

Derecho a la igualdad para victimarios de delitos sexuales en las tres fases de criminalización.

Por: Lina Katherine Mesa Torres¹

Resumen: Esta investigación se centra en las violaciones al derecho a la igualdad para victimarios de delitos sexuales. Estas personas se han visto en una posición de vulnerabilidad respecto a este derecho, motivo por el cual, el presente artículo busca analizar las principales manifestaciones de desigualdad en las tres fases de criminalización. El artículo se encuentra dividido en cuatro partes: la primera incluye el marco jurídico del derecho a la igualdad; la segunda desarrolla el derecho a la igualdad en la fase legislativa, la cual incluye el populismo punitivo y la imposibilidad de acceder a beneficios judiciales como principales problemas para la protección de este derecho; la tercera abarca la fase judicial; y por último, la cuarta comprende los problemas trascendentales en la fase penitenciaria y la imposibilidad de garantizar programas de resocialización acordes con las necesidades del pospenado. Dentro de los resultados se encuentran los testimonios de algunos victimarios de delitos sexuales que han confirmado la clara vulneración de sus derechos.

Palabras clave: personas privadas de la libertad, derechos fundamentales, delitos sexuales, victimarios, derecho a la igualdad, estigmatización.

INTRODUCCIÓN

Formalmente las personas privadas de la libertad gozan de las mismas garantías que los demás grupos sociales del país. El Estado tiene la carga de

¹Abogada de la Universidad Externado de Colombia.
Correo: linamesa88@gmail.com

realizar todas las actuaciones necesarias para la protección de este grupo en particular. La Corte Constitucional ha definido este concepto como Relación Especial de Sujeción. Sin embargo, las personas condenadas por delitos sexuales se han visto en una posición de vulnerabilidad respecto al derecho a la igualdad en las tres fases de criminalización. Por esta razón, el problema no depende solamente de la crisis penitenciaria, sino que abarca otros ámbitos, como el populismo punitivo, la presión social de la comunidad y de los medios de comunicación, así como la estigmatización intra-mural y extramural que se ha manejado respecto a estos delitos.

El tema de los delitos sexuales ha sido muy controvertido a nivel social, y más aún, cuando estos van dirigidos a quebrantar los derechos de niños, niñas y adolescentes. Razón por la cual se han dado airados pronunciamientos por parte de la sociedad solicitando mecanismo más represivos para los victimarios de estos delitos. Dentro de las propuestas más reiteradas a los casos de delitos sexuales se encuentran: la cadena perpetua, la castración química y/o la muerte del agresor.

Por esta razón, el problema de la presente investigación se centró en las constantes violaciones al derecho a la igualdad de los victimarios de delitos sexuales en las tres fases de criminalización. Además, se analizó el desarrollo normativo y jurisprudencial de los beneficios judiciales y administrativos que gozan los demás internos con respecto a los condenados por delitos sexuales. Asimismo, para el desarrollo de la presente investigación se realizaron entrevistas a internos condenados por delitos sexuales en la cárcel la Picota. Estos contaron de primera mano cómo es la situación para ellos dentro y fuera de la cárcel, cómo es el trato hacia ellos, si existe discriminación intra-mural, y si hubo respeto al derecho de defensa y al principio de inocencia durante la etapa de enjuiciamiento.

El presente estudio se encuentra estructurado de la siguiente manera: la primera parte del artículo contiene el marco de referencia sobre el derecho a la igualdad de los victimarios de delitos sexuales con relación a los demás condenados que se encuentran purgando una pena en prisión. En esta parte se resaltaron principios, reglas y procedimientos que ha desarrollado la

Jurisprudencia para determinar cuándo una medida se vuelve discriminatoria y por lo tanto violatoria del derecho a la igualdad.

