

TRATAMIENTO PENITENCIARIO DEL INFRACTOR EN EL ABUSO SEXUAL CON VÍCTIMAS ADOLESCENTES

Elizabeth Patiño Bulla†*

RESUMEN

La práctica de intereses particulares y garantía de derechos integran teóricamente instituciones jurídicas y categorías iusfilosóficas que organizan metódica y coercitivamente las sociedades multiculturales del siglo XXI, en la medición de comportamientos individuales arbitrariamente contrarios a los procesos de globalización, el escrito trata de una propuesta en el sentido de salvaguardar el honor de la adolescente y suprimir la pena en caso de matrimonio; debiendo tenerse en cuenta no solo la edad de la víctima, sino también del sujeto investigado para prevenir relaciones desequilibradas de poder, he aquí el fundamento axiológico de la responsabilidad de los sujetos de derecho en los delitos de Acceso Carnal Abusivo y Actos sexuales con Menor de 14 años, permite, hablar también de un beneficio para el sujeto investigado que ha creado un entorno favorable para el desarrollo físico y psicológico del menor nacido de esas relaciones sexuales objeto de punición o de la madre embarazada donde quedan a salvo los derechos de uno y otro.

Palabras Claves: Acceso carnal abusivo, Adolescente, Familia, Principios Legales de la Pena, Teoría de Prevención.

ABSTRACT

The practice of particular interests and guarantee of rights theoretically integrate juridical institutions and legal philosophical categories that methodically and coercively organize the multicultural societies of the XXI century, in the measurement of individual behavior arbitrarily contrary to the processes of globalization, the writing deals with a proposal in the sense of safeguarding the honor of the adolescent and suppressing the punishment in case of marriage; should be taken into account not only the age of the victim, but also the subject investigated to prevent unbalanced power relations, here is the axiological basis of the responsibility of the subjects of law in the crimes of Abusive Carnal Access and Sexual Acts with Minors of 14 years, allows, also speak of a benefit for the researched subject that has created a favorable environment for the physical and psychological development of the child born of those sexual relations subject to punishment or of the pregnant mother where one's rights are safe and other.

Keywords: Abusive carnal access, Adolescent, Family, Legal Principles of Punishment, Prevention Theory.

* Este trabajo es el resultado de investigación para el Diplomado de Costarica .

†Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia, Seccional Bogotá.
E-mail: elizabethjo20@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

Una de las principales finalidades del ordenamiento penal es el mantener una pacífica convivencia social con el fin de cumplir un ordenamiento jurídico y brindar una confianza en la justicia y; así mismo, dar aplicación a los principios constitucionales, en la coherencia de la discrecionalidad en la acción penal en cuanto resulte pertinente.

Desde luego, la legislación penal en el Capítulo Segundo, Título IV, Libro Segundo Parte Especial de los Delitos en Particular es muy clara en sancionar los delitos contra la “libertad, integridad y formación sexuales”(Ley 599, 2000) y s.s., en la cual se encuentran el: “ Acto Sexual con Menor de 14 Años (Art, 209)ⁱ y el Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años” (Art, 208)ⁱⁱ, pues claro está, que el legislador colombiano dentro de la potestad configurativa, consideró que dentro en dicho rango de edad la persona no ha alcanzado el desarrollo cognitivo y volitivo suficiente que le permita ejercer libremente los derechos sexuales y reproductivos, pero no es indiferente encontrarse con situaciones reales en la sociedad, donde la mujer adolescente, con un rango de edad entre 12 a 14, tiene relaciones “consentidas” bien dentro del noviazgo y / o unión marital, y fruto de éstas se presenta el nacimiento de un hijo que al decidir darlo a luz, es objeto de derechos como lo es el de tener una familia.

1. Perspectiva General

Se resalta, dentro del presente escrito, los principios rectores de las sanciones penales, cuyo desarrollo legislativo se encuentra en la Ley penal, de “la imposición de la pena o de la medida de seguridad” (Ley 599, 2000, Art. 3) encontrándose que debe regirse por los principios de «necesidad, proporcionalidad y razonabilidad», recalcando que “el principio de necesidadⁱⁱⁱ, se debe entender en el marco de prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan” (Cote, 2008, p.194).

El principio de proporcionalidad, enfocado desde el principio de igualdad, como se señaló por la Corte Constitucional, en la Sentencia C - 022 / 1996, que busca “que un trato desigual no vulnere otro principio” (Gaviria, 1996); por consiguiente, la gravedad de los hechos debe corresponder a la gravedad de la pena o de la medida de seguridad, con el fin de

graduar las penas asegurando la necesidad de la proporcionalidad en el ámbito punitivo y la dosificación de la pena; por tanto en cuanto atañe a este estudio cobra importancia el quantum punitivo en relación con la edad de la víctima y del autor, así como también la necesidad de la pena intramural.

A este respecto, necesariamente se tiene que hablar también de un beneficio para el sujeto investigado que ha creado un entorno favorable para el desarrollo físico y psicológico del menor nacido de esas relaciones sexuales objeto de punición o de la madre embarazada donde quedan a salvo los derechos de uno y otro.

No se trata de una propuesta para un retroceso legislativo en el sentido de salvaguardar el honor de la adolescente y suprimir la pena en caso de matrimonio, pues es precisamente por esto que cada caso sería sometido al cumplimiento de requisitos para acceder al beneficio, debiendo tenerse en cuenta no solo la edad de la víctima, sino también del sujeto investigado para prevenir relaciones desequilibradas de poder.

De manera, que, al analizar la normatividad vigente para los delitos de Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 años y Actos sexuales con Menor de 14 años observar si se cumple con el principio de necesidad o el de proporcionalidad de la pena o, si por el contrario se privilegia el principio de legalidad a costa incluso de la privación del derecho fundamental del menor infante a tener una familia.

Tampoco pretende este análisis ir en contravía de la tendencia globalizada de procurar el desarrollo integral de la mujer y de prevenir el embarazo adolescente, sin embargo, surgen el interrogante *¿La condena intramural en un establecimiento carcelario, como consecuencia del Acceso carnal abusivo con mujer menor de 14 años” y mayor de 12 años, con quien se ha conformado una familia, responde a los principios legales de la pena?,*

Teniendo en cuenta que la sanción penal podría vulnerar el derecho fundamental de tener una familia del infante aun cuando nazca de la relación abusiva con madre adolescente, resulta más complejo el estudio, ante la necesidad de cumplir con el principio de legalidad de la pena, pues aunque debería primar el derecho del menor infante a tener una familia, como el núcleo esencial de la sociedad, aunque sea producto de un Acceso Carnal Abusivo (entiéndase relaciones consensuadas con víctima adolescente), por el otro lado se encuentra

enfrentada esa especial protección que la Ley ha prodigado a los menores de 14 años para mantenerlos indemnes de cualquier conducta atentatoria contra la integridad, libertad y formación sexuales.

Para absolver el interrogante se debe advertir que tampoco es una propuesta para que el legislador modifique la edad para contraer matrimonio consensuado o para sugerir el establecimiento de un nuevo límite de la presunción *iure et de iure* prevista en los artículos 208 y 209 del Código Penal (Ley 599, 2000, Arts. 208, 209) conforme declaración de exequibilidad la Corte Constitucional, en Sentencia C -876 de 2011, sobre la ausencia de consentimiento válido de los menores de 14 años para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos (González, 2008).

Igualmente, para la Corte Constitucional, Rad. 13466/00, existe la presunción legal de la incapacidad del menor de 14 años para determinarse y ejercer su sexualidad, dado que las personas menores de esa edad no se encuentran en condiciones de asumir sin consecuencias para el desarrollo de su personalidad el acto sexual, debido al estadio de madurez que presentan sus esferas intelectual, volitiva y afectiva (Arboleda, 2000a).

Ha sostenido la Corte igualmente, que tampoco es permitido desconocer la presunción que la norma establece, a partir de consideraciones de contenido supuestamente político criminal, con el fin de sostener que la edad que sirve de referente al legislador colombiano para suponer la inmadurez del menor, no se ajusta a lo que revelan la verdad social y cultural del país, y que la ley prevé algo que la misma realidad contradice (Arboleda, 2000b).

