de cumplir el requisito para optar al título de magíster en Derecho procesal penal y teoría del delito de la Universidad Autónoma Latinoamericana (UNALA). Tutora: Dra. Geovana Andrea Vallejo Jiménez, Docente investigadora de tiempo completo de la misma Universidad.

² Abogado titulado de la Universidad Católica Luis Amigó, Especialista en Procesal Penal, investigador Judicial egresado del Tecnológico de Antioquia con sede en Medellín, empleado del Cuerpo Técnico de Investigación en el cargo de Investigador durante 8 años y en la actualidad Fiscal Delegado ante el Gula Uraba. andresusuga.velez16@gmail.com

³ Abogada titulada de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Especialista en Derecho procesal penal de la Universidad Autónoma Latinoamericana, con diplomado en justicia transicional en la Universidad de Antioquia, curso superior en derecho en Abordaje jurídico actual de la Violencia de Género” en la fundación Universidad de Salamanca, Asistente de Fiscal en la Unidad destacada para Femicidios, mejia.estefania@outlook.com.

⁴ Abogada titulada de la Universidad Autónoma de las Américas, Especialista en procesal penal y Seguridad Social de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Técnica en sistemas con énfasis en mantenimiento de la Fundación Universitaria Católica del Norte, Diplomado en conciliación Ley 640 de 2001 del Colegio Antioqueño de Abogados de Medellín, Secretaria del Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia-Antioquia, brayalorecar@hotmail.com

14 years old minors. With support in the researched bibliographic material (jurisprudential and doctrinal) it came as a conclusion that both; the principle the human dignity in head of the convicted felons, and the superior interest of the minor victim of sexual crimes, are the the beginning of the constitutional range, therefore, by giving priority to the last one in mention, it seemed ostensibly limited by the first one. For the aforementioned, in the final conclusion of this paper, it was necessary to perform a test of proportionality that verified the feasibility of limiting the principle of human dignity, above the principle of the superior interest of the minor.

Key words: Principle of proportionality, weighting, best interests of the minor, human dignity, convicted, criminal surrogates, sexual offenses with minors under 14 years of age.

1. Introducción.

En la actualidad se ha cuestionado la eficiencia del sistema penal acusatorio frente a los delitos de contenido sexual donde las víctimas son menores de 14 años y en consecuencia las opiniones y posiciones de todas las personas que de una u otra manera se relacionan con el tema, se han polarizado.

De un lado, están los que plantean que el Estado en la materialización del *Ius Puniendi* es arbitrario y abusivo de su poder al sacrificar no solo la libertad del procesado, sino además los derechos que le asistirían a cualquier otro judicializado frente a otras conductas, teniendo en cuenta que ya el proceso penal por sí solo, al menos en lo que a la práctica se refiere, es lento en el proceso de judicialización de no acudir a procesos de terminación anticipada del mismo.

Por otro lado, están los que califican a los delitos contra los menores de 14 años con un desvalor de reproche social fuerte⁵ y por lo tanto consideran que los autores de estos crímenes, son merecedores de un castigo ejemplarizante, lo que realmente se traduce en condenas con penas altísimas o de carácter perpetuo e incluso hacen la exigencia de implementar la pena de muerte, extralimitando el contenido y protección consagrado en la constitución.

En un Estado Social de Derecho es necesario comprender la relevancia que tiene la libertad como singularidad inherente, no solo para la sociedad y el Estado sino para los ciudadanos, al estar íntimamente relacionada con la dignidad e integridad del ser humano. Donde las garantías que brinda el Estado deben ser comprendidas desde los contextos propios de la evolución de las sociedades a través de sus revoluciones industriales y humanas que reclamaron y aun reclaman la materialización efectiva de los derechos fundamentales.

Es así, como el legislador colombiano al diseñar la política criminal y su modelo de justicia debe atender a los principios que son enmarcados por la Constitución, con fundamento en el respeto por la dignidad humana que va encaminada a establecer un orden social justo, teniendo en cuenta que la intervención del derecho penal tiene como base para establecer los fines de la pena⁶, los conceptos de prevención especial, reinserción social, retribución y resocialización del condenado que conlleven a otorgarle herramientas para que logre su inclusión a la vida en sociedad.

⁵Proyecto de ley 033 de 2018.

⁶ Ley 599 de 2000, art. 4

Es de amplio conocimiento que en Colombia, los fines en los que se enmarca el sistema penitenciario actual no concuerdan con los principios fundantes y estructurales del mismo (preventivos, retributivos, resocializadores), puesto que en el desarrollo de la vida en reclusión de las personas condenadas y la estructuración del sistema penitenciario, no existen elementos que permitan inferir el respeto por dichos principios⁷. Una vez se restringe la libertad del procesado en respuesta a la imposición de una sanción de índole penal, esta debe tener un fin especial y debidamente motivado, puesto que, al restringirse dicho derecho a ese ciudadano, deberá con su condena comenzar un nuevo proceso en materia de resocialización, en un sistema penitenciario y carcelario que realmente le otorgue las garantías para el cumplimiento de esta finalidad.

Cada uno de los fines constitucionales de la pena deben ser tenidos en cuenta al momento de motivar condenas privativas de la libertad de carácter intramural, toda vez, riñen con los preceptos propios de la protección al derecho de la libertad y la dignidad humana, teniendo en cuenta la posibilidad de aplicar por parte de los operadores judiciales mecanismos alternativos que permitan desarrollar a plenitud junto con los fines de la pena, la protección del Estado Social de Derecho, pero adicionalmente en el caso de delitos contra menores en paralelo proteja el interés superior del menor.

En este orden de ideas, los subrogados penales como medidas sustitutivas de las penas principales y los beneficios administrativos se establecen como figuras en las cuales se centra el dilema propio entre el cumplimiento de los fines y funciones de la pena frente al derecho fundamental de la libertad, escenario que ha tenido presupuestos legislativos claros, sin embargo, su aplicabilidad merece un estudio que nos permita comprender las razones jurídico-político criminales para la exclusión de los mismos cuando se trata de delitos cometidos contra menores de 14 años a efectos de establecer si estos son necesarios o no.

En virtud de la protección del menor el art. 199 de la Ley 1098 de 2006 "Código de la Infancia y la Adolescencia", establece taxativamente los tipos penales para los cuales se eliminan las medidas no privativas de la libertad, es decir, si hay lugar a medida de aseguramiento la misma consistirá siempre en detención en

⁷ La Política Criminal colombiana ha sido reactiva, populista, poco reflexiva, volátil, incoherente y subordinada a la política de seguridad. Así mismo, que el manejo histórico de la Política Criminal en el país ha contribuido a perpetuar la violación masiva de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad e impide, en la actualidad, lograr el fin resocializador de la pena, (Corte Constitucional, T 762 de 2015)

establecimiento carcelario⁸, situación con la que el procesado acarreará durante todo el proceso, prohibiendo otorgar el beneficio de detención en el lugar de residencia, así como la aplicación del principio de oportunidad o rebaja de penas por preacuerdos o negociaciones con la fiscalía. Pero adicionalmente, no permite la aplicación de los subrogados penales (suspensión condicional de la ejecución de la pena, libertad condicional y prisión domiciliaria), todo con el fin de salvaguardar y proteger los derechos del niño, que según convenios internacionales y la Constitución Nacional.

El contenido del artículo mencionado en el párrafo anterior puede ser considerado como uno de los mecanismos en virtud del cual el Estado Colombiano ha dado cumplimiento a los compromisos internacionales, frente a la protección especial de los niños, niñas y adolescentes, endureciendo las penas frente a los delitos en los cuales son víctimas.