La segunda parte desarrolla de manera individual cada una de las tres fases de criminalización. Esto, haciendo énfasis en el desarrollo normativo y jurisprudencial para comprender el alcance de los derechos y garantías que tienen las personas condenadas por delitos sexuales. El lector podrá ejercer un punto de vista crítico y comparativo entre la legislación nacional e internacional y la realidad constatada en las cárceles colombianas respecto a este grupo en particular. En síntesis, la presente investigación busca exponer las inconsistencias presentadas entre las actuaciones legislativas y jurisprudenciales frente a la realidad vivida por las personas privadas de la libertad en calidad de sindicados o condenados por delitos sexuales.

DERECHO A LA IGUALDAD PARA VICTIMARIOS DE DELITOS SEXUALES EN LAS TRES FASES DE CRIMINALIZACIÓN

1. MARCO JURÍDICO DEL DERECHO A LA IGUALDAD

Respeto a la igualdad, Aristóteles (trad. en 1570) expresó que *“hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”*. No obstante, aun cuando el ideal es que se mantenga un grado de proporcionalidad en el tratamiento de un grupo social frente a otro, es claro que este derecho debe ser ampliamente desarrollado, teniendo en cuenta que esta regla no es de carácter absoluto. El ordenamiento jurídico nacional e internacional ha creado una serie de directrices capaces de determinar cuándo un caso es desigual pero constitucional.

Para iniciar, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –en adelante PIDCP- señala que:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. Al respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y

efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social [Subrayado fuera de texto].

La recopilación hecha por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos – en adelante OCACNUDH - concluyó que los conceptos de igualdad y de no discriminación son complementarios. Si bien no son idénticos, si están estrechamente vinculados por los efectos que ostentan en materia de Derechos Humanos:

El principio de igualdad y la prohibición de discriminación consagrados por el artículo 26 del PIDCP se aplican no solo a los derechos a las personas, sino también a las obligaciones que la ley impone a los miembros de la sociedad (O'Donnell, 2004, pág. 964).

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas - en adelante CCPR- considera que el término “discriminación” abarca toda situación que implique “distinción, expulsión, restricción o preferencia frente a motivos de raza, color, sexo (...) o de cualquier otra condición social” (CCPR, 1989, párr. 7) que implique el menoscabo o impedimento en el goce efectivo de sus derechos. A pesar de lo anterior, el CCPR también consideró que un trato diferenciado no viola el PIDCP si está basado en criterios razonables y objetivos (O'Donnell, 2004, pág. 931).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante CIDH- estableció que una distinción implica discriminación cuando:

- a) Hay una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares;
- b) La diferencia no tiene justificación objetiva y razonable;
- c) No hay razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Marcelino Enríquez et al vs. Argentina, 2000)

Como se logra observar, existen a nivel internacional reglas claras y precisas para determinar en qué casos una medida se vuelve discriminatoria del derecho a la igualdad a la luz de los principales tratados ratificados por los Estados partes. En materia nacional, la Corte Constitucional creó un “*test de razonabilidad*” en aras de identificar tratos desiguales e injustificados. Así pues, la jurisprudencia desglosó esa fórmula clásica del derecho a la igualdad en dos, para efectos de determinar cuándo un tratamiento diferenciado es inconstitucional:

- a. Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual.
- b. Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual (Corte Constitucional, Sentencia C-022, 1996, pag. 8).

Además, la Corte Constitucional señaló que un trato desigual no necesariamente tiene que ser inconstitucional, sino que existen casos en que el mismo puede no vulnerar el principio de igualdad. Para esto, el interesado en mantener el trato diferente deberá demostrar que:

- (1) el trato desigual es adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido;
- (2) es necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y
- (3) que es proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato (Corte Constitucional, Sentencia C-022, 1996, pag 10).

Dichas reglas deberán ser aplicadas al caso concreto, y para el presente estudio, será determinante identificar si estas reglas se cumplen a cabalidad para los victimarios de delitos sexuales. Colombia otorgó la potestad de hacer

el juicio de diferenciación en cabeza de los jueces constitucionales, quienes serán los encargados -con base en los elementos facticos y jurídicos-, de determinar si un tratamiento desigual se adecúa a la Constitución y a los tratados internacionales ratificados por Colombia en materia de derechos humanos.