Partiendo entonces de las pautas legales y jurisprudenciales antes reseñadas, que impiden al operador jurídico realizar un análisis sobre la madurez de la víctima adolescente o sobre los derechos del infante hijo de ésta, surge el interrogante sobre la conveniencia de establecer subrogados o beneficios como sería el “Principio de Oportunidad” para casos especiales, tanto para los implicados en punibles de Acceso Carnal abusivo con menor de 14 años, como tratándose de Actos Sexuales Abusivos con menor de 14 años en víctimas adolescentes; debiendo entonces estudiarse y ponderarse estos casos, como sería en razón de la edad de la víctima, en razón de la diferencia de edad de ésta con el agresor y en los casos donde entran en conflicto los derechos de los infantes procreados por el indiciado o imputado, a tener una familia y en especial un padre que acompañe su desarrollo en el seno

de su hogar y no en un establecimiento de reclusión, aun cuando la menor víctima sea una adolescente cuya edad oscila entre los 12 y 14 años; igualmente se tendrá la observación y exposición de los resultados de la encuesta realizada a los Fiscales de la Unidad de delitos sexuales de Bogotá.

Hecha la claridad del problema de investigación, se exteriorizan dos hipótesis que con llevaría a concluir la respuesta al interrogante dentro de las que se expone: como primera, la condena intramural al agresor como consecuencia de Acceso carnal abusivo o Acto Sexual con menor de 14 años, en víctima adolescente NO cumple con los principios legales de la pena y como segunda, la condena intramural en establecimiento de reclusión, al agresor como consecuencia del Acto o del Acceso carnal abusivo con menor de 14 años, con víctima adolescente, SÍ cumple con los principios legales de la pena.

El desarrollo del objetivo general de la presente investigación es determinar si el tratamiento penitenciario en lugar de reclusión impuesta al sujeto activo de los punibles de Actos y Acceso Carnal Abusivo con víctima adolescente vulnera los principios de la Pena. Resulta importante para este objetivo general, analizar en los casos de procrearse un hijo común con la víctima, hasta donde debe primar el derecho del infante a tener una familia y no se separado de ella.

En tales condiciones, es circunstancial obtener los siguientes objetivos específicos. Determinar (i) la importancia de la familia frente a los menores, como núcleo esencial de la sociedad, dentro del consentimiento de los padres en conformar. (ii) Los principios legales de la pena al imputado, en el favorecimiento de la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, impuestas en los delitos sexuales. (iii) Descubrir la irracionalidad del ordenamiento jurídico enfocado en los delitos de “actos sexuales con menor de 14 años y de acceso carnal abusivo con menor de 14 años”. (iv) Establecer cuál ha sido la aplicación de los principios en los delitos contra la libertad, integridad y formaciones sexuales en los menores de 14 años. v) Determinar la conveniencia de permitir un principio de oportunidad frente a los actos y acceso carnal abusivo con menor de 14 años; corresponde a la dedicación de las líneas generales este escrito juicio de investigación, con la finalidad de generalizar un concepto enfocado desde la jurisprudencia, doctrina, y normas legales actuales, integrándose en una investigación transversal al interrogante que compete en el presente trabajo de investigación. Por otra parte, es importante tener en cuenta el trazado de la política criminal en el tema que

ocupa y desde luego será también importante el análisis desde el punto de vista sociológico de la familia.

Con lo anterior, se examina como consecuencia, si existe o no proporcionalidad en la pena establecida por el legislador en los actos sexuales y acceso carnal abusivo con menor de 14 años tratándose de adolescentes entre 12 y 14 años en contraste con infantes de 1 a 11 años, presentando ahora sí propuestas con relación de la edad de la víctima y del victimario y del daño que se presume conforme al factor etario, no soslayando que el objetivo de la construcción penal debe hacerse de manera justa y funcional.

Visto de esta forma, se señala un rumbo básico dentro del ordenamiento jurídico y se utiliza un enfoque metodológico cualitativo, del trabajo exploratorio orientado al principio de la legalidad y necesidad de la pena en el sistema penal colombiano como “Estado Social y Democrático de Derecho”; como axioma de las decisiones de los legisladores e instituciones del Estado, en el acuciante tema de los derechos de los menores, para lo cual se realiza la aplicación de análisis descriptivo como objeto de la actual investigación.

Debo subrayar, que la combinación de información se obtuvo mediante fuentes de investigación primarias que refleja el presente escrito, incorporando estudios científicos, entre otros, en relación con los provenientes de los actos y cambios de la sociedad; apoyado necesariamente de las fuentes bibliográficas, jurisprudencia de la Corte Constitucional. utilizadas por otros autores como periplo y parte del objeto de la investigación.

Frente a la investigación, como valor jurídico y social en el ámbito de los principios constitucionales, se realiza una breve revisión de las investigaciones para la contribución del desarrollo en la no vulneración del iusfundamental, en la adopción de las medidas apropiadas de la protección de los niños, niñas y adolescentes frente al debido proceso.

2. Importancia Social a Tener una Familia

En esta época globalizada el referirse a la familia como derecho del menor y como objeto fundamental de este análisis, debe tenerse en cuenta que además de ser una institución universal, el concepto guarda estrecha relación con estudios sociológicos que explican su origen.

Es así que se retrotrae a la antropología, al origen de la familia; las sociedades humanas cuando cruzaron por una etapa primitiva que dio origen a la llamada familia poligámica, o poliándrica teniendo en cuenta las condiciones de conservación y transformación sociocultural que daba lugar a la existencia de familias numerosas, formadas por una comunidad de mujeres con escasez de hombres o una comunidad de hombres con una sola mujer; luego de pasar por estas fases de desarrollo la unión sexual (punalua, sindiásmica, matriarcado, poliandria), en su orden; el reconocimiento del padre, quien dio la conformación de familia (Engels 1884, pp.7.9).

En ese sentido afirma que a lo largo de la historia primitiva los seres humanos dejan ver un estado de cosas en que los hombres practicaban la poligamia, poliandria, donde eran comunes los hijos de unos y otros, y no había un progenitor señalado, pero a su vez dentro de estos grupos hubo transformación, fase por fase estrechándose cada vez más el círculo, hasta que se manifiesta el interés de resolver el componente de los miembros de donde procede la familia monogámica o la pareja aislada que prevalece hoy (Engels 1884, pp.37.41).

Este análisis del tema sociológicamente tampoco riñe con el origen de la familia en la religión católica, pues, basta con leer algunos relatos del antiguo testamento que ilustran la familia judía de entonces en el génesis: Jacob con Raquel y su hermana Lea; Abraham con Sarah y su esclava Agar, de manera que no es extraño allí un hogar poligámico aun cuando esta concepción cambia con la presencia de Jesús de quien se observa una visión monogámica de la familia (Colunga, 1944, pp. 28.29).

Bajo la óptica sociológica el sistema social es visto no como un objeto en sí, sino como un sistema de comunicación siendo para algunos el instrumento de esa comunicación el amor o para otros la simple satisfacción de las necesidades humanas, pero de cualquier forma la supervivencia del sistema social la garantizan los otros subsistemas y uno de ellos es la familia. Desde esta teoría de los sistemas, la familia es cambiante, hace parte frecuente del sistema social se lleva a cabo en forma catalítica, para referirse que el sistema global sólo posibilita la autoselección del sistema parcial o interno (Urteaga, 2009).

Las distintas significaciones de familia en un sentido general, de un pasado y un futuro, desde lo que implica considerar que es la familia en cualquier sociedad, tanto concepto moderno, amplio donde es la médula, el organismo jurídico esencial, es aptitud de

ser padre madre e hijos bajo autoridad, protección, manutención y especial cuidado, por sus progenitores y por convivencia, tiene origen el concepto de familia en el derecho de Colombia que incluye lo anterior y sus diferentes vínculos jurídicos, como el de matrimonio, parentesco, filiación, unión intersexual, unión marital, entre otros, que tiene asidero en lo que define hoy familia “ ... núcleo esencial fundamental de la sociedad...” (Gómez, 2017)

Por otra parte, como diría Durkheim, 2011, defiende una intervención del Estado en lo que llama grupos sociales secundarios como lo son la familia, corporación, la iglesia, distritos territoriales, etc. pues tienden a absorber la personalidad de sus miembros, de manera que esa intervención se justifica para recordar a esas «sociedades parciales» que no están solas y que hay un derecho por encima de ellos. Sin embargo, el autor, afirma que no hay algo que nos parezca tan natural y eterno en el hombre como lo es el afecto mutuo entre padres e hijos.