En el entramado de normas y procedimientos, el desarrollo de las nuevas políticas normativas, supone corresponsabilidad y solidaridad entre el Estado, la sociedad y la familia para desarrollar las acciones que generen bienestar, con el fin que el niño y la niña no solo vean satisfechas sus necesidades básicas, sino que también desarrolle todas sus capacidades como ser humano en formación, este panorama de excesiva protección estatal ha llevado a que se genere toda una política de endurecimiento a la ley penal cuando se trata de delitos contra menores de 14 años y máxime cuando se trata de conductas contra la libertad sexual de estos, sin establecer una relación directa de proporcionalidad que pueda soportar la teoría que indica que, limitar aún más los derechos de la población condenada por estos delitos, materializa una protección y asistencia reforzada y desproporcionada al interés superior de los niños, niñas y adolescentes

Conforme a lo anterior, en este trabajo se parte del siguiente interrogante: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos-político criminales que permitieron al legislador excluir de la concesión de subrogados penales a las personas condenadas por delitos contra la libertad sexual donde las víctimas son menores de 14 años?

La metodología para desarrollar esta investigación fue de tipo cualitativo a través de un método hermenéutico, desarrollándose mediante de un rastreo documental con la finalidad de establecer lo que ha dicho la doctrina nacional y extranjera y analizar

⁸ Ley 1098 de 2006. Art. 199 numeral 1: " Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004."

la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal. Igualmente, se analizaron los fundamentos jurídicos que introdujo la Ley 1098 de 2006 en su artículo 199, para determinar categóricamente la negación de subrogados penales a las personas que cometan delitos donde sean víctimas los niños, niñas y adolescentes, en especial los delitos que atenten contra su libertad sexual, integridad personal y ello con prelación a la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño como parte integral y como guía de interpretación y aplicación del bloque de constitucionalidad. Así mismo, se hizo un análisis respecto de la correlación de los subrogados penales y el principio de la dignidad humana, principio fundante en materia penal.

Finalmente, se realizó un test de proporcionalidad entre los principios que establece el interés superior del menor y el principio a la dignidad humana frente a las personas condenadas por delitos sexuales donde son víctimas menores de 14 años, tomando como soporte a autores como Mesa Velásquez, Reyes Hincapié, Vélez Rodríguez, Hernández Jiménez, Garland, Ferrajoli, Barata, Tellez A,⁹ que abordan el tema de la resocialización, política criminal frente a delitos sexuales en contra de menores de edad, relación del populismo punitivo con la desmedida producción legislativa en torno al aumento de penas, del choque de principios entre la dignidad humana y el interés superior del menor y la forma de resolver dicho enfrentamiento mediante la técnica de la ponderación y con el fin de dar respuesta a la pregunta de investigación formulada.

Por lo anterior, en este texto en primer lugar, vamos a hacer referencia a la naturaleza jurídica de los subrogados penales. En segundo lugar, presentaremos los fundamentos jurídico-políticos criminales que permitieron excluir a las personas condenadas por delitos sexuales en menores de 14 años de la posibilidad de acceder a subrogados penales. Por último, en la conclusión a través de un test de proporcionalidad explicaremos si realmente es válida la exclusión de los subrogados penales para los delitos sexuales en menores de 14 años.

2. Naturaleza jurídica de los subrogados penales

De acuerdo con nuestra carta política, la cual le establece los límites a la facultad estatal en su carácter punitivo en lo concerniente con la imposición de las penas, establece que la dignidad humana como principio rector que traza el camino para

⁹ LOPERA MESA, Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales*

que el sujeto penalmente responsable no sea instrumentalizado¹⁰ y se apliquen sanciones que no deriven en tratos crueles e inhumanos, sean penas proporcionales y justas.

En atención a la finalidad resocializadora de la pena, es que se crea la figura de los subrogados penales que permiten remplazar una pena privativa de la libertad por otra más favorable¹¹, en el entendido que, si existe la posibilidad de cumplir con los fines de la pena con las medidas menos restrictivas para el procesado en aras de garantizar el carácter subsidiario del derecho penal, las mismas deben primar, dado que, en ese supuesto, las más restrictivas perderían su utilidad y necesidad¹².

Es así, como los subrogados se entienden como un derecho del condenado que debe ser concedido en los casos en los que se verifique el cumplimiento de los supuestos subjetivos y objetivos que el legislador ha establecido¹³

Los subrogados penales y la aplicación de un derecho penal mínimo, encuentra su justificación en penas proporcionales y que garanticen el principio de la dignidad humana de las personas privadas de la libertad.

Beccaria planteaba que las penas tienen origen en la unión de los hombres, que aislados, en estado de guerra e independientes, crearon las leyes para una mejor convivencia; de manera que, la suma de las libertades cedidas generó el derecho de castigar a quienes no las cumplan. Advierte Beccaria que la pena debe ser justa, necesaria y útil, sin embargo, el exceso a dicha necesidad es contrario a la justicia, asimismo, debe existir proporción entre los delitos y las penas (cuanto más daño social, más pena), siendo entonces la pena legítima por ser la consecuencia del delito, fundamentándose en un fin específico que busca que el responsable del delito no vuelva a cometerlo y así, lograr también que los ciudadanos no cometan delitos¹⁴.

Asimismo, Ferrajoli a partir de la comprensión de un Derecho penal como garantista y que limita la aplicación del mismo en su carácter mínimo indica que "(...) El verdadero problema penal de nuestro tiempo es la crisis del derecho penal, o sea de ese conjunto de formas y garantías que le distinguen de otra forma de control social más o menos salvaje y disciplinario. Quizá lo que hoy es utopía no son las

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-718 de 2015.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-035 de 2013, reitera la Sentencia C-425 de 2008, de la misma corporación.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-596 de 1992., reiterada en Sentencia C-565 de 1993.

¹³ Ministerio de Justicia y del Derecho. Coord. Investigación- Cita Triana, Ricardo Antonio. Subrogados Penales, mecanismos sustitutivos de Pena y Vigilancia Electrónica en el Sistema Penal Colombiano, 2014. pág. 7.

¹⁴ BECCARIA, Cesare Bonesana. De los Delitos y de las Penas. Bogotá, Colombia: TEMIS. 2005. Pág. 205

alternativas al derecho penal, sino el derecho penal mismo y sus garantías; la utopía no es el abolicionismo, lo es el garantismo, inevitablemente parcial e imperfecto (...).¹⁵

Es por lo anterior, que, en virtud de un Derecho penal mínimo, garantista que busque alternativas diferentes a la pena privativa de la libertad es que se justifica la existencia de figuras como los subrogados penales; por tal motivo, a continuación, haremos referencia a los mismos en el contexto de la normativa del Código Penal colombiano.

2.1. Los subrogados penales

Los subrogados penales son disposiciones legislativas que se originaron para ofrecerles a las personas condenadas, alternativas mediante las cuales puedan cumplir con la pena impuesta siempre y cuando se cumplan los requisitos que el legislador asignó para poder materializarlos y el fundamento de su creación es la posibilidad de resocialización del delincuente¹⁶. Estos son un mecanismo que se crearon dentro de los ordenamientos jurídicos con el objeto de preservar bajo ciertos presupuestos la libertad como derecho fundamental, buscando obtener que las personas condenadas con la aplicación de estos, alcancen con mayor facilidad los fines propios de la pena, realidad que se justifica en la prevalencia de la libertad como derecho fundamental tanto nacional como internacional y en los fines de prevención positiva y negativa, junto con la rehabilitación del condenado, debido a que, con estos mecanismos ambos preceptos se garantizan armónicamente¹⁷.