Hasta el momento se hizo una introducción al derecho a la igualdad, observando las reglas procedimentales en materia nacional e internacional. En virtud de lo anterior, se tiene carga tanto argumentativa como probatoria para considerar que el trato diferenciador es constitucional. Por esta razón, en el próximo acápite se abordará la aplicación del derecho a la igualdad en el ámbito político-criminal.

2. EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LAS TRES FASES DE CRIMINALIZACIÓN

El derecho a la igualdad se encuentra presente en las tres fases de criminalización: la fase legislativa, la fase judicial y la fase penitenciaria. La fase legislativa o criminalización primaria se encarga de la promulgación de leyes a nivel nacional, y será el Congreso quien tiene la potestad de determinar las condiciones en que una persona deba cumplir su pena privativa de la libertad. La fase judicial o criminalización secundaria es la responsable de estudiar el caso concreto, determinando cual será la sanción por la conducta ilícita del sujeto activo. Por último, la fase penitenciaria o criminalización terciaria se encarga de la ejecución de las sanciones penales y de las medidas restaurativas en el caso a tratar (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012).

Además, cada fase cuenta con un ente de control capaz de vigilar el proceso correspondiente de cada entidad. En la fase legislativa será la Corte Constitucional mediante demanda de inconstitucionalidad, la encargada de determinar cuándo una ley va en contravía a la Constitución Política -sobre todo en materia de derechos humanos-. La fase judicial será controlada respecto a sus decisiones por sus superiores jerárquicos. Y la fase penitenciaria será vigilada por el Ministerio de Justicia y del Derecho, el

Congreso de la República, la Contraloría General de la Nación, y la Procuraduría General de la Nación, entre otros (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC, 2018).

Fernando Tocora (1990) señala que si bien los actos considerados delictivos varían de una sociedad a otra, es claro que por el inmenso número de conductas que podrían describirse como ilícitas, solo cierto número es efectivamente tipificado por el ordenamiento jurídico. En consecuencia, ciertos delitos son objeto de un seguimiento y regulación más estricto por parte de la comunidad y de las autoridades estatales.

Por este motivo, se entrará a estudiar más a fondo cada una de las fases de criminalización, haciendo énfasis en la problemática vivida por los victimarios de delitos sexuales en materia de derechos humanos. Asimismo, se incluirán entrevistas realizadas a algunos victimarios de estos delitos, los cuales se encuentran purgando su pena privativa en el centro carcelario “La Picota²” en Bogotá.

2.1. DERECHO A LA IGUALDAD EN LA FASE LEGISLATIVA

La fase legislativa está comprendida por el órgano encargado de expedir leyes. Si bien los legisladores tienen la potestad de regular ampliamente una materia, les está vedado transgredir normas constitucionales. La Corte Constitucional afirmó que durante el respectivo proceso legislativo, el órgano regulador deberá respetar la dignidad de la persona humana y el respeto a los derechos humanos, así como los principios de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, razonabilidad, y de finalidad de la pena (Corte Constitucional, Sentencia C-647, 2001). El problema es que independientemente de su contenido, está normativa desde el momento de estar promulgada se convierte en ley penal con perjuicio de su carácter obligatorio para todo el territorio nacional. Lo anterior, sin importar si la misma contiene normas contrarias a la Constitución Política o a los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos (Corte Constitucional, Sentencia C-936, 2010).

²El complejo carcelario “La Picota” fue construido en el año 1936 bajo el gobierno de Alfonso López Pumarejo. Esta cárcel se encuentra ubicada en Bogotá DC y es considerada como una de las cárceles más grandes y con mayor hacinamiento de Colombia.

La Comisión Asesora de Política Criminal en Colombia recalcó la importancia que tiene el órgano legislativo en la formación de la política criminal³ en el país. Concluyó que todas las decisiones o actuaciones tomadas en relación a la función sancionadora de leyes estarán bajo el control de constitucionalidad para determinar si son acordes o no a los lineamientos constitucionales (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, pág. 17).