3. Edad Núbil - Consentimiento Sexual del Menor

Comúnmente el hombre abraza el deseo de conformar familia cualquiera sea su vínculo, desde su esencia evolutiva; en sus diferentes culturas al acumular algunos años de vida es una aspiración humana. Se observan infinitas definiciones disímiles del término edad núbil desde la derivación básica del diccionario usual de la Real Academia Española (RAE) de lat. nubilis. Adj. “Dicho de una persona y más propiamente de una mujer: Que está en edad de contraer matrimonio.” Propio de una persona núbil.

Con referencia de la derivación de la acepción del derecho romano “*ius connubili*” que es señalada por “la Asamblea General de Las Naciones Unidas” así: (...) Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tiene derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia” (Organización de las Naciones Unidas, 1948, Art.16). se colige que es aquella época en que alcanza el hombre o mujer, la madurez sexual y se manifiesta en que se puede conformar familia y poder procrear hijos.

Por otra parte, es precisamente el límite de la edad de protección a los menores, contra toda forma de abuso sexual, es una de las preocupaciones prioritarias de las sociedades civilizadas considerando la edad mínima permitida para que los menores puedan contraer matrimonio válidamente o constituir una familia cualquiera sea su forma. Se encuentra así,

una primera conceptualización del abuso sexual infantil como una de las tipologías del maltrato infantil (Baita y Moreno, 2015)

En Colombia la edad núbil Existe a través del Código Civil Colombiano (Ley 57/87), norma que fijó la edad de 12 años para contraer válidamente matrimonio en Colombia. Es así como el derecho comparado demuestra la distinción tradicional de familia legítima, natural y hace distinción de igualdad a los hijos frutos de ambas familias; estos derechos se han internacionalizado y constitucionalizados .

Sin duda, este límite de edad establecido por el legislador permaneció hasta el año 2004 cuando la Corte Constitucional mediante Sentencia C-507 / 04, precisó que la edad mínima para que la mujer pueda contraer matrimonio válidamente son los 14 años siempre que medie el consentimiento de los padres y para ello manifestó tener en cuenta las reglas fijadas por el legislador en materia penal y laboral donde se consideró la edad de 14 años como el momento a partir del cual se dejaba de brindar una protección reforzada al menor; además de la obligación constitucional de garantizar la igualdad entre ambos géneros (Cepeda, 2004)

Sobre el tema se encuentra también la Sentencia C-821 de 2012 de 18 de octubre de 2012 donde la misma Alta Corporación, renombra y cita los reiterados pronunciamientos sobre la capacidad para contraer matrimonio, y el escenario internacional que se ocupa del tema; corresponde también señalar la Sentencia de Unificación SU 214 de 2016 del matrimonio entre parejas del mismo sexo (Ríos, 2016). De cualquier manera, es el Estado más propiamente a través del poder configurativo conferido al legislador, que interviene para fijar esa edad para que las personas puedan contraer matrimonio o puedan ejercer sus derechos sexuales y reproductivos. Tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional, han considerado razones de “*lege ferenda*” cualquier discusión que surja respecto de la edad fijada por el legislador (14 años) sobre la autonomía de la mujer para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos

Sin embargo, en la práctica al mismo tiempo que se defiende el derecho del menor a tener una familia, también se le niega a los infantes fruto de las relaciones “sexuales consentidas” con mujeres adolescentes entre 12 y 14 años el derecho a crecer junto a su padre, ya que en la mayoría de los casos son condenados penalmente en establecimiento de

reclusión, sino se prueba rigurosamente un error de tipo, negando beneficios que bien podrían ser aplicados según el estudio de cada caso específico, como sería a manera de ejemplo el Principio de Oportunidad consagrado en Colombia mediante la Ley penal que implantó el Sistema Penal Acusatorio (Congreso de la Republica, Ley 906/04),, figura hoy en día está en bastante desuso debido a la irracionalidad jurídico formal de los delitos sexuales tema del cual nos ocuparemos en el acápite pertinente.

Con referencia a la núbil o edad de contraer matrimonio a nivel mundial hoy en día se encuentra regulada a los 18 años, y está sujeta a factores de actividad sexual de los adolescentes, consentimiento y edad apropiada según factores médicos, si bien es cierto que la legislación a nivel internacional de los estados miembros estandariza la edad a 18 años, también se permite cuando hay consentimiento de los padres en edades inferiores a los 18, denominándose matrimonio infantil, planteamiento que considera por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF, 2016 va inverso a la protección del menor. También se considera matrimonio forzado cuando uno o ambos no ha dado consentimiento para casarse (p.16).

La recomendación de las entidades como “la Convención de los Derechos del Niño (CDN) y Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW)” para fijar la edad núbil con o sin consentimiento de los padres es de 18 años, y la edad absoluta por circunstancias excepcionales se enmarca en los 16 años. Igualmente, “la Unicef, Unesco, la ONU y el Departamento de Estado de EE. UU”, han determinado que la disposición de edad para contraer matrimonio como decisión propia debe ser de los 16 a 18 años; del muestreo realizado a nivel latinoamericano y caribe realizado en el 2015, demuestra y afirma que la edad promedio es de doce (12) a diez y ocho (18) años. Como respuesta a ese estudio y en protección al menor, se ha declarado que la edad mínima de capacidad y madurez sexual debe ser de diez y ocho años (18) y sugiere el ajuste de las edades entre niñas y niños para evitar la discriminación, pues desde la percepción de la protección al menor adolescente hay una edad de niñas-mujer y otra edad para niño-varones observación del Comité de Derechos del Niño (pp.1 - 25)

Una revisión de la reglamentación civil de América Latina y del Caribe, indica que hasta hace muy poco tiempo las edades mínimas para contraer el matrimonio: para niños y para niñas, con o sin consentimiento de los padres, dependiendo de diversos factores como el

embarazo, el nacimiento de un niño o niña de un grupo miembro de origen étnico u indígena se encuentra que en países tales como Argentina, Brasil, Costa Rica, República Dominicana, Guyana, Paraguay, Santa Lucía y Uruguay el límite es a los 14 años de edad con el consentimiento de los padres y 16 años sin el consentimiento de estos. Los Países del Caribe la edad es 18 años sin consentimiento y con consentimiento de los padres la edad mínima es de 15 años. En países como Ecuador, Bolivia, Trinidad y Tobago a los 12 años; en Siria la coordinadora de protección infantil revela que a los 12 años las niñas son forzadas por condiciones de guerra, pero las niñas mueren por no tener un cuerpo preparado para tener hijos a los 15 años pues es una edad temprana de riesgo para la salud física y mental al derivarse consecuencias psicológicas. Guatemala fiel a la tradición de comunidad maya establece una edad de 16 años para niños y para las niñas de 14 años con consentimientos de sus padres, igualmente el requisito de consentimiento parental, varía y enmarca la excepción, por ejemplo en Perú se requiere la edad de 16 años para casarse con consentimiento de los padres, en República Dominicana 15 años; en Cuba no se establece la edad pero se tienen que argumentar razones válidas y una buena causa, en el Salvador la ley dispone excepciones a la regla de 18 años de edad, con consentimiento de los padres. En el salvador la ley dispone los 18 años si los contrayentes han alcanzado la pubertad o sostienen o están esperando un hijo en común pueden casarse con el consentimiento de los padres. La edad para prestar el consentimiento para sostener relaciones sexuales es de 15 años (pp.17 -32)

Con respecto a la Nación Argentina, instituye el Código Penal en el Título VIII. Libro II., Artículo 119, el “abuso sexual” sin importar el consentimiento de la víctima cuando ésta tiene 13 años y ha fijado la edad de 16 años cuando el autor tiene una edad próxima a la víctima por edad o grado de desarrollo, ha consagrado que «El consentimiento libre del menor de dieciséis (16) años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez (Fiscalía General del Estado, 2017, Circular 1)

Otras culturas como los musulmanes la edad mínima por regla general es a los doce años; en Siria por la situación de guerra son obligados a casarse a los doce (12) años; para los hindúes a edad de dieciséis años; en Surinam con la legislación asiática sobre el matrimonio, las personas que pertenecen la misma etnia el grupo, la edad esta entre (15) quince a (19) diecinueve años (Unicef, 2016, p.20)

En consonancia con los estudios realizados, cada vez más países ajustan sus legislaciones al marco genérico de la UNICEF, donde se sugiere los dieciocho años como la edad mínima para contraer matrimonio, la existencia de múltiples excepciones y su alcance, a veces amplia, significa que muchos adolescentes no están protegidos del matrimonio infantil y se entiende que en muchos países se presume la emancipación lo que es que la adultez del niño o niña a veces para contraer obligaciones jurídicas no van acorde a la madurez médica ni biológica del adolescente discrimina no cumplen la edad de casamiento legal.