Para hablar de los subrogados penales, primero se ha de indicar, como el Derecho Penal se ha ocupado de la interpretación de las leyes penales, leyes que habilitan el poder punitivo, es decir la pena, pena que trae consigo unas consecuencias jurídicas como son los subrogados penales; sosteniéndose frente a esa pena teorías positivas, es decir que creen que el castigo es un bien para la sociedad o para quien sufre la pena. Por ello, se dice que la pena tiene una función de prevención general, que se dirige a quienes no delinquieron para que no lo hagan, o de prevención especial, que se dirige a quién delinquiró para que no lo reitere y quien sostenga la

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. El Derecho Penal Mínimo. Traducción de Roberto Bergalli con la colaboración de Héctor C. Silveria y José L. Domínguez en VV.AA, Prevención y teoría de la Pena. Editorial Jurídica Conosur. Universidad de Camerino. Santiago de Chile. 1995

¹⁶ ARCHILA, JULIANA/ HERNÁNDEZ, NORBERTO. Subrogados y hacinamiento carcelario. Respuesta del legislador del año 2014 frente a la situación carcelaria en Colombia. Misión Jurídica Revista de Derecho y Ciencias Sociales. 2015, pág. 221

¹⁷ BELLO, ESTRADA. Eficacia de los Subrogados Penales en el Contexto del Sistema Penitenciario y Carcelario de Colombia a la luz de los parámetros regionales y constitucionales en materia de privación de la libertad por atributo de la ley. Centro de Investigación Socio jurídicas (CISJUC) Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. 2007, pág. 12.

función de prevención general estará apuntando a la gravedad del hecho cometido, en tanto que quien se centre en la prevención especial preferirá atenerse al riesgo de reincidencia que tenga en la persona.¹⁸

Tal y como se ha explicado en la jurisprudencia colombiana “Los subrogados penales son derechos que tiene toda persona que ha sido condenada por sentencia debidamente ejecutoriada, después de haberse realizado proceso judicial y cumplido con todas las garantías judiciales se determinará su responsabilidad penal, para que sea sustituida la pena privativa de la libertad en centro carcelario, siendo los subrogados penales la suspensión de la ejecución de la pena, la libertad condicional y el otorgamiento de prisión domiciliaria, teniendo en términos de la Corte Suprema de Justicia un aspecto sociológico pues se busca que con este derecho se pueda lograr que la persona puede reintegrarse en la sociedad”¹⁹, en otras palabras, los subrogados penales en Colombia son mecanismos que sustituyen la pena de prisión y se fundamentan en el concepto de la resocialización del delincuente”²⁰

Existen diferentes puntos de vista e interpretaciones legales, jurisprudenciales y doctrinales sobre lo que es el subrogado penal. Desde una perspectiva positivista, en 1799 el italiano Enrico Ferri los denominaba como institutos por medio de los cuales “(...) se hace más eficiente la defensa social contra los criminales peligrosos (...)”²¹

En 1967 el colombiano Luis Carlos Pérez, en Tratado de Derecho Penal, al referirse a la naturaleza del instituto de los subrogados comentaba que “(...) no entraña, como sostiene la jurisprudencia de la Corte suprema, una gracia, ni un beneficio exclusivo para el infractor. Siendo un recurso de política criminal para individualizar las sanciones o hacer que estas cumplan mejor su tarea readaptadora y defensiva, en su implantamiento están comprometidos tanto el orden social como el interés privado del infractor. Cualquiera otra posición niega el sentido propio de los subrogados penales (...)”²²

Antonio Vicente Arenas comentó al respecto que en Colombia, “(...) El decreto 100 de 1980 acoge –con reformas- los institutos de la condena de ejecución condicional

¹⁸ ZAFFARONI EUGENIO. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ediar Buenos Aires, Segunda Edición. 2006, Capítulo 2, pág. 33.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, SP 1602, 2014

²⁰ ARCHILA, J. y HERNÁNDEZ, N. (2015). Subrogados y hacinamiento carcelario. Respuesta del legislador del año 2014 frente a la situación carcelaria en Colombia. Misión Jurídica Revista de Derecho y Ciencias Sociales (9).

²¹ FERRI, Enrico. Principios de Derecho Criminal. EDT Reus S.A. 1799.

²² PEREZ, Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Editorial TEMIS Bogotá. 1967. Pág. 538

y de libertad condicional que el Código Penal de 1936, a su vez, tomó de los artículos 78 a 81 y 83 a 89 del proyecto presentado por FERRI al ministro de Justicia del Reino de Italia en enero de 1921 (...) Estos institutos son conocidos con la denominación de subrogados penales porque son medidas sustitutivas de las penas cortas o parcialmente de las de larga duración (...)”²³

Los subrogados penales son entonces, instituciones legales de política criminal, que pretenden la dignificación de la pena privativa de la libertad por otras sanciones alternativas que logren la resocialización del sujeto y la aplicación del derecho penal mínimo.

Los subrogados penales, están consagrados en el Código Penal en sus artículos 63 y siguientes, y son alternativas para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad como un derecho que tiene el condenado. Entre estos subrogados, está la suspensión condicional de la ejecución de la pena consagrado en el artículo 63, la libertad condicional establecida en el artículo 64 y la reclusión domiciliaria y hospitalaria por enfermedad muy grave estipulada en el artículo 68; igualmente, el Código Penal establece en el artículo 38 la prisión domiciliaria como mecanismo sustitutivo de la privación de la libertad en establecimiento penitenciario en la cual “el sentenciado continúa privado de la libertad aun cuando en el lugar de su residencia, sitio donde debe cumplir la pena de prisión impuesta”;²⁴ aunado a ello, para la prisión domiciliaria, se ha establecido la vigilancia electrónica como una garantía facultativa que puede el Juez imponer para acompañar este mecanismo sustitutivo”

A continuación vamos a referirnos a cada uno de los subrogados:

Suspensión condicional de la ejecución de la pena: Con relación a esta figura: Luis Carlos Pérez en 1967 comentaba que “(...) En la doctrina general, la condena provisional ha sido prevista de doble manera: a) como aplazamiento de los efectos de la sentencia una vez dictada esta, y b) como suspensión del pronunciamiento de dicha sentencia. En ambos casos se coloca al responsable en un período, la condena no se pronuncia, o si se ha pronunciado ya, se borran sus consecuencias. Nuestra ley acoge el primer sistema (...)”, acto seguido puntualizaba que este instituto, “(...) implantado por primera vez en Colombia por el art. 22 de la ley 83 de 1915, es una simple suspensión de la ejecución de la sentencia, lo cual significa

²³ ARENAS, Antonio Vicente. Comentarios al Código Penal Colombiano. Legislación- Doctrina jurisprudencial- Tomo I. Parte General. TEMIS. 1983. P. 336

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 53314, 2011.

que esta nace, tiene vida y realidad jurídica: el sentenciado sí ha sido condenado (...)” y “(...) Si el condenado cumple las obligaciones que le han sido impuestas durante el período de prueba, la condena se extingue definitivamente, pero la comisión del delito no se borra (...) de modo que autorizan para calificarlo como reincidente en el caso de que vuelva a delinquir dentro de los diez años, contados a partir de la fecha en que quede ejecutoriada la primera sentencia, según lo prescrito por el art. 34 (...)”²⁵

En Colombia, posterior al Código Penal de 1980 y la regulación de la época, se realizaron varias creaciones, reformas y derogatorias legales. Vale destacar, en primer lugar la promulgación de la Constitución Nacional de 1991 que marcó un importante punto en la historia de las diferentes ramas del derecho, y ello conllevó a que tratadistas como Velázquez, en 1997 afirmaran respecto de estas instituciones que “(...) Buscando implantar algunas medidas alternativas a la pena privativa de la libertad, en desarrollo de los cometidos asignados a la sanción penal por el art. 12 del estatuto represor, el legislador prevé dos mecanismos mediante los cuales intenta evitar la reclusión penitenciaria de los transgresores de la Ley incurso en delincuenciales de poca gravedad, o hacer cesar el encierro en beneficio de sentenciados a largas condenas cuando han cumplido buena parte de ellas (...)”²⁶

Así mismo este autor expresó que “(...) Ambos fenómenos se distinguen por su carácter condicional, pues el favorecido, si no quiere verse sometido a la privación de su libertad personal y al rigor del régimen penitenciario, debe cumplir ciertas exigencias que garanticen la observancia de un comportamiento social idóneo y que no recaerá en el delito. Así mismo son de índole personal en cuanto sólo benefician al encargado que satisfaga los requisitos legales, atendida la valoración judicial; e inciden sobre la pena impuesta, pues una vez cumplidas las condiciones de rigor esta expira, lo cual demuestra que se trata de verdaderos casos de extinción de la facultad punitiva del Estado sometida a condición (...)”²⁷

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia de 2013 señaló respecto de esta institución que “(...) Siguiendo las máximas de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad consagradas en el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal, la detención preventiva en establecimiento carcelario puede sustituirse por la de lugar de residencia, cuando, entre otros, el imputado o acusado

²⁵ PEREZ, Luis Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Editorial TEMIS Bogotá. 1967 pág. 538

²⁶ VELÁZQUEZ, Fernando, *Derecho Penal Parte General...* Pág 744

²⁷ VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ, Fernando, *Derecho Penal Parte General...* Pág 745

este en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales, evento en el cual el juez determinará si la persona debe permanecer en su domicilio, en clínica u hospital (Código de Procedimiento Penal, artículo 314, numeral 4°, modificado por el 27 de la Ley 1142 de 2007). De igual forma, según el artículo 68 del Código Penal, cuando el condenado padezca una enfermedad muy grave que sea incompatible con la vida en reclusión formal, el juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en el domicilio del penado o en el centro hospitalario que establezca el Instituto Nacional Penitenciario –INPEC-, previo concepto de médico legista especializado y caución. (...) ²⁸.