La Corte Constitucional señaló además que la función legislativa debe respetar el principio de culpabilidad, el cual tiene la siguiente característica: “el derecho penal es de acto, por lo que se castiga a la persona “por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente”(Corte Constitucional, Sentencia C-365- 2012, pág. 21).

Respecto a la proporcionalidad de la pena, la Corte Constitucional señaló que:

La respuesta penal debe ser proporcional a la conducta objeto de la sanción, debe ser idónea, operar únicamente cuando no hay otras alternativas, y no debe ser criminógena, es decir, causar más problemas de los que resuelve. Esto sólo es posible si la definición de las políticas criminales se hace a través de una amplia discusión democrática, y no mediante una inflación de normas penales promulgadas apresuradamente. (Corte Constitucional, Sentencia C-559, 1999, pág. 27)

Daniel O'Donnell (2004) considera como otro factor influyente en la determinación de la razonabilidad de una diferenciación legislativa, la relación con otras disposiciones legislativas relativas a los derechos y las obligaciones de las mismas categorías de personas(pág. 944). Verbigracia, la prohibición de disponer de beneficios judiciales y penitenciarios para victimarios de delitos sexuales a menores de edad, se encuentra consagrada en el Código de

³ La Corte Constitucional en Sentencia C-646 (2001), definió la política criminal 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. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole”.

Infancia y Adolescencia, y no en el Código Penal o el Código Penitenciario y Carcelario, como debería ser.

Por este motivo, las principales manifestaciones de desigualdad en la fase legislativa son: penas excesivamente altas sin razones sociológicas o científicas que permitan inferir que, con mayores penas, será menor la tasa de criminalidad en el país; y, por otro lado, la tendencia constante a prohibir derechos a los condenados por estos delitos, generando como consecuencia una inestabilidad jurídica para estos sujetos. A continuación, se estudiará una de las principales causas de desigualdad en materia legislativa.

2.1.1. Populismo punitivo

El populismo punitivo hace alusión a la utilización del Derecho Penal por parte de políticos que buscan sacar réditos electorales defendiendo tesis político-criminales. Dicho de otra manera, el populismo punitivo busca a partir de la creación de ideas dentro de la sociedad, generar un sentimiento colectivo, en el que se vea la pena como método de solución de conflicto y de disminución del delito, aunque el trasfondo de esta aparente solución sea sacar partido en sus intereses particulares y convertir el tema penal en un instrumento que permita alcanzar aspiraciones políticas (Murgas, s.f.).

Respecto a los mitos que se han generado para justificar las medidas adoptadas en el marco del populismo punitivo, cabe resaltar que según Muñoz(2009):1) no existe certeza de que a mayores penas, será menor la comisión de delitos, 2) el hecho de que una persona se abstenga de cometer delitos puede obedecer a motivaciones de tipo moral o ético, no necesariamente jurídicas, y 3) respecto a ciertos individuos que padecen patologías del tipo psicopatía o sociopatía, es difícil pensar que una conminación penal como la prisión perpetua los haría desistir de su empresa criminal

En Colombia, la tendencia constante de mantener un estado punitivo como regla general para todos los delitos cometidos -algunos considerados hasta triviales-, ha generado consecuencias directas como el hacinamiento carcelario

en el país⁴. La violación masiva de derechos humanos permite deducir que además del aumento carcelario para victimarios de delitos sexuales, íntimamente relacionado con el populismo que se ha venido manejando en Colombia respecto de estas conductas, se ha optado por privar a estos sujetos de prerrogativas que sí se ofrecen a los demás internos de los centros penitenciarios. Por este motivo será necesario recalcar algunos ejemplos de populismo punitivo en el país respecto de los delitos sexuales.