Cobra relevancia este precedente para el estudio que nos ocupa, si se tiene en cuenta que para el análisis jurisprudencial de la familia la Corte Constitucional hace un estudio juicioso de los precedentes de la propia Corte y de la exposición de motivos de la Constitución del 91, donde si bien se observa un concepto tradicional de familia en cuanto a los sujetos que la conforman, el mismo fue evolucionando conforme el desarrollo jurisprudencial a tono con los cambios sociales y los instrumentos internacionales, tema que si bien no es nuestro objetivo principal de estudio, si puede rescatarse para el tema que nos ocupa el modo en que puede conformarse ese vínculo familiar y como puede crearse con la sola voluntad responsable de conformarla basta.

De igual manera es importante la concepción de familia desligada incluso de la vida en común, de manera que no puede desconocerse ese vínculo familiar entre padre e hijo fruto de relaciones sexuales “consentidas” con madre adolescente con edad entre 12 y 14 años, e incluso entre los mismos padres y es ahí precisamente cuando nos cuestionamos si el derecho penal es la solución o sí la sanción en si misma cumple con los principios que la rigen, o sí por el contrario se hace necesario que en determinados casos se pueda renunciar o suspender la acción penal en beneficio de los derechos del infante de tener una familia y a no ser separado de ella. Pues si bien no es deseable un matrimonio precoz, no por ello se puede negar que el infante fruto de esa relación tiene derecho a tener un padre que pueda cumplir con sus obligaciones fuera de un establecimiento carcelario.

Ahora, ni siquiera los países más desarrollados han podido dar una solución a la problemática del matrimonio infantil y precoz. En atención a la problemática expuesta llama por eso la atención los estudios de Unchained at Last, 2010 organización estadounidense que lucha contra la erradicación del matrimonio infantil denominado en Estados Unidos como aquel en que uno de los contrayentes tenía menos de 18 años encontrando en Estados Unidos

entre los años 2000 y 2010 una cifra de 167.000 matrimonios infantiles en 38 estados y aun cuando las reglas en cuanto a la edad de los contrayentes menores de edad varían en cada Estado para casarse con autorización de sus padres, se estableció que los niños más jóvenes a los cuales se le autorizó casarse tenían una edad de 12 años (Guibreteau, 21017), hecho que no deja de sorprender si vemos que se trata de unos de los países más desarrollados del mundo (Publmetro, 2016).

4. Los Principios en la Imposición de la Pena

El referente del Principio de Legalidad tiene su origen en Inglaterra con la Constitución de Juan Sin Tierra, mediante la cual consagró este monarca a favor de los señores feudales, el derecho a no ser privado de la libertad, ni de sus otros derechos o confiscados sus bienes, ni declarado fuera de la Ley, ni desterrado o despojado o descendido de su rango de cualquier forma, ni usar la fuerza contra éste, sino en virtud de sentencia judicial y con arreglo a Ley del reino . De esta manera iniciando el Siglo XIII se observan los primeros pilares del Principio de Legalidad, aun cuando lo fuera sólo para brindar seguridad jurídica a una cierta categoría de los súbditos.

El Principio de Legalidad viene a ser definido por el filósofo y criminalista alemán Paul Johan Feuerbach bajo el aforismo “*regla nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*” (Villavicencio, 2007, p. 59) de manera viene a garantizar la seguridad jurídica y la libertad individual de las personas. Está considerado como una de las Teorías Clásicas de la Pena al considerar su función como preventiva, pues la ley penal previa es disuasiva al predecirla acción delictiva.

Desde la anterior noción se presenta las siguientes características por la Escuela Nacional de la Judicatura 2007, abstraídas por *Ernst Von Beling*: [*lex certa, lex praevia, lex stricta, lex scripta; Lex Certa*]. Prohibición de conceptos jurídicos indeterminados. El legislador deberá describir en forma clara, nítida y precisa las conductas y sus consecuencias, aun cuando exista un ámbito de punibilidad que permita al juez dosificar la pena dentro de un rango determinado, conforme a la gravedad del hecho y las reglas de individualización; *Stricta*. Exclusión de analogía. Proscripción de analogía en mala parte. Se permite únicamente la interpretación literal. Se ha venido aceptando la analogía in *Bonam partem*; *Scripta*. La ley como fuente única del Derecho Penal. Se proscribire la costumbre como fuente

del Derecho penal, como sí procede en otras ramas del Derecho. (Ej. Derecho Comercial);
Praevia: Prohibición de retroactividad de la ley penal. Ley promulgada anterior a su comisión, sólo se aplicará en la parte favorable.

El principio de Legalidad se encuentra consagrado en los incisos 2 y 3 del Artículo 29 de la Constitución Política de 1991 cuando prevé: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”. Desde luego su desarrollo legislativo encuentra apoyo bajo cuatro reglas (i) nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (ii) La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco (ii) la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. (iv) la analogía sólo se aplicará en materias permisivas. (...) Dentro de la potestad configurativa axiológica del legislador, se encuentra tipificado el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años vigente, con un ámbito punitivo entre 12 y 20 años (Ley 599, 2000).

Consagró la ley penal los Principios de las sanciones penales, preceptuando que la imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan (Ley 599, 2000, Art. 3).

La proporcionalidad de la ley tiene que ver conforme las pautas de la Corte Constitucional, Sentencia C -072, 1996 como la prohibición de excesos, la cual se obtiene a través de un juicio de los medios. Como principio para la delimitación y concretización de los derechos constitucionales, la proporcionalidad exhibe una naturaleza diferencial, o sea, que admite una diversa libertad de configuración legislativa dependiendo de la materia. Así, por ejemplo, en el ejercicio de la reserva legal establecida para la reglamentación de derechos constitucionales, sólo la restricción excesiva e imprevisible de los mismos implica la ilegitimidad del medio escogido para la realización de los fines constitucionales (Mendoza, 1996).

De acuerdo con lo anterior, expresa la Corte Constitucional, no es ajena al Principio de proporcionalidad la dosimetría de la pena y exige un juicio de razonabilidad o ponderación de los medios para la delimitación y concretización de los derechos constitucionales.

Es así como tal como lo ha avizorado la Corte al estudiar la restricción de la libertad, la necesidad de protección específica debe contrastarse con otros medios preventivos igualmente idóneos y menos restrictivos como medidas civiles, administrativas, laborales, y el mayor beneficio neto en protección de los bienes jurídicos que debe comportar la exclusión de ciertas conductas del ámbito de lo legalmente permitido.

La antijuridicidad y la culpabilidad en el derecho constitucional se introducen en el derecho Constitucional a través de este principio. Es así como se exige una lesión efectiva a los bienes jurídicos tutelados, como consecuencia de la obligación constitucional del estado de proteger a las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades (Gómez, 2017, Art2).

Pero de relevancia para este estudio, se rescata cómo la aplicación de la pena consagrada en la ley deberá hacerse de acuerdo con el grado de culpabilidad del sujeto “el juicio de proporcionalidad es, por lo tanto, necesariamente individual y el castigo impuesto debe guardar simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al que se imputa” (Espinosa, 2014).

Entendido de esta manera el principio de lesividad, el daño para el caso el caso del abuso sexual se vincula con el bien jurídico de la integridad, libertad y formación sexuales, sin embargo, también ha dicho la Corte Suprema de Justicia que el daño en los delitos sexuales tratándose de menores de 14 años se presume, no obstante por tratarse el daño de un elemento subjetivo, no es el mismo en todas las víctimas no sólo por lo que signifique en su fuero interno, sino que también está íntimamente ligado a la edad de las víctimas, pues no es lo mismo el impacto del abuso sexual aún con consentimiento de la víctima en menores infantes que en menores adolescentes (Cifuentes, 1993) .