Para que pueda otorgarse este beneficio, se requiere que el condenado cumpla con los requisitos esbozados en la norma: Que la pena de prisión impuesta no exceda los 4 años. Que la persona carezca de antecedentes y no se trate de uno de los delitos contenidos en el inciso 2° del Artículo 68 A de la ley 599 de 2000. El juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo. Si la persona tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los 5 años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos que no existe necesidad de ejecución de la pena. No obstante, una vez concedida la misma, se debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 65 del código penal ²⁹.

Libertad condicional: Jiménez de Asua señalaba que este mecanismo consiste en “(...) el hecho de poner en libertad anticipadamente otorgado por la autoridad administrativa, a los condenados a una pena privativa de libertad (...)” ³⁰, es decir, esta institución consiste en otorgar al condenado que hubiere cumplido la mayor parte de su pena en libertad condicionada. Esta figura obedece a la lógica de que si el recluso ha cumplido gran parte de su pena ha recibido tratamiento penitenciario y ser reintegrado a la sociedad.

Al respecto Velásquez afirma que, “(...) al respecto se han planteado diversas teorías: es una gracia, una variación de la cuantía de la pena, una recompensa legal, una interrupción del lapso de la ejecución de la pena, una modificación de la sentencia, una forma de cumplimiento de la pena, etc.; sin que falten quienes lo entiendan, sencillamente, como ‘una medida de ejecución penal’. No obstante, parece lógico asignarle la naturaleza de una causal extintiva de la ejecución de la

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-035 de 2013. Expediente T-3613253. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁹ Ley 599 de 2000, Art. 65.

³⁰ JIMENEZ DE ASUA, Luis, y ONECA, Antón. Derecho Penal. Tomo I. Editorial Reus S.A. Madrid, 1929

sanción, de carácter condicional, pues –tal como acontece con la suspensión condicional de la ejecución de la pena– si el beneficiario cumple con las exigencias impuestas, se agota la pretensión punitiva del Estado sobre el resto de la pena inicialmente impuesta (...)³¹

De acuerdo a Thot, la finalidad de esta figura es que el recluso sea estimulado a observar buena conducta permanentemente en el establecimiento en que ejecuta su condena, siguiendo valores de disciplina y trabajando para así abreviar el término de la pena.³² Por su parte, Eugenio Florian identifica este mecanismo como el último grado de la individualización de la pena³³.

Es por ello, que la naturaleza de esta medida, depende también de cómo es regulada en cada sistema y su evolución en el mismo, tanto así que, algunos autores como Vincenzo Martínez señalan “(...) la ciencia jurídica del acto de concepción de la libertad no es aquella de un acto de gracia, ya que la relación punitiva fijada por la sentencia de condena queda inalterada, y el beneficio de la libertad condicional, a diferencia de la gracia, es revocable (...)”³⁴ Y en la monografía de Francisca San Martín y Fernando Rodríguez la libertad condicional era “(...) una medida penitenciaria de excepción que se otorga por la autoridad penitenciaria al delincuente que reúna los requisitos legales y del cual se puede presumir su rehabilitación (...)”. Adicionalmente, los autores destacan que “(...) en sus inicios, la libertad condicional se concedió por razones económicas más que jurídicas y para disminuir la superpoblación de reclusos existente en las prisiones (...)”, así mismo, señalan que “(...) El origen de esta institución se formula a partir del reformismo en materia político criminal que inundaba Europa a fines del siglo XIX, que intentaba buscar alternativas a las penas privativas de libertad. Desde que Franz VON LISZT sostuvo que “el sistema de la pena privativa de la libertad en nuestra legislación imperial es una gran mentira oficial” (...)”³⁵ Por lo expuesto, se puede decir que este subrogado tiene como fundamento de creación el principio de resocialización del condenado puesto que dicho beneficio estimula al procesado en dos aspectos importantes; el moral porque le reconoce al ciudadano su readaptación y en el social, porque genera una motivación adicional al resto de la población privada de la libertad a replicar esa conducta, cumpliendo de esta manera la finalidad rehabilitadora de la pena, por lo que resultaría innecesario prolongar la duración de

³¹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal. Parte General. El derecho penal subjetivo y sus límites. Medellín, Colombia. Tercera edición actualizada. Ediciones Librería Jurídica COMLIBROS. 2007 pág. 615.

³² THOT, Ladislao. Ciencia Penitenciaria. Revista de Identificación y Ciencias Penales. Universidad Nacional de la Plata. Argentina. 1936.

³³ FLORIAN, Eugenio. Parte General del Derecho Penal. Tomo I. Imprenta y Librería “la Propagandista”. 1929. Pág. 487

³⁴ MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. Buenos Aires. 1949. pág. 129

³⁵ SAN MARTIN, Muñoz Francisca y CORRALES, Rodríguez Fernando Andrés. Fines de la Pena y Libertad Condicional.

la privación de la libertad³⁶

El artículo 64 del Código Penal Colombiano establece que el juez, previa valoración de la conducta punible, podrá conceder libertad condicional una vez el condenado haya cumplido las dos terceras partes de la ejecución de la pena previa valoración de la conducta punible, revisando el cumplimiento de unos requisitos y condiciones de carácter objetivas y subjetivas.

Para que esta pueda concederse el condenado debe cumplir con los requisitos enmarcados en el artículo 64 del Código Penal, modificado por el artículo 30 de la ley 1709 de 2014, es decir, que la pena impuesta sea privativa de la libertad; que el condenado haya cumplido las 3/5 partes de ella; que su buena conducta en el sitio de reclusión permita colegir al funcionario judicial que es innecesario seguir ejecutando la pena, que se demuestre arraigo familiar y social y cumplir las obligaciones señaladas en el artículo 65 del Código Penal

Prisión domiciliaria: Es considerada como sustitutiva de la pena de prisión, y se encuentra regulada por los artículos 38B y 38G del Código Penitenciario y Carcelario, esta institución fue modificada por la Ley 1709 de 2014, artículos 22 a 28. Consiste en la privación de la libertad en el lugar de la residencia, morada del condenado, o el lugar que el juez determine. Sus requisitos de concesión varían según se trate de la prisión domiciliaria del artículo 38B o 38G.

En el artículo 38B adicionado por la Ley 1709 del 2014 artículo 23 se señala cuáles son los requisitos para dicha concesión, por cuanto la prisión domiciliaria se concede sólo para los delitos que de acuerdo con el Código Penal tienen establecida una pena mínima de ocho años o menos, No puede concederse si quien fue condenado cometió alguno de los delitos señalados en el inciso segundo del artículo 68-A del Código Penal. Es preciso demostrar que el condenado tiene arraigo social y familiar. Hay que garantizar mediante caución que no se cambiará de residencia sin antes tener una autorización judicial, que las víctimas serán reparados por los daños ocasionados por el delito de acuerdo con el plazo fijado por el juez.

En términos generales podemos señalar que los mecanismos sustitutivos, se enmarcan en un análisis respecto a las características personales del condenado con miras a determinar si ameritan prisión u otro subrogado penal, debiéndose encaminar en una evaluación de si la prisión como pena ofrece posibilidades de

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia T- 019 de 2017.

resocialización a dicho reo y es útil su ejecución en el caso particular, pero que en principio se debe mirar que dicha aplicación se tenga por cumplida el hecho futuro e incierto que otorga tal derecho, por ejemplo, para quienes cumplan con los requisitos objetivos; sería entonces deber del juez una vez la persona sea condenada, verificar posteriormente si no se cumplen aquellos requisitos restantes subjetivos, desvirtuando la presunción en caso que no se verifiquen.