En primer lugar, el incremento punitivo manejado desde el Código Penal de 1936 hasta el presente ha sido marcado por una fuerte incidencia del populismo sin atender a justificaciones científicas o socio-jurídicas que permitan su inclusión en el sistema penal. Por ejemplo, en materia de delitos sexuales, el artículo 317 del Código Penal de 1936 había tipificado esta conducta con una sanción de 2 a 8 años de prisión; luego, el artículo 298 del Código Penal de 1980 fijó la sanción de 8 a 20 años, y por último, el artículo 205 del Código Penal del 2000 tipificó la conducta de 8 a 15 años, es decir, hubo una reducción en los máximos comparados con la legislación anterior. Sin embargo, este artículo fue modificado por el art. 1 de la Ley 1236 del 2008 el cual aumentó la pena de 12 a 20 años.

En segundo lugar, respecto a los delitos sexuales, el Código de Infancia y Adolescencia (2006) –en adelante CIA-, en su artículo 48 había establecido que las personas condenadas por delitos contra la libertad, integración y formación sexual de menores de edad, debían ser publicadas en medios electromagnéticos por lo menos una vez a la semana. La norma citada prescribía lo siguiente:

En alguno de estos espacios y por lo menos una vez a la semana, se presentarán con nombres completos y foto reciente, las personas que hayan sido condenadas en el último mes por cualquiera de los delitos

⁴ Discutido en reiteradas ocasiones por la Corte Constitucional. A modo de ejemplo, se encuentran las sentencias T-153 de 1998 y T-388 de 2013. Además, según informe presentado por el Instituto Penitenciario y Carcelario del país –INPEC- a 31 de diciembre de 2017, el hacinamiento carcelario se encontraba en un 45,67 %.

contemplados en el Título IV, "Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales", cuando la víctima haya sido un menor de edad.

Como consecuencia de la norma citada, el Consejo de Bogotá expidió el Acuerdo 280/2007 denominado "Muros de la infamia" que pretendía dar cumplimiento a lo ordenado por el CIA. El Consejo de Bogotá, arguyó que la publicación haría parte de la reparación a que tienen derecho las víctimas de esos delitos. Por último, sostuvo que es un exabrupto pretender que los derechos fundamentales de los condenados prevalecen sobre los derechos de los menores (Corte Constitucional, Sentencia T-111, 2008).

Dichas medidas no respondían a una política criminal garantista del principio de igualdad frente a los demás internos de los centros penitenciarios, toda vez que se estaría permitiendo un castigo de carácter social para los condenados por este delito, además de discriminatorio y violatorio de los fines de la pena que proclama la resocialización del reo.

Por este motivo, la Corte Constitucional entró a indagar sobre la Constitucionalidad del segundo inciso del artículo 48 del CIA. La Corte estudió en su momento varios puntos referentes a la viabilidad de la norma con relación a la proporcionalidad e idoneidad de la misma. Entre los argumentos de la Corte se encuentra que: a) sí implica un trato inhumano o degradante a las personas que han sido condenadas por delitos sexuales, b) sí se viola el principio de igualdad frente a los demás condenados de los centros penitenciarios; y c) sí afecta el Derecho al buen nombre de los victimarios de delitos sexuales (Corte Constitucional, Sentencia C-061, 2008, pág. 40).

La Corte además criticó que, si la intención del legislador es disuadir a futuros infractores en potencia, no existe motivación de carácter biológico, sociológico y psicológico que fundamente el anexo de este párrafo dentro del proyecto de Ley. Otro rasgo importante, es que no se logra ver cómo con la divulgación de las personas condenadas por delitos sexuales se pueda proteger la integridad del menor. Esta medida no cumple con el objetivo de disminuir las cifras de delitos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexual de los menores, teniendo en cuenta que, en el momento de ser publicada la foto y el nombre, la persona aún se encuentra purgando su pena -que muchas veces

excede los 10 años-, de tal forma que no se estaría cumpliendo con el objetivo del supuesto castigo social impuesto por el CIA. Por las razones anteriormente expuestas, la alta Corte decidió declarar la inexecutable del artículo en cuestión.