Salta de bulto que el principio de proporcionalidad no es solamente una obligación del juzgador, sino también del legislador ya que su labor debe estar delimitada por el mismo, además de los fundamentos de la política criminal que existan sobre el tema.

El modelo Social del Estado Social Democrático de Derecho, incorporado en la Carta Política de 1991, determina unos principios limitadores el *ius Puniendi* de manera que producto de la seguridad jurídica que debe prevalecer en cualquier actuación procesal tanto en garantía del procesado, víctima, interviniente o sociedad en general deben establecerse criterios precisos e inequívocos para imponer la sanción penal, debiendo las autoridades guardar respeto y observancia al ordenamiento jurídico del Estado en sus diferentes ramas; en el caso concreto del legislador al momento de tipificar los delitos y las penas debe protegerse un determinado bien jurídico constitucionalmente válido, ya que el ilícito comienza con la ejecución dolosa de actuar contrario a la ley (Viveros. 2015, pp. 51.52)

Tal como se ha expuesto del precedente el Principio de Legalidad no solamente garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos, sino que principalmente constituye una garantía explicado por el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege* el cual exige que la ley sea escrita, previa y cierta (sin ambigüedades) con respecto a los delitos contra la integridad, libertad y formación sexuales los encontramos en el Capítulo II, Título IV de la Ley 599 de 2000, encontrando en primer lugar el punible de Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 Años (artículo 208) y Actos Sexuales con Menor de 14 años (209). Se observa pues que el legislador estableció la presunción legal de que los menores con la edad referida, no se tienen la capacidad de determinarse y actuar libremente en ejercicio de su sexualidad.

5. La Irracionalidad Jurídico Formal (Legislación – Jurisprudencia)

Algunos estudiosos del abuso sexual, como problema social, han encontrado que la actividad de ciertos grupos sociopolíticos ha colocado como problema de primera preocupación este fenómeno social, al que dicho sea de paso no escapan las sociedades más civilizadas. Es así como se señala en primer orden un grupo compuesto por trabajadores sociales que exclusivamente abraza el lobby de la protección infantil y uno segundo integrado por el movimiento feminista, “cuya coalición” lo ha venido legitimando profesional y moralmente, para ponerlo de relevancia (Finkelhor, 1980, p. 10).

Tratándose de un derecho de tipo penal sexual, no se puede desconocer una tensión entre el garantismo penal y los movimientos feministas pues mientras el primero como abanderado del “principio de mínima intervención” “*Ultima Ratio*” discurre en el garantismo

a manera de pauta normativa jurídica, que causa impacto en reducir violencia de la oficiosidad punitiva, tanto ejercer el prever instituido legalmente cuando Ferrajoli refiere “tanto en la prevención legal de los delitos como en su comprobación judicial sometida a estrictos regímenes impuestos para tutelar los derechos de las persona” (Ferrajoli, 2006, p.11).

Desde el punto de vista Constitucional-Penal no todo hecho antisocial debe ser sancionado, en virtud del Principio de Mínima Intervención y por tanto la facultad sancionatoria criminal sólo se aplica cuando las demás alternativas de control han fallado, de manera que el legislador exclusivamente tipificará las conductas que constituyen un verdadero riesgo para la comunidad o los individuos, siendo según la Corte la decisión de criminalizar el comportamiento humano la última de las determinaciones posibles dentro de un espectro de sanciones que el Estado puede imponer en virtud de su capacidad jurídica (Pretelt, 2012).

Dado el alto impacto en la sociedad que ocasionan los delitos sexuales, especialmente contra menores, no es fácil proponer una reforma legislativa que siquiera consulte la realidad social en función de estos y que se comenten en contra de víctimas adolescentes como lo son los Actos Sexuales Abusivos Con Menor De 14 Años Y Acceso Carnal Abusivo Con Menor De 14 Años precisamente por ir en contravía del clamor popular alentado por la justicia mediática, sin embargo a pesar de que todos los delitos sexuales contra menores revisten especial gravedad, también lo es que no todos generan el mismo grado de lesividad del bien jurídico tutelado.

En el otro extremo se encuentra que los movimientos feministas que se han venido agrupando en torno a la doctrina de lo que se ha llamado “jurisprudencia feminista” (Sánchez, 2006), con eco en muchas ocasiones en legisladores que se arrojan bajo el fenómeno del populismo punitivo.

Claro ejemplo de la irracionalidad jurídica, fruto de ese comportamiento comunal difundido por los dirigentes de partidos y la prensa se encuentra en el Proyecto de Ley 25 de 2006, por medio del cual se propuso incrementar las penas en materia de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Es así como el proyecto legislativo, sustenta la exposición de motivos aludiendo al caso de Luis Alfredo Garavito a quien se le adjudicó la

comisión de más de 140 homicidios de niños, “y según se informó en los medios de comunicación masivos, previamente a la muerte, el victimario abusaba sexualmente de ellos

Por otra parte, como los políticos y sus partidos capitalizan el temor de la sociedad por el delito, poniendo de presente una práctica discursiva en la búsqueda del prestigio electoral, transmitiendo a los electores una visión de idoneidad del servidor público o funcionario judicial que estuviera dispuesto a impulsar, patrocinar o gestionar el uso de medidas penales severas, irracionales e injustas (Velandia, 2015, p. 86)

Se trata independientemente de que se considere si es o no proporcional el aumento punitivo propuesto, lo que llama la atención es que la propuesta se presenta como una adecuada respuesta “a futuro” frente a las deficiencias evidentes de la respuesta penal actual. De manera que puede pensarse, que el ponente del proyecto con el aumento punitivo propuesto, simple y llanamente le atribuye a la pena en los delitos sexuales dentro del marco de la teoría de prevención general, una función intimidatoria, capaz de disuadir a pedófilos de la comisión de futuros delitos, lo cual no puede ser menos alejado de la realidad si se tiene en cuenta que tratándose de delitos sexuales no existe en la gran mayoría de casos ese poder disuasivo que se le atribuye a la pena.

La Ley de Infancia y Adolescencia, consagró la prohibición de beneficios y subrogados penales por delitos de lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, de manera que no procede la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el numeral 8 del artículo 324, de la Ley 906 de 2004; para los casos de reparación integral de los perjuicios. Tampoco procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, ni procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.

Si bien en Colombia no existe una completa visibilidad de la injerencia directa de los movimientos feministas en la legislación penal en materia de delitos sexuales, no se puede desconocer que el marco normativo internacional ha impuesto la necesidad de poner a tono con los instrumentos internacionales, la legislación del País en relación con la violencia de

género comprendiendo dentro de ella la violencia sexual , resultando claro que en materia de protección internacional de los derechos de la mujer han sido importantes los movimientos feministas con sus luchas sociales para atraer la atención de los legisladores en el ámbito del Derecho Internacional^{iv}

Toda reflexión se inscribe en no poder desconocerse que el marco normativo internacional que protege la libertad sexual de la mujer, tiene claramente un avance en el enfoque de género, pues la mayoría de legislaciones, a tono con lo pactado en las convenciones internacionales sobre el tema, han modificado el bien jurídico tutelado, otrora llamado “moral”, “pudor sexual” por libertad sexual, reconociendo con ello esa autonomía de la mujer sobre su propio cuerpo y sobre el libre ejercicio de su sexualidad y de esta manera también se ha venido consagrando como agravante de la violencia sexual el parentesco de afinidad por el carácter de cónyuge. A tomo con ese marco normativo internacional en Colombia hoy en día se protege el bien jurídico de la Libertad, Integridad y Formación Sexuales

Vale la pena entonces preguntarse si desde el punto de vista sociológico consultado la realidad social, se encuentra que la población esté orientando su comportamiento conforme lo espera el legislador desde el punto de vista de la función preventiva de la pena, o si por el contrario se hace necesario tomar otro tipo de medidas que tengan mayor impacto en la población, en especial en el segmento más joven, como lo sería diseñar planes estratégicos efectivos de prevención contra el embarazo adolescente y las enfermedades de transmisión sexual; medidas públicas para evitar el abuso sexual; educación orientada a hacer frente a la violencia sexual y de género; etc.

La aplicación ponderada del principio de oportunidad bajo las condiciones señaladas no vulneraría el Principio de Igualdad, por el contrario, una aplicación razonada del principio aprestigiar no sólo este mecanismo jurídico, sino también la propia justicia material.