2.2. Las limitaciones actuales en la aplicación de los subrogados penales

Si bien es cierto, tal y como lo venimos advirtiendo los subrogados penales son una expresión de la aplicación del derecho penal mínimo y se encuentran reconocidos en el derecho penal colombiano, reformas continuas a la normatividad penal han limitado la aplicación y concesión de los mismos, existiendo reformas que aumentaron indiscriminadamente los marcos sancionatorios de gran parte de los delitos consagrados en la ley penal, que de igual forma han reducido la concesión de subrogados, haciendo que la legislación penal colombiana sea cada vez más rigurosa y que sin importar el arbitrio personal del juez, termine impartiendo por mandato legal penas excesivamente desproporcionadas³⁷, tal y como ocurre con los delitos sexuales donde la víctima es un menor de edad.

Sobre el tema, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Colombia ha reiterado, que uno de los fines de la pena es la resocialización y dicho objetivo no se cumple exclusivamente con penas privativas de la libertad dentro de establecimientos carcelarios y penitenciarios, sino que también existe la posibilidad de aplicar los mecanismos sustitutivos de la pena en atención a que enmarca la resocialización no es la drástica sanción de la conducta, sino más bien la existencia de sistemas que garanticen la rectificación de la conducta del individuo para materializar una efectiva reinserción en la vida en sociedad³⁸.

2.3. La relación de los subrogados penales y el principio de la dignidad humana

Colombia que tiene un modelo de Estado social y democrático de derecho según el artículo 1° de la Constitución Nacional y por lo tanto jurídico, debe necesariamente atenderse la prevención del delito para asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad. Por lo tanto, el derecho penal debe orientarse a

³⁷ BARRERA, J. P. U. Estudio piloto sobre actitudes punitivas en la universidad EAFIT, Medellín. Boletín Criminológico, 2013, pág. 147. Recuperado de: <https://search.proquest.com/docview/1513232036?accountid=136733>.

³⁸ Corte Constitucional, sala plena, C 806 de 2002

desempeñar, bajo ciertos límites de garantía para el ciudadano, una función de prevención general y otra de carácter especial, siendo el objeto primario el individuo y su dignidad humana, y solo el derecho penal puede ser utilizado en los ámbitos sociales como remedio sancionatorio extremo.³⁹

La prevención general que señala el derecho penal, no puede entenderse solo desde el punto de vista intimidatorio, es decir, que la pena sea solo una amenaza para los delincuentes (prevención general negativa), sino que debe mirar también un aspecto estabilizador en cuanto la pena se presente como socialmente necesaria para mantener las estructuras fundamentales de una sociedad (prevención general positiva)⁴⁰. Pero igualmente, no solo debe orientarse a defender a la comunidad de quien infrinja la norma, sino que ha de respetar la dignidad de éstos, no imponiendo penas como la tortura o la muerte, e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento desviado, ofreciéndoles posibilidades para su reinserción social.

Los derechos fundamentales son precisamente los primeros que son limitados con la pena, deja de disfrutar de los principios constitucionales y legales propios del Estado Social y Democrático de derecho previsto para los conciudadanos nacionales y extranjeros, con el ánimo de garantizar los derechos humanos de la colectividad y los derechos legales de los individuos. El Estado debe garantizar lo informado en la Constitución Política, además, está obligado a asumir el respeto de los principios, los valores y las garantías reconocidas a los nacionales, a las minorías olvidadas, es decir, a aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos y que se encuentran en condición especial de sujeción con el Estado a través de sus funcionarios públicos

Es por lo anterior, que los subrogados penales tienen una estrecha relación con el principio de la dignidad humana, pues en última instancia son una expresión de la garantía que prohíbe las condenas que conminen al sujeto a una cadena perpetua. Sin embargo, la restricción de la aplicación de subrogados penales en diversos delitos, pero en especial en los delitos sexuales en los que son víctimas menores de edad, entran en una radical tensión con la naturaleza de esta figura que se fundamenta en la humanización de la pena privativa de la libertad.

3. Fundamentos jurídico-político criminales para la exclusión de los subrogados penales en delitos sexuales contra menores de 14 años.

³⁹ ROXIN, Claus. Iniciación al derecho penal de hoy. Secretaria de Publicaciones de Sevilla. 1981, pág. 23

⁴⁰ JIMÉNEZ, Hernández Londoño. La prevención especial en la teoría de la pena. Pág. 152

La política criminal en materia de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes no ha presentado una variación significativa en los últimos años que permita combatir efectivamente la criminalidad y reducir los índices de vulneración de los menores de edad, tampoco ha cumplido con los postulados de los fines y funciones de la pena⁴¹; no obstante, no se puede dejar de lado que, si bien los menores de edad son sujetos de especial protección constitucional, los condenados que transgreden el bien jurídico tutelado de la libertad, integridad y formación sexual de dichos sujetos, se les deben respetar las garantías mínimas, dentro y fuera del proceso penal, en virtud del principio de la dignidad humana.

Es así, como el Estado Colombiano a través del Proyecto Acto Legislativo 256 del 2013, reformó algunos artículos de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario) con el propósito de hacer frente a la situación carcelaria que estaba afrontando el país, no solo en el corto plazo sino con la meta de fijar hacia el futuro mecanismos que impidieran que la crisis se repitiera, por esta razón se hizo indispensable una actualización al Código Penitenciario y Carcelario y por ende al Código Penal, el cual requería de la incorporación de medidas más efectivas y acordes con los fines de la pena, en estricto sentido relacionados con la resocialización⁴².

En consecuencia, se creó la Ley 1709 de 2014 cuyos puntos relevantes como fundamento jurídico del proyecto entre otros fueron: i) realizar una reestructuración del sistema Penitenciario y Carcelario, ii) la modificación de algunos artículos relacionados con beneficios de libertad, iii) y garantías de derechos para las personas privadas de la libertad⁴³. En el artículo 32 de esta Ley 1709, que modificó el artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, se quiso implementar una política para contrarrestar la violencia sexual contra menores, en el cual se encuentra el incremento de penas y la eliminación de subrogados penales, tal como lo expresa el Código de Infancia y Adolescencia, en su artículo 199, prohibiendo que cualquier persona condenada por la conducta punible de violencia sexual en menores de 14 años pudiera acceder a alguna clase de subrogado, ni obtener mecanismos sustitutivos de la pena.

⁴¹ MESA, J.C Efectividad de la política criminal en materia de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes. Inciso, 19(2); 2017, pág. 66-76.

⁴²Consultado página Web:

http://leves.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2013/gaceta_668.pdf . pág. 1. (24 marzo de 2020)

⁴³ Consultado en página Web.

http://leves.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2013/gaceta_668.pdf . pág. 3, 4. (24 marzo de 2020)

Las razones de la modificación del artículo 68 A frente a la eliminación de subrogados -y de otros beneficios- para los delitos de violencia sexual en los que estuviera involucrado un menor de 14 años, obedeció principalmente a que los menores gozan de una protección especial en el Estado; por lo tanto; los Jueces de la República, siempre deben tener en cuenta la aplicación del principio del interés superior del menor consagrado desde la misma Constitución en su artículo 44.

Lo que el legislador colombiano buscó principalmente con la modificación del mencionado precepto legislativo, fue establecer una política criminal orientada a la protección de los bienes jurídicos relacionados con la libertad, integridad y formación sexual, a través de los cuales se puede evidenciar que el legislador señaló sanciones más altas para esta clase de delitos con la teleología de proporcionar una protección mayor para los N.N.A. conforme con los postulados indicados en nuestra Constitución sobre la prevalencia de los intereses y derechos de los menores. También, con base en el *status* otorgado por la jurisprudencia a los menores como sujetos de especial protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico debido a su condición de fragilidad, por lo que es primordial para el Estado, la sociedad y la familiar salvaguardar y promover sus derechos⁴⁴.