En tercer lugar, en el año 2008, la excongresista Gilma Jiménez adelantó un proyecto de ley para que se incluyera en el marco legislativo colombiano cadena perpetua para “los delitos de homicidio doloso, violencia y explotación sexual, maltrato severo y secuestro, cometidos contra menor de 14 años de edad, o menos, con discapacidad física o mental” (EL TIEMPO, 2012, párr. 6). La iniciativa del proyecto comenzó a cursarse el 15 de junio del respectivo año, pero por errores procedimentales la Corte Constitucional la devolvió al Congreso para su corrección. No obstante, dicho proyecto se cayó cuando era estudiado en el tercer debate ante la cámara de representantes por ser considerada “populista”. De igual forma, Yohana Jiménez, hija de la exsenadora Gilma Jiménez, adelantó nuevamente la propuesta mediante referendo⁵ para incluir cadena perpetua para los victimarios de delitos sexuales en el 2017. No obstante, el mismo se cayó por no haber cumplido con las firmas en el tiempo pactado por la Registraduría Nacional de Estado Civil.

Proyectos de ley como el adelantado por la excongresista o su hija, solo demuestran la falta de fundamentos jurídicos para sancionar normas en el marco de un Estado Social de Derecho. Este tipo de proyectos lo único que busca es extralimitarse en su poder legislativo. Con la declaración de estas actuaciones se viola claramente los Derechos Fundamentales de las personas privadas de la libertad, no solo porque resulta afectado el victimario sino, además, su núcleo familiar y allegados⁶.

⁵El referendo es un mecanismo de participación ciudadana que, en Colombia, está regulado por la Ley 134 de 1994. El artículo 3 de esta ley define referendo como la "convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica, o derogue o no una norma ya vigente".

⁶La CIDH ha establecido entre los principios más importantes los deberes de procesar y condenar a los responsables, así como el deber de "prevenir estas prácticas degradantes". Ha establecido que en casos de violencia sexual, la investigación debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática cada vez que la víctima recuerde o declare sobre lo ocurrido (O'Donnell, 2004).

Para concluir este acápite cabe mencionar que, cuando al ser humano se le impone una pena, vista desde la pena privativa de la libertad, pero también desde la pena de sufrimiento al interior del centro de reclusión, y además se le amenaza con ahondar el castigo al límite, no puede estar siendo educado para la libertad (Tocora, 1990, pág. 183).

2.1.2. Imposibilidad de gozar o disponer de beneficios judiciales y/o administrativos.

Otra de las manifestaciones de violación al derecho a la igualdad en la fase legislativa es la imposibilidad de gozar de beneficios judiciales y penitenciarios. Estos beneficios son mecanismos sustitutivos de la pena de prisión o arresto para las personas que han sido condenadas por un hecho ilícito. La Corte Constitucional en el año 1998 había reconocido estos beneficios como un derecho que tienen todos los condenados sin exclusión ni discriminación (Corte Constitucional, Sentencia C-679, 1998). El problema es que frente a estos beneficios se han promulgado varias modificaciones a leyes con el objetivo de limitar o restringir su aplicación para victimarios de delitos sexuales generando como consecuencia una antinomia normativa⁷.

En primer lugar, el artículo 146 del Código Penitenciario y Carcelario (1993)—en adelante Código Penitenciario— estableció que los beneficios administrativos son “los permisos hasta de setenta y dos horas, la libertad y franquicia preparatorias, el trabajo extramuros y penitenciaría abierta (...)”.

En segundo lugar, el capítulo tercero del Código Penal Colombiano del año 2000 señaló que los mecanismos judiciales sustitutivos de la pena privativa de la libertad son: “suspensión condicional de la ejecución de la pena, libertad condicional, reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave,

⁷ En el derecho se habla de la antinomia para referirse al hecho de que un ordenamiento jurídico pueda estar inspirado en valores contrapuestos o ideas opuestas. La antinomia significa choque de dos proposiciones incompatibles, que no pueden ser verdaderas a un mismo tiempo y con relación a un sistema normativo, colisión de dos normas que no pueden ser aplicadas a un mismo tiempo, la eliminación de este inconveniente no podrá consistir sino en eliminar una de las dos normas (Murillo, s.f.)

prisión domiciliaria y vigilancia electrónica”(Ministerio de Justicia y del Derecho, 2014).