Ahora, acogiendo la tendencia contemporánea del concepto de igualdad que «no consiste en la identidad absoluta, sino en la proporcionalidad equivalente entre dos o más entes, es decir, en dar a cada cual lo adecuado según las circunstancias de modo, tiempo y lugar»(Naranjo, 1995);, se propone para la aplicación del Principio de Oportunidad tener en cuenta el comportamiento del indiciado o imputado no sólo para decidir la aplicación o su

negativa, sino también para definir su modalidad, en caso de que se conceda bien sea suspensión, interrupción o renuncia a la persecución penal (Ley 906/2004, Art.323), tal lo prevé el ordenamiento penal.

6. Tratamiento de la Política Criminal del infractor

Con respecto al infractor primario de acceso carnal abusivo con adolescente entre los 12 y 14 años, donde no se evidencie una relación etaria o de poder de marcada asimetría con la víctima. Al respecto hay que advertir que el Estado colombiano no ha provisto un sistema que agrupe a una red de psicólogos, trabajadores sociales y otros profesionales que puedan ayudar a posibilitar la reinserción social de los ex presidiarios, pues si bien algunos pocos se pudieron capacitar en algunos oficios o incluso profesiones lo cierto es que sin necesidad de hacer un estudio empírico que lo demuestre, las reglas de la experiencia enseñan que el encierro aún con otros pares implica pérdida de las habilidades sociales en el mundo exterior, además de la desactualización tecnológica propia de las restricciones que allí se imponen, como lo es también cierta afectación de la autonomía y ni que decir de aquellos que no se capacitaron para siquiera aspirar a un trabajo digno en el mundo exterior.

Más grave aún resulta el encarcelamiento en lugar de reclusión cuando bajo las circunstancias de un acceso carnal con la menor víctima, han constituido una familia o por lo menos hay un vínculo afectivo e incluso hay un hijo común resultando entonces paradójico en algunos casos cuando la víctima ya tiene 14 años y por tanto con pleno ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos decida continuar el vínculo afectivo y mantener las relaciones sexuales con el acusado o condenado privado de la libertad, sin que sea necesaria ninguna clase de autorización por cuanto la conducta por la cual es procesado, a partir de que la víctima cumpla 14 años resulta completamente atípica; tanto es así que incluso la víctima podría contraer matrimonio con el procesado contando con la autorización de sus padres; pero repetimos no así para mantener el vínculo afectivo y las relaciones sexuales.

Sea entonces el momento detenernos en la Convención sobre los Derechos del Niño; Resolución 44 / 25, del 20 de noviembre de 1989, cuyo artículo 9 inciso 1° preceptúa que los Estados Partes se comprometen a velar porque el niño no sea separado de sus padres en contra de la voluntad de estos, salvo cuando a reserva de revisión judiciales las autoridades competentes determinan de conformidad con la ley y procedimientos aplicables que la

separación es necesaria en el interés superior del niño y a manera de ejemplo cita la Convención los casos de maltrato y descuido de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. Por otra parte, el inciso 3 del instrumento en cita, determina que los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño (Naciones Unidas, 1989).

Según la Observación general N° 14 del Comité de los Derechos del Niño, denominada El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, el concepto “interés Superior del niño”, no es un término recientemente acuñado si se tiene en cuenta que se empleaba antes de la Convención de los Derechos del Niño (1989), pues ya se empleaba en la Declaración de los Derechos del Niño (1959

No obstante para entender el concepto de “interés superior del niño” se hace necesario remitirnos a la Observación 14 donde se destaca que el objetivo principal de tan invocado y desconocido significado, es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño, destacando en primer lugar que ese interés superior se define en relación con los demás principios generales de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) tales como la no discriminación, el derecho a la vida, a la supervivencia y el desarrollo y a ser escuchado.

Del análisis de la Convención y bajo los conceptos del interés superior, no puede entonces afirmarse que el tratamiento penitenciario intramural en sitio de reclusión, resulte una medida necesaria y razonable que consulte ese interés superior del menor, pues por un lado hay que hablar del interés superior de la víctima directa, en nuestro caso una niña adolescente y por otro lado el interés superior del infante nacido de esa relación sexual; una y otro con un vínculo familiar y afectivo con el recluso o en el caso de los menores recién nacidos con un vínculo afectivo por construir; impidiendo por si sola es privación de la libertad de alguno de los progenitores el pleno disfrute de los derechos y el desarrollo holístico que tiene como fin ese interés superior del menor; pero más paradójico resulta cuando se considera que por el interés superior de la progenitora adolescente se priva de libertad al padre de su hijo y al mismo tiempo se afecta ese interés superior del infante pues le impide el pleno disfrute de su derecho a tener una familia y a no ser separado de ella a menos

que se juzgara en contra de su interés superior, los menores deben tener acceso automático a sus progenitores en prisión preventiva, y las autoridades que supervisan la detención deben facilitarlos. Las restricciones a lo anterior sólo deberán permitirse cuando las autoridades que realizan la detención hayan demostrado motivos razonables para ello.

Visto desde otro ángulo el propio Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos de la Niñez considera convictos colaterales a los niños y niñas hijos de progenitores presos y ha clasificado los riesgos asociados con el encarcelamiento parental en cinco categorías: Riesgo de ser privado de las necesidades y oportunidades básicas 2. Riesgo de sufrir victimización secundaria y despersonalización 3. Riesgo de que la situación general del menor se deteriore 4. Riesgo de quedar distanciado de su progenitor(a) encarcelado 5. Riesgo de caer en conductas antisociales.

Es así, que el principio de oportunidad se consideraría viable en nuestro estudio, en los casos de actos y acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales en víctimas adolescentes, siempre que cumplan ciertos parámetros que reduzcan el margen de discrecionalidad del ente acusador de manera que consonante con lo expuesto se consideraría, por ejemplo: (i) Que el autor no sobrepase los 22 años respecto de relaciones consentidas con menores desde los 12 años, hasta antes de cumplir 14 años, teniendo en cuenta los criterios sobre pedofilia contenidos en El Manual DCM IV de la APA, evitando las relaciones asimétricas o de poder. (ii) Que caso de haber procreado un hijo, el autor tenga voluntad de conformar una familia, no necesariamente haciendo vida común con la víctima, sino a través de una sana relación con la madre del menor y con el hijo de esta, esto es desprovista de violencia física o psicológica. (iii) Que, en el caso de haber concebido un hijo, el autor se encuentre cumpliendo con sus deberes de padre para que se cumpla los fines del artículo 44 Superior y el menor crezcan en el seno de la familia y de la comunidad en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. iv) que se trate de un infractor primario.

Para el efecto se considerarían no aptos para el beneficio con el Principio de Oportunidad, las relaciones desequilibradas de poder, bien sea en lo social, económico o de edad, así como otros aspectos que evidencien desde una perspectiva de género un trato discriminatorio y oprobioso contra la menor, previniendo un matrimonio servil o que la víctima esté siendo objeto de abuso y acoso sexual o no se le permita su desarrollo integral.

La modalidad bajo la cual se debe conceder el Principio de Oportunidad para los eventos señalados sería la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este, el cumplimiento de las condiciones impuestas; por ejemplo, no incurrir nuevamente en la infracción de la norma y estar cumpliendo con las obligaciones impuestas.

En Colombia la noción de política criminal ha sido definida por la Corte Constitucional colombiana como “el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”. El máximo tribunal constitucional ha reiterado sus propios precedentes: “la legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado”, y “la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal

Como consecuencia de la política criminal, la potestad configurativa y punitiva del legislador en materia penal; está limitada por las normas constitucionales y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad (Corcoy, 2017)

Sin embargo, se observa en los últimos años en materia de delitos sexuales en Colombia, un incremento considerable de las penas y una eliminación de los beneficios y subrogados penales. En este contexto se espera que la política criminal haya considerado estos preciados principios, lo que nos permite preguntarnos: ¿Responde la legislación colombiana vigente en materia de delitos sexuales a una manifestación concreta y coherente de política criminal del estado?, o, por el contrario, la producción legislativa en materia de estos delitos responde a factores ajenos a factores o elementos de una política criminal.