Particularmente, en este trabajo consideramos que la política criminal establecida para prevenir los delitos sexuales contra menores de 14 años, más allá de intentar garantizar la protección del menor, también apunta al aumento de las sanciones penales y a la restricción de derechos y libertades de los sujetos judicializados; sin embargo, como bien sabemos, la resocialización que no se logra en los establecimientos carcelarios, más aún en un país cuyo porcentaje de hacinamiento es mayor a la capacidad estructural por el cual fueron creados, aunado a ello, no existen en estos centros condiciones de salubridad, alimentación, servicios básicos entre otros, factores que adicionalmente contradicen la finalidad del Proyecto Acto Legislativo No. 256 del 2013, que posteriormente se convirtió en la Ley 1709 de 2014.

3.1. El principio del interés superior del menor

Tal y como se mencionó antes, uno de los fundamentos político-criminales que sirvió de criterio para la limitación de subrogados en delitos sexuales con menores de 14 años, obedeció a la aplicación del principio del interés superior del menor. Colombia aprobó mediante la Ley 12 de 1991 la Convención Internacional sobre los

⁴⁴ MESA, J.C (2017) Efectividad de la política Criminal en materia de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes. Inciso, 19(2); pàg.66-76.

Derechos del Niño⁴⁵, además en la legislación nacional se establece que la convención hace parte integral de la Ley de Infancia y Adolescencia y servirá de guía para su interpretación y aplicación -ley 1098 de 2006-, en esta ley se incorporan los tratados internacionales de derechos humanos, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño como parte integral y como guía de interpretación y aplicación y el Código de Procedimiento Penal en el que se establecen que en las actuaciones procesales prevalecen los tratados y convenios internacionales sobre los derechos humanos ratificados por Colombia en el cual se señalan: “Ley 906 de 2004. Art. 3: Prelación de los Tratados Internacionales. En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad.”

Es así, como nuestra Carta Magna en su artículo 44 integra los aludidos instrumentos internacionales, incorporando en nuestro ordenamiento jurídico el principio universal de prelación del interés superior del menor, que se manifiesta, de una parte, en la expresa enumeración de los derechos de los menores de edad (inc. 1°), reconocidos como fundamentales. Igualmente, se ve expresado en el establecimiento de importantes deberes de la familia, de la sociedad y del Estado (inc. 2°), encaminados a hacer realidad dicho conjunto de derechos para todos los niños de Colombia.⁴⁶ Esta norma también contiene referencias relacionadas con la protección contra toda forma de violencia o abuso sexual, a la necesidad de garantizar el desarrollo armónico e integral de un menor de 14 años. Disposiciones que obligan al Estado y a los demás entes comprometidos en la protección de la niñez a adoptar medidas efectivas para prevenir, luchar y proteger por la rehabilitación de menores víctimas; por ello el poder legislativo tiene amplia autonomía para establecer las medidas que juzgue conducentes al logro de tales propósitos, siempre y cuando, como es natural, ello se haga dentro de una adecuada integración con los demás postulados constitucionales.

El interés superior del niño ha sido considerado como eje central en la constitución nacional de 1991, siendo un principio orientador para resolver conflictos que involucren a menores de edad, otorgándoles un trato preferente para que puedan formarse y desarrollarse plenamente. Al respecto se dijo explícitamente lo siguiente: “los criterios que deben regir la protección de los derechos e intereses de los

⁴⁵ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989”. Entrada en Vigencia: 22/01/1991 Medio de Publicación: Diario Oficial 39640 de enero 22 de 1991.

⁴⁶ Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 4.

menores que comprenden la garantía de un desarrollo armónico e integral son: i) la prevalencia del interés del menor⁴⁷; ii) la garantía de las medidas de protección que su condición de menor requiere⁴⁸; iii) la previsión de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse mental, moral espiritual y socialmente de manera normal y saludable, y en condiciones de libertad y dignidad⁴⁹.

Es por lo anterior, que tratándose de menores de edad víctimas de cualquier clase de abuso, existe la obligación de adoptar medidas adecuadas para protegerlos, más aun cuando en procura de sus derechos o intereses hay lugar a adelantar cualquier actuación penal, debiendo siempre ser protegidos en cualquiera de sus etapas, rigiéndose así a una serie de garantías, no solo por la prevalencia de los derechos de los menores, sino la imperiosa obligación de adoptar medidas para su protección en todos los ámbitos, incluido el proceso penal, cuando sean víctimas de delitos aberrantes como son los delitos sexuales.

Acorde con lo consignado, la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) en su Capítulo Único del Título II, en el establece los “procedimientos especiales cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos” y en desarrollo de los principios constitucionales de protección a la familia, a los menores de edad y a los jóvenes, reglamentando en su artículo 192 que los procesos por delitos en los cuales los menores de edad sean víctimas, se tendrá en cuenta el interés superior de los infantes, la prevalencia de sus derechos, la protección integral y las demás prerrogativas consagradas en convenios internacionales ratificados por Colombia, al igual que en la Constitución y en las leyes colombianas⁵⁰.

En procura de estos fines el Estado Colombiano a través del Consejo Superior de la Política Criminal presentó después de la entrada en vigor del art. 32 de la Ley 1709 de 2014 varias propuestas legislativas de intervención sobre las agresiones sexuales que afectan a los niños, niñas y adolescentes en Colombia destacándose:

1) Proyecto de Ley Número 197 de 2016 Senado, “por medio del cual se modifica la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones (Castración química para violadores y abusadores de menores)” que de acuerdo con la exposición de

⁴⁷ Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 3.1.

⁴⁸ Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles. Artículo 24. 1

⁴⁹ Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño. Proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959. Principio 2

⁵⁰ Artículos 42, 44 y 45 de la Constitución, acorde con la Declaración de Ginebra de 1924, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; la Declaración sobre los Derechos del Niño, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1959; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966 (art. 24); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966 (arts. 10 y 12); y la Convención sobre los Derechos del Niño, noviembre de 1989; entre otras.

motivos, este proyecto de ley busca establecer instrumentos disponibles de tal modo que garanticen el uso pleno y el goce efectivo de los derechos de que son titulares los niños, niñas y adolescentes en Colombia, especialmente los relacionados con la protección su integridad, la libertad y la formación sexual de estos sujetos de especial protección e intereses prevalentes.

2) El Proyecto de Ley Número 199 de 2016 Senado, "por el cual se establece el Procedimiento de *Fast Track* Judicial en favor de la niñez y adolescencia" El primero plantea el objeto, el cual es similar al de la iniciativa anterior: reforzar la garantía de los derechos de la infancia y la adolescencia. No obstante, los medios para realizarlo son diferentes y se basan en la creación de reglas de trámite preferencial para los casos de procesos penales y civiles que involucren niños, niñas y adolescentes.

3) Proyecto de Ley Número 200 de 2016 Senado, "por medio de la cual se modifica el artículo 208 del Código Penal, Ley 599 de 2000, y se dictan otras disposiciones para la protección de las víctimas de delitos sexuales en Colombia en especial de menores de 14 años" En concreto, la iniciativa modifica el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (art. 208 CP), introduciendo la castración química en los casos de reiteración de la conducta.

4) Proyecto de Acto Legislativo Número 211 de 2016 Cámara, "por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua" El proyecto de acto legislativo propone modificar el artículo 34 de la Constitución, con el fin de eliminar la prohibición de la prisión perpetua contenida en la Carta, admitiéndola excepcionalmente para los casos en los que "la gravedad del delito lo amerite".⁵¹

Es por ello, que el Estado Colombiano de conformidad con el deber de protección y garantía que ha adquirido con la suscripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos de derecho internacional, tiene la imperiosa obligación de configurar todas sus instituciones administrativas y judiciales con miras a garantizar a los menores de edad, el pleno goce de los derechos reconocidos en la citada Convención, consagrados también como derechos fundamentales en la Constitución Política de Colombia.