En tercer lugar, se encuentra el artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia (2006). Este artículo dispuso que las personas que hayan sido condenadas por homicidios, lesiones personales o contra la libertad sexual del menor no podrán obtener beneficios judiciales ni administrativos mientras se encuentren purgando una pena privativa de la libertad⁸, razón por la cual deja sin efectos la regulación establecida en los dos códigos anteriormente mencionados. Con base en lo anterior, es claro que el trato que se le ha dado al manejo de los beneficios judiciales y penitenciarios en los tres códigos no ha sido unánime. Aunado a lo anterior, desde la promulgación de estos códigos se han presentado numerosos intentos de modificar las normas allí reglamentadas.

Es así que la Ley 1704 de 2014 anexó el artículo 103^a al Código Penitenciario (1993). Este artículo mantuvo una postura garantista en el sentido de procurar los beneficios administrativos a todos los condenados que cumplan los requisitos para gozar dichos beneficios. El artículo en cuestión dispone lo siguiente:

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

Sin embargo, en el año 2015 la Corte Constitucional conoció el caso de un interno condenado por delitos sexuales, quien había solicitado al Juez Primero de ejecución de penas y medidas de seguridad que le reconociera redención

⁸En el año 2008, se presentó una demanda de inconstitucionalidad sobre esta norma. Sin embargo, la misma solo buscaba declarar la inconstitucionalidad de 3 de las 8 causales de prohibición para otorgar beneficios y mecanismos sustitutivos a las personas condenadas por delitos sexuales entre otros. En consecuencia, la Corte Constitucional, quien es la encargada de conocer este tipo de demandas, decidió declarar exequible una de las causales y no pronunciarse respecto a las otras dos. Dando como resultado que el artículo en cuestión siga vigente(Sentencia C-738, 2008).

de pena por estudio y conducta ejemplar con base en dicho artículo, medida que fue efectivamente otorgada al solicitante. No obstante, el juez de segunda instancia decide dar aplicación al artículo 199 del CIA, desconociendo de esta manera la posibilidad de rebajar la pena privativa de libertad del interno. Por lo anterior, el solicitante decide demandar mediante Tutela ante la Corte Constitucional para que se pronunciara de forma definitiva respecto a la posibilidad de acceder a los beneficios judiciales y penitenciarios.

En el análisis de esta sentencia y frente a las contradicciones presentadas entre las dos normas, la Corte Constitucional realizó un estudio pormenorizado sobre la redención de penas a victimarios de delitos sexuales, teniendo en cuenta la incongruencia presentada entre los dos Códigos. La Corte concluyó que independientemente de la categoría que se le dé a la redención de pena, en términos de sí es un derecho o un beneficio, este es el único mecanismo que tiene el penado para alcanzar la resocialización. Además, es ineludible considerar que la imposición de sanciones más severas, la limitación o prohibición de acceder a subrogados penales, preacuerdos y/o cualquier otra institución jurídica permite alcanzar los fines de la pena. Por los argumentos anteriormente expuestos, la Corte decide conceder el derecho a acceder a los beneficios judiciales y penitenciarios al solicitante, amparando de esta manera, los derechos a la dignidad humana, a la igualdad, al debido proceso y a la resocialización (Corte Constitucional, Sentencia T-718, 2015).

A pesar de esta Sentencia tan importante con relación a la garantía de derechos humanos, el Congreso en el año 2016 reguló nuevamente esta materia por la vía legislativa. Es así que el artículo 4 de la Ley 1773 modificó el artículo 68^a del Código Penal (2000) excluyendo de manera expresa la posibilidad de que ciertos delitos entre ellos los delitos sexuales pudiesen ser beneficiarios de los subrogados penales⁹.