Del análisis de la evolución legislativa en materia de potestad configurativa y punitiva en delitos contra la Formación, Integridad y Libertad Sexual, se visualiza como la legislación no cumple con criterios de política criminal efectivos para combatir la criminalidad en esta materia, si se tiene en cuenta que la más reciente producción legislativa se ha ocupado del aumento punitivo y de la configuración legislativa de nuevos delitos en esta materia, sin que se refleje en un impacto positivo en la disminución de la criminalidad en esta materia.

Es así como en los últimos 10 años existe en Colombia proliferación legislativa en materia punitiva especialmente en Delitos Sexuales, justificándose la última reforma en esta materia, donde se aumenta ostensiblemente el ámbito punitivo de los tipos penales de este bien jurídico, con la venida de nuevo Sistema Penal Acusatorio adoptado mediante la Ley 906 de 2004, mediante el cual se esperaba conceder beneficios y subrogados penales por colaboración de los judicializados.

En resumidas cuentas se determina sí a pesar de toda esta producción normativa, hay en Colombia una política criminal de prevención; se observan precedentes jurisprudenciales, tales como la sentencia C-936 de 2010 que define los parámetros de la Política Criminal en Colombia; las Leyes 360 de 1997, 599 de 2000, 890 de 2004 y 1236 de 2008; a la vez que los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia tales como, Sentencia 25743 de 2006; Tutela 24021 de 2005, ésta última reconoce la no aplicación del nuevo rango punitivo a investigaciones en los lugares donde no haya entrado en vigencia el –Sistema Penal Acusatorio por considerar que el aumento punitivo se hace en consideración a una futura negociación, sin embargo no se conoce precedente para que el mencionado rango de aumento no se aplique a los delitos sexuales después de la prohibición de beneficios y subrogados a partir de la vigencia de la Ley 1098 de 2006.

Conclusiones Y Recomendaciones

Una de las principales finalidades del ordenamiento penal es el mantener una pacífica convivencia social con el fin de cumplir un ordenamiento jurídico y una confianza a la justicia y; así mismo, dar aplicación a los principios constitucionales como primera medida, en la coherencia de la discrecionalidad en la acción penal

Se determina que la familia es la médula fundamental de la sociedad en Colombia como en el mundo, el proceso de transformación histórica, hipótesis cristiana, sociológica, materialista, entre otras como la actual, se observa como monógama; teniendo en cuenta lo apartado que es en el cambio de la dinámica de la globalización y entorno del ser humano en su constitución por orientación sexual de quienes la componen.

Se identifica que la edad núbil en Colombia como en otras partes del mundo como es en Latinoamérica y en América del Norte, musulmanes, (Argentina, Brasil, Costa Rica, República Dominicana, Guyana, Paraguay, Santa Lucía y Uruguay, Estados Unidos) la aproximación en años es de los 14 como edad mínima y se extiende a los 18 años sin importar el género.

Se presenta excepciones que bajan la edad núbil por factores culturales, consideraciones médicas y de comienzo de actividad sexual, a los 15 años (Ecuador, Bolivia, Trinidad, Tobago) 16 años (República Dominicana, Cuba, Hindúes, Surinam) étnicas (Surinam entre los 15 y 19 años) aproximaciones de la edad para matrimonio y/o conformar familia con consentimiento de los padres desde los 12 años de la mujer ((Guatemala, Siria (obligadas por condición de guerra), con consentimiento la edad mínima 13 años (Costa Rica y Guyana)) que es considerado discriminatorio en los Standars de discriminación contra la mujer.

Se identifica maltrato infantil cuando uno o ambos son menores de 18 años y matrimonio forzado cuando uno de los contrayentes menores de edad no ha dado su consentimiento. Frente a la investigación se observó la importancia de la protección al menor niño, niña y adolescente frente a los delitos de la sociedad; es así, como a través de la historia y los procedimientos de cada Estado, se ha encargado de dar importancia a la protección reforzada a todos los menores frente a los delitos en que se encuentran, especialmente enfocados en la mujer adolescente en la desafortunada carga en que ellas se enfrentan, en la decisión de quedar embarazadas frente a situaciones que van entrelazadas con el androcentrismo que la sociedad ha soslayado, en estereotipos basado en género. Sin embargo debe reconocerse las falencias del sistema social y jurídico, por tanto no es el punitivo el remedio más eficaz tratándose de estas menores adolescentes que sostienen relaciones sexuales consentidas, con hombres que aun siendo mayores de edad, no tienen una superioridad etaria manifiesta que incida en las decisiones en forma contundente en el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, máxime cuando el presunto agresor ya desempeña un papel de padre fruto de estas relaciones.

Desde luego lo medular del presente estudio comprende el acceso carnal abusivo de que trata el Artículo 208 de la Ley 599 de 2000, como víctima el adolescente, defendiendo la tesis de la protección de la familia y el derecho del hijo habido dentro de dicha unión, a tener

una familia y como tal la figura del padre, lo que condujo a examinar el punible de actos sexuales con menor de 14 años contemplado en el Artículo 209 del ordenamiento penal señalado, ya que resultaría contrario a los postulados y fines de la pena ofrecer garantías a los agresores sexuales que cometen acceso carnal y no a quienes cometen solamente acto sexual en víctimas adolescentes, incentivando con ello la comisión de un punible de mayor entidad.

Ahora bien, lo que se pretende no es buscar un cambio jurídico, frente a una problemática que es evidente dentro de la investigación, toda vez que se reconoce el abuso sexual infantil como aquellos que mayor impacto tienen a lo largo de la vida de la víctima, sino que precisamente se prioricen para llevar a juicio, aquellos casos donde la víctima es un infante o púber y que por otra parte se ofrezcan otros medios alternativos de solución cuando se trate de víctimas adolescentes con relaciones sexuales consentidas, con persona que no supere muchos años la edad de ésta y que cumplan ciertas condiciones para hacerse acreedor a un Principio de Oportunidad.

También se pudieron identificar las dificultades propias de la investigación penal con víctima adolescente quien puede continuar a partir de los 14 años la relación afectiva que la une al victimario e incluso hacer vida marital con éste sin que pueda ser objeto de reproche penal y al comparecer a juicio se amparan en la garantía constitucional de no declarar en contra de éste o simplemente no colaborar con la investigación, lo cual justifica aún más la aplicación del Principio de Oportunidad teniendo en cuenta los intereses de la víctima.

Es así, que mientras no exista una propuesta legislativa diferente, que tipifique el abuso sexual consentido con víctima adolescente en relación con la edad de la víctima adolescente, o que se aplique en su esencia el Sistema Penal Acusatorio de la forma concebida por el Legislador del 2000 bien sea mediante la figura de los preacuerdos o negociaciones para delitos de esta relación víctimas-agresor, surge imperioso la aplicación del Principio de Oportunidad y de esta manera bajo las condiciones expuestas pueda el funcionario instructor dedicarse a llevar a juicio las demás investigaciones donde la víctima es un infante.

Analizado los principios de la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, de manera paralela con los derechos de los menores en la obtención de iusfundamental, conformados y adoptados en la legislación colombiana, en el modelo de Estado, en concordancia con los

derechos internacionales, reflejados en el sistema penal, se debe procurar que la solución de un conflicto social como el que llama la atención de nuestro estudio, no debe estar encaminada a implementar unas penas rigurosas, sino en diseñar medidas administrativas que generen cambios sociales importantes y se cumplan los postulados de ultima ratio del derecho penal punitivo

No resulta entonces proporcional, necesaria y razonable la pena intramural en sitio de reclusión, para los casos de acto y acceso carnal abusivo en víctima adolescente, aun cuando se invoque el interés superior del menor, pues para el caso del acceso carnal abusivo con hijo común, por un lado se encuentra el interés superior de la víctima directa, en nuestro caso una niña adolescente y por otro lado el interés superior del infante nacido de esa relación sexual; quien tiene el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, presupuesto que no se puede cumplir con la reclusión en establecimiento penitenciario; surge entonces un remedio alternativo como lo es el Principio de Oportunidad, actualmente prohibido para los delitos contra la integridad, libertad y formación sexuales, desde luego con suspensión de la acción penal bajo ciertas condiciones.

De igual forma se concluye que la exclusión del tratamiento penitenciario intramural en sitio de reclusión debe extenderse a los casos de abuso sexual o acceso carnal abusivo aun cuando no se haya concebido un hijo entre víctima y procesado, toda vez que, si el tratamiento alternativo sólo se aplica a los casos de víctimas que han dado a luz un hijo, la norma estaría incentivando el embarazo adolescente para evadir la sanción penal lo cual se aleja de nuestro objeto de estudio.