Ese deber de garantía que establece los instrumentos internacionales sobre los menores, en especial cuando son víctimas por delitos sexuales y que son acogidos por Colombia por el Bloque de Constitucionalidad, conlleva a que se explore medidas que prevengan su comisión, siendo ello el elemento principal de la acción

⁵¹ MESA, J.C. Efectividad de la política Criminal en materia de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes. Inciso, 19(2); 2017, pág.66-76.

del Estado para evitar la lesión de los derechos de los N.N.A, con la implementación de incrementos de penas y prohibición de subrogados penales. Y es que la protección de los menores de 14 años no necesariamente implica la reducción de las garantías fundamentales que hacen parte de las reglas de procedimiento y sanción penal de este tipo de conductas, que hacen parte del derecho penal colombiano, resultando imperativo diseñar y ejecutar una política criminal integral que se articule entre los mecanismos de prevención, y de precisión en la respuesta a los casos que ocurran por delitos sexuales, sin que la represión penal asegure el éxito completo de los fines propuestos, como es el caso de la protección de los derechos de los menores de 14 años víctimas de delitos sexuales.⁵²

4. Conclusión. Test de proporcionalidad: El interés superior del menor vs La dignidad humana.

Para realizar este test de proporcionalidad es necesario preguntarse si realmente resulta idóneo, necesario, adecuado y proporcional, hablando en sentido estricto, que se excluyan los subrogados penales para las personas que fueron condenadas por delitos en contra de la libertad sexual, donde la víctima ha sido un menor de 14 años, todo ello en el marco de la protección al principio del interés superior del menor.

Antes de responder dicha pregunta, es necesario entender el concepto de principio de proporcionalidad y como se da la aplicación del mismo, cuando existen choques entre los principios a analizar⁵³ ello en razón a que es la misma constitución la que suministra conceptos que son contrarios y/o excluyentes entre sí, cuando se da en el contexto del análisis del caso en concreto tal como se planteó a lo largo de este trabajo.

El principio de proporcionalidad es una herramienta de la argumentación jurídica mediante el cual se pretende que el tribunal constitucional cumpla con la tarea de interpretar la norma cuando se vean enfrentados varios principios o derechos de raíces constitucionales y dar aplicación de los derechos fundamentales de manera racional, ello sin invadir las competencias propias del legislador; pues lo más acertado es que frente a una colisión entre normas de la misma jerarquía o principios, se pueda aplicar aquel que una vez realizado el test de ponderación, no resulte violatoria de derechos y garantías, como quiera que es el operador jurídico

⁵² MESA, J.C. Efectividad de la política Criminal en materia de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes. Inciso, 19(2); 2017, pág. 66-76.

⁵³ LOPERA MESA Gloria Patricia. Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales, Universidad Eafit (Medellín, Colombia) Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid 2006. Pág. 270

que al momento de tomar una decisión, la misma debe estar soportado normativamente desde una óptica constitucional.⁵⁴

Cuando se presentan colisión entre dos principios, el juez debe elegir uno de ellos para la solución de un caso específico teniendo que desechar el otro, encontrando su solución con el test de proporcionalidad, en el que se emplea una estructura argumentativa que desarrolla el análisis de tres subprincipios, que son la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, y esto en aras de encontrar la razonabilidad y validez de la intervención o afectación a un determinado derecho, para lo cual deben verificarse aspectos tales como: i) si el legislador persigue un fin legítimo, ii) si el medio para alcanzarlo es idóneo, iii) que dicha intromisión se haya hecho en razón a que no existe otro medio idóneo, iv) que sea menos lesivo permitiendo alcanzar dicha finalidad y que exista proporcionalidad entre los sacrificios y beneficios que se generan con dicha intervención legislativa. Una vez se haya superado este análisis, se podrá establecer razonablemente la superposición de un principio constitucional, sobre otro⁵⁵.

La Corte Constitucional en la sentencia de tutela T- 425 de 1995, indicó que: “el **principio de proporcionalidad**, que se deduce del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (C.P., art. 95-1), juega un papel crucial. Los límites trazados al ejercicio de los derechos, en el caso concreto, deben ser proporcionales, esto es, no deben ir más allá de lo indispensable para permitir la máxima efectividad de los derechos en pugna. La proporcionalidad se refiere entonces a la comparación de dos variables relativas, cuyos alcances se precisan en la situación concreta, y no a la ponderación entre una variable constante o absoluta, y otras que no lo son”. En la misma sentencia la Corte precisa sobre el principio de ponderación que: “En el caso de colisión entre derechos constitucionales, corresponde al juez llevar a cabo la respectiva ponderación. Mediante ésta, se busca un equilibrio práctico entre las necesidades de los titulares de los derechos enfrentados. La consagración positiva del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (C.P., art. 95-1), elevó a rango constitucional la auto-contención de la persona en el ejercicio de sus derechos. La eficacia constitucional de este deber, en consecuencia, exige de los sujetos jurídicos un ejercicio responsable, razonable y reflexivo de sus derechos, atendiendo a los derechos y necesidades de las demás y de la colectividad”.

⁵⁴ LOPERA MESA Gloria Patricia. Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales Universidad Eafit (Medellín, Colombia) Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid 2006. Pág. 270

⁵⁵ LOPERA MESA Gloria Patricia. Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales, Universidad Eafit (Medellín, Colombia) Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid 2006. Pág. 272.

Ahora bien, para desarrollar el test de proporcionalidad entre el principio de dignidad humana frente a la protección al interés superior del menor es necesario analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El principio de la dignidad humana, porque se ve limitado al eliminar los subrogados penales para las personas condenadas por los delitos sexuales y el principio del interés superior, porque sobre este es que el que el legislador fundamentó la principal razón político criminal para castigar con mayor severidad los comportamientos de delitos sexuales contra menores de 14 años.

Tanto el principio de la dignidad humana, como el interés superior del menor, son principios de rango constitucional, por lo tanto al darle prelación a uno de ellos debe limitarse el otro, es por ello que se hace necesario realizar el test de proporcionalidad, para lo cual resulta preciso verificar los subprincipios que se encuentran inmersos en este test.

A la luz del sub-principio de idoneidad, debemos preguntarnos si dar aplicación al principio de dignidad humana y con ello conceder subrogados penales a quienes hayan sido condenados por delitos contra la libertad sexual de N.N.A, va en contraposición o limita el principio del interés superior del menor.

Para resolver dicho cuestionamiento, es indispensable realizar el análisis de las modificaciones legislativas que se han hecho respecto de este tipo de conductas penales, puesto que para la creación de las mismas se ha realizado el estudio de estos dos principios y siempre ha prevalecido el interés superior del menor y ello se evidencia en la disminución de garantías procesales frente a personas que se encuentran vinculados penalmente por otro tipo de conductas como el delito de terrorismo (art. 144 CP), secuestro extorsivo(art.139 CP), homicidio agravado (art. 104 CP) entre otros; un ejemplo de ello, es que no les es posible acceder a las personas que cometan conductas punibles por delitos sexuales con menores de 14 años a una rebaja de pena en las mismas condiciones que le asisten a otro tipos penales por aceptación de cargos, ya sea en razón a un preacuerdo o a su manifestación libre y voluntaria, aunado a ello les fueron prohibidas todo tipo de sustituciones de medidas de aseguramiento y en caso que lleguen a un juicio, se verían enfrentados a altas penas que incluso si se les fueran aplicados los agravantes superarían el limite constitucional de los 60 años de prisión y ello por la modificación realizada a la Ley 599 de 2000 por la Ley 1236 de 2008, Ley 1142 de 2007 y 1709 de 2014 que se sustentan en los postulados de la Ley 1098 de 2006 para esta clase de delitos.

Lo anterior, permite evidenciar, por un lado, que existen suficientes modificaciones normativas que permiten proteger el interés superior del menor, bajo el establecimiento de sanciones penales tan altas que finalmente lo que hacen es prevalecer la prevención especial negativa, es decir, conllevan a la inocuización del sujeto que ha cometido delitos sexuales contra menores de 14 años. Por otro lado, que ni el aumento de las penas, ni la limitación de los subrogados, ha generado efectos de prevención general con relación a este tipo de delitos. Así las cosas, limitar el principio de la dignidad humana del condenado en lo que respecta con la prohibición de los subrogados penales nada tiene que ver con la salvaguarda del principio constitucional del interés superior del menor.

Ahora bien, es necesario resaltar que existen otros mecanismos de prevención y protección a los derechos de los menores que son realmente idóneos, adecuados, eficaces y se encuentran fuera de la esfera penal, no obstante la política criminal en Colombia está enfocada en la sanción de las conductas punibles y no en la prevención de la comisión de las mismas⁵⁶, es por ello que siempre se termina sacrificando en una gran proporción la dignidad humana de quien padece el sistema carcelario y penitenciario en calidad de condenado, sin que haya un cambio ostensible en el número de conductas punibles que se ejecutan en contra de la libertad sexual de los menores de 14 años.

Lo analizado hasta el momento, pone en entredicho la idoneidad del principio del interés superior del menor, como postulado para eliminar los subrogados penales en delitos sexuales con menores de edad, este está cumpliendo un efecto meramente simbólico, utilizado para perpetuar las manifestaciones sociales de repudio frente a este tipo de conductas y no para dar cumplimiento de los fines preventivos de la pena. Se ha dicho al respecto lo siguiente: "Siendo así, dado que una pena superior a la anteriormente establecida para el mismo delito no necesariamente garantiza mayor idoneidad y sí, por el contrario, mayor lesividad, cabría sostener la inconstitucionalidad, por innecesarias las normas que establecen aumentos de penas en aquellos casos en los que no se logre establecer, con base en premisas dotadas de respaldo empírico, una mayor idoneidad preventiva de la nueva pena respecto de la anterior"⁵⁷

⁵⁶ MESA, J.C Efectividad de la política criminal en materia de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes. Inciso, 19 (2); 2017, pág. 66-76,

⁵⁷ BERNAL PULIDO CARLOS. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pág. 283 - 284

En sentido similar, Bernal Pulido ha señalado que: “Creo que sólo es posible fundamentar declaración de inconstitucionalidad, por falta de idoneidad, de las normas penales de sanción cuando concurren dos condiciones: Que pueda establecerse, con base en premisas dotadas del mismo respaldo, que la intervención penal, además de no producir efectos apreciables en orden a la protección del bien jurídico, se revela contraproducente para alcanzar dicho fin”⁵⁸.

Con lo dicho hasta aquí, se puede afirmar que la limitación de subrogados penales en pro del principio del interés superior del menor no es idóneo, dado que existen disposiciones normativas que de por sí sancionan con suficiente vehemencia conductas que vulneran la libertad e integridad sexual del menor de 14 años, sin que sea necesario restringir aún más el principio de dignidad humana de los condenados prohibiéndoles acceder a los subrogados. Por lo tanto, no es necesario continuar con este test de proporcionalidad, dada la inidoneidad del principio del interés superior del menor, este análisis per se resulta suficiente para la declaratoria de inconstitucionalidad del precepto que se ha venido estudiando a lo largo de este trabajo.

No puede olvidarse que el estandarte del Estado Social y Democrático de Derecho y del sistema penitenciario y carcelario no solo va en encaminado al castigar al responsable de la sanción, sino que además busca la protección de la víctima, reparar el daño causado y asegurar la no repetición del mismo, pero ello siempre con observancia del principio de la dignidad humana, por lo que fundamentar las limitaciones de los derechos de las personas condenadas exclusivamente con el argumento de que los menores son sujetos que gozan de una especial protección es una violación flagrante a este principio.

⁵⁸ BERNAL PULIDO CARLOS. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pág. 277

Referencias Bibliográficas

- Archila, Juliana/ Hernández, Norberto. Subrogados y hacinamiento carcelario. Respuesta del legislador del año 2014 frente a la situación carcelaria en Colombia. Misión Jurídica
Revista de Derecho y Ciencias Sociales. 2015.
- Arenas, Antonio Vicente. Comentarios al Código Penal Colombiano. Legislación-Doctrina jurisprudencial- Tomo I. Parte General. TEMIS. 1983.
- Barrera, Juan Pablo. Estudio piloto sobre actitudes punitivas en la universidad EAFIT, Medellín. Boletín Criminológico, 2013, pág. 147. Recuperado de: <https://search.proquest.com/docview/1513232036?accountid=136733>.
- Beccaria, Cesare Bonesana. De los Delitos y de las Penas. Bogotá, Colombia: TEMIS. 2005.
- Bello, Estrada. Eficacia de los Subrogados Penales en el Contexto del Sistema Penitenciario y Carcelario de Colombia a la luz de los parámetros regionales y constitucionales en materia de privación de la libertad por atributo de la ley. Centro de Investigación Socio jurídicas (CISJUC) Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Año 2007.
- Bernal Pulido Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2003
- Constitución Política de Colombia de 1991
- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Corte Constitucional, sala plena, C 806 de 2002. Magistrada Ponente Clara Inés Vargas
Hernández
- Corte Constitucional, Sentencia T- 019 de 2017. Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Corte Constitucional, Sentencia T-035 de 2013, reitera la Sentencia C-425 de 2008, de la misma corporación.

Corte Constitucional, sentencia T-718 de 2015. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, Sentencia T-596 de 1992, reiterada en Sentencia C-565 de 1993.

Corte Constitucional, Sentencia T-762 de 2015 Magistrada Sustanciadora Gloria Stella Ortiz Mercado.

Corte Constitucional. Sentencia T -035 de 2013. Expediente T-3613253. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 53314, 2011.

Corte Suprema de Justicia, SP 1602, 2014

Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño.

Ferrajoli, Luigi. El Derecho Penal Mínimo. Traducción de Roberto Bergalli con la colaboración de Héctor C. Silveria y José L. Domínguez en VV.AA, Prevención y teoría de la Pena. Editorial Jurídica Conosur. Universidad de Camerino. Santiago de Chile. 1995

Ferri, Enrico. Principios de Derecho Criminal. EDT Reus S.A. 1799.

Florian, Eugenio. Parte General del Derecho Penal. Tomo I. Imprenta y Librería "la Propagandista". 1929.

Jiménez de Asua, Luis, Y Oneca, Antón. Derecho Penal. Tomo I. Editorial Reus S.A. Madrid, 1929

Jiménez, Hernández Londoño. La prevención especial en la teoría de la pena.

Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la adolescencia

Ley 1236 de 2008, Ley 1142 de 2007 y Ley 1709 de 2014

Ley 599 de 2000 Código Penal Colombiano

Ley 65 de 1993 Código Penitenciario y Carcelario

Ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal

Lopera Mesa Gloria Patricia. Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales, Universidad Eafit (Medellín, Colombia) Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid 2006.

Manzini, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. Buenos Aires. 1949.

Mesa, J.C Efectividad de la política criminal en materia de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes. 2017.

Ministerio de Justicia y del Derecho. Coord. Investigación- Cita Triana, Ricardo Antonio. Subrogados Penales, mecanismos sustitutivos de Pena y Vigilancia Electrónica en el Sistema Penal Colombiano, 2014.

Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles.

Pérez, Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Editorial TEMIS Bogotá. 1967.

Proyecto Acto Legislativo 256 del 2013

Proyecto de Acto Legislativo Número 211 de 2016 Cámara

Proyecto de Ley 033 de 2018.

Proyectos de Ley del Senado: Número 197 de 2016; Número 199 de 2016; Número 200 de 2016

Roxin, Claus. Iniciación al derecho penal de hoy. Secretaria de Publicaciones de Sevilla. 1981

San Martín, Muñoz Francisca y Corrales, Rodríguez Fernando Andrés. Fines de la Pena y Libertad Condicional.

Thot, Ladislao. Ciencia Penitenciaria. Revista de Identificación y Ciencias Penales. Universidad Nacional de la Plata. Argentina. 1936.

Velásquez Velásquez, Fernando. Manual de Derecho Penal. Parte General. El derecho penal subjetivo y sus límites. Medellín, Colombia. Tercera edición actualizada. Ediciones Librería Jurídica COMLIBROS. 2007

Zaffaroni Eugenio. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ediar Buenos Aires, Segunda Edición. 2006.

Web grafía

http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2013/gaceta_668.pdf . pág. 1. (24 marzo de 2020)

http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2013/gaceta_668.pdf . pág. 3, 4. (24 marzo de 2020)