Referencias Bibliograficas

- BAITA, Sandra & MORENO. Paula. (2015). *Abuso Sexual infantil, Cuestiones para su tratamiento en la justicia. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Unicef.* 1Ed. Uruguay: Diseño Gráfico Editorial Máster Graf.
- COLUNGA, Cueto. & Nácar, Eloino, Fuster. *Biblia Nácar Colunga.* Ed. 1era. España. Editorial Católica. 1944.
- DURKHEIM, & Durkheim, E. (1992). *Historia de la Educación y de las Doctrinas Pedagógicas.* La evolución pedagógica en Francia. Trad. M. Delgado, & F. Ortega. Ediciones La Piqueta.

- FINKELHOR, David. *El Abuso Sexual al Menor. Causas, Consecuencias y Tratamiento Psicosocial*. Trad. Hernández, Oscar. Ed. Pax, México, 1980.
- FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo y Derecho Penal*. Ed. Temis. Bogotá. 2006.
- ESCUELA NACIONAL. DE LA JUDICATURA. *Teoría del Delito*. República Dominicana. 2007
- EL FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA –UNICEF-. (2016). *Las edades mínimas legales y la realización de los derechos de los y las adolescentes. Una revisión de la Situación en América Latina y el Caribe*. ISBN: 978-92-806-4828-7 Oficina Regional para América Latina y el Caribe.
- PUBLIMETRO. (2016). *Inocencia interrumpida: la realidad del matrimonio infantil en el mundo*. Chile: Mundo 14
- VELANDIA MONTES, Rafael. *La Punitividad electoral en las Políticas Penales Contemporáneas*. ILAE, 2015.
- VILLAVICENCIO, Felipe. (2007). *Lecciones de Derecho Penal*. Universidad de Texas: Cultural Cuzco.
- VIVEROS, C. Yezid., (2015). *Derecho Penal General Casuístico*. Ed. 2da, Bogotá. D.C: Universidad Libre. Ediciones Doctrina y Ley LTDA

Web

- COTE- Barco, G. E. (2008). *Principio de Necesidad*. [En línea]. Revista Javeriana. [en línea]. Recuperado en:
<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/14594/11774>
- CORCOY, B. Mirentxu. (2017). *Cátedra de Derecho Penal*. Universidad de Barcelona. 2017. [en línea]. Recuperado en:
<http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/mirentxu-corcoy-bidasolo>
- ENGELS, Federico. (1884). *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*. 1ª. Edición. Suiza: Biblioteca Virtual Espartaco. Marxistas Internet. Archive 2000. [en línea]. Recuperado en: <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1880s/origen/>
- GÓMEZ, Francisco (2017). *Constitución Política de 1991*. Bogotá: Editorial Legis.
- GUIBRETEAU. Salomé *El matrimonio infantil en Estados Unidos: una realidad inverosímil*. Trad. Gina Montoya. 2017. [En línea]. Recuperado en:
<https://www.humanium.org/es/el-matrimonio-infantil-en-los-estados-unidos-una-realidad-inverosimil/>
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 1 de 2017. *sobre interpretación del art. 183 quater del Código Penal*. [en línea]. Recuperado en:
https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_1-2017.pdf.pdf?idFile=4951dbfb-e435-431a-b07f-27bed3dd64c6

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. [En línea]. 1948, Art.16. 2017. [en línea]. Recuperado en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

NACIONES UNIDAS DERECHOS HUMANOS: *Oficina del Alto Comisionado. Convención sobre los Derechos del Niño*. 1989 [en línea]. Recuperado en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (RAE). *Diccionario de Lengua Española*. 2017. [en línea]. Recuperado en: <http://dle.rae.es/?id=FZkaUrI>

URTEAGA, Eguzki. *La teoría de sistemas de Niklas Luhmann*. [En línea]. Universidad del País vasco. Departamento de Sociología. 2009. [en línea]. Recuperado de: <http://www.uma.es/contrastes/pdfs/015/contrastesxv-16.pdf>

Normatividad

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Ley 906, 2004*. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial. 45658 del 1 de septiembre de 2004. Bogotá: Ed. Leyer. 2017.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Ley 599 de 2000*. “Por la cual se expide el Código Penal”. Bogotá D.C., Colombia: En: Diario Oficial N° 44.097 de 24 de julio del 2000. Bogotá: Ed. Leyer. 2017

COLECCIÓN UNIVERSITARIA. *Código Civil. Ley 57 de 1887*. Legis. Editores S.A. 2017

CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. *Ley 57 de 1887*. “Sobre adopción y unificación de la legislación Nacional”. Colombia. 1887.

CONGRESO DE LA REPUBLICA. *Proyecto de Ley “Rosa Elvira Cely”* No. 107 de 2013.

Jurisprudencia

ARBOLEDA, R. Fernando. (2000). Rad. 13466. (Septiembre, 26, 2000). Corte Constitucional Colombia.

CEPEDA, E. Manuel J. Sentencia. C-507. (mayo, 25, 2004). Corte Constitucional Colombia.

CIFUENTES, M. Eduardo. (1993). Sentencia. C-591 (Diciembre, 14, 1993). . Corte Constitucional Colombia.

GAVIRIA, D. Carlos. (1996). Sentencia C-0922. (enero, 23, 1996). Corte Constitucional Colombia.

GONZALEZ. C. Mauricio. (2008). Sentencia C-876. (noviembre 22, 2011). Corte Constitucional Colombia.

ESPINOSA, P. Sigifredo. (2004). Radicación 21054. (Septiembre, 15, 2004) Corte Constitucional Colombia.

PALACIO, P. Jorge I. (2012). Sentencia. C – 821. (18, octubre, 2012). Corte Constitucional Colombia.

MENDOZA, M. Gabriel E. (1996). Sentencia. C -072. (Febrero, 10, 1996). Corte Constitucional Colombia.

RÍOS, R. Alberto. (2016). Sentencia SU – 214. (abril, 28, 2016). Corte Constitucional Colombia.

NARANJO, M. Vladimiro. (1995). Sentencia. C – 394. (Septiembre, 7, 1995). Corte Constitucional Colombia.

ⁱ “Actos sexuales con menor de catorce años”, “El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) (...)”

ⁱⁱ “Acceso carnal abusivo con menor de catorce años” modificado por el artículo 4 de la Ley 1236 de 2008: “El que acceda carnalmente a persona menor de 14 años incurrirá en prisión de cuatro (12) a ocho (20) años; el que realizare actos sexuales diversos al acceso carnal con menor de 14 años, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13 años) (...)”

ⁱⁱⁱ Estableció que el Principio de Necesidad, como limitación específica del artículo 3° de la Ley 599 de 2000, que la “...necesidad de la pena en un caso concreto debe hacerse respondiendo a la pregunta sobre si se cumplen o nos sus fines, tendrá que aceptar que una reflexión en este sentido únicamente deberá tener en cuenta los fines de prevención (tanto general como especial) o por lo menos que estos deberán primar sobre los demás, entiéndase retribución justa y protección al condenado.”; así mismo indica: “...que el principio de la necesidad de la pena no podrá usarse para todos los casos en que aparezca como criterio de interpretación válido de uno o varios tipos penales, puesto que únicamente podrá acudir a él en los eventos en los que el Código Penal, expresamente lo menciona, es decir conforme a las instituciones que lo desarrollan .”

^{iv} Entiéndase dentro del Derecho Internacional a los tratados internacionales se encuentran: «“La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW de 1979, con sus recomendaciones 12 y 19, en las que se clarifica la inclusión del tema de la violencia dentro de dicha Convención; La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 1993; La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994 (que identifica el vínculo entre la violencia y la salud y derechos reproductivos); La Declaración y Plataforma de Acción de Beijín, resultado de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en China, en septiembre de 1995; El Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 2001. Además de las resoluciones bianuales que viene adoptando la Asamblea General de las Naciones Unidas como la de 2012 en la que se incluyen la intensificación de esfuerzos para eliminar la violencia contra las mujeres y la trata de mujeres y niñas. A nivel de América, el propósito de contrarrestar este flagelo llevó a la firma de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer en un caso de Brasil “BELEM DO PARA” de 1994, de la cual Colombia fue país signatario”».