Para el caso que nos compete, es claro que existe una discrepancia entre el Código Penal, el Código Penitenciario, el Código de Infancia y la Adolescencia

⁹Aunque la ley versa sobre los ataques con ácido y agentes químicos, en el artículo sobre la exclusión de beneficios y subrogados penales se incluyó en sus efectos a más de 30 delitos del Código Penal, violando de esta manera, el principio de unidad en materia legislativa.

y la postura de la Corte Constitucional plasmada en la Sentencia T-718 de 2015. Por este motivo será este órgano de control quien con posterioridad resolverá de nuevo toda contradicción presentada en temas de subrogados penales.

El problema de esta inestabilidad jurídica es que los fallos proferidos por los jueces de la República no han sido unánimes. Verbigracia, muchos jueces han decidido basarse en la prohibición de otorgar estos beneficios, incorporados en el CIA; y en otros casos, los jueces han concedido estos beneficios bajo los preceptos estipulados en el Código Carcelario. Para constatar esta grave problemática, fue necesario interrogar a los directamente perjudicados con esta medida. Del trabajo empírico realizado en la Cárcel “La Picota”, se les preguntó a los entrevistados: “¿(sí) los condenados por delitos sexuales deberían gozar de los mismos beneficios que tienen otros condenados?”. A lo cual ellos respondieron:

Sí, porque la gravedad del delito sexual es mayor, pero todos tienen derecho al acceso a la justicia, el descuento y la educación.

Sí, porque somos seres humanos y todos cometemos errores, de hecho, hay personas que por la edad ya no deberían estar aquí”.

No hay respeto por los derechos humanos, nosotros necesitamos todo como los demás.

La mayoría de entrevistados afirmaron la necesidad de tener acceso a programas que permitan la redención de la pena. Sin embargo, son conscientes de que los delitos sexuales han suscitado pronunciamientos desfavorables por parte del Congreso, lo que les ha restringido la posibilidad de acceder a ellos. Por este motivo, esperan que la Corte Constitucional tome la última palabra en cuanto a estos beneficios.

Igualmente, otro de los problemas que causó gran impacto al momento de realizar las entrevistas fue la gran cantidad de población adulta dentro del patio quinto de delitos sexuales. Lo anterior, como consecuencia de la excesiva dosificación de las penas y de la prohibición de tener beneficios administrativos y penitenciarios. El patio quinto se ha visto con un gran número de adultos

mayores en condiciones de desprotección manifiesta. Respecto a este grupo en particular, dos de los entrevistados manifestaron que:

Las personas más vulneradas son los adultos mayores, quienes ya no se encuentran en condiciones para estar en un lugar de estos, ellos deberían tener derecho a un domiciliario o a libertad condicional

La semana pasada murió dentro de la cárcel un adulto mayor condenado por delitos sexuales. Él había solicitado prisión domiciliaria toda vez que su estado de salud era muy delicado. No obstante, la petición le fue negada porque la ley les había prohibido los beneficios judiciales y penitenciarios a los condenados por estos delitos.

En conclusión, la pena que purga una persona debe respetar los lineamientos relacionados con los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad. Esta pena a su vez deberá procurar el cumplimiento de los postulados constitucionales, otorgándole al condenado herramientas suficientes para que pueda alcanzar la resocialización. Todo lo anterior, conforme a la función que tiene el Estado de proteger a las personas privadas de la libertad bajo la Relación Especial de Sujeción.

Hasta el momento vimos la incongruencia presentada entre todas las normas que se han expedido desde el año 1993 –con la expedición del Código Penitenciario- hasta el momento. El problema con esta falta de coherencia es que los más afectados son las personas condenadas por estos delitos, quienes se encuentran en una inestabilidad jurídica. Sin embargo, estas manifestaciones de desigualdad no solo se presentan en la fase legislativa, sino que, además, se encuentran presentes en la fase judicial, como se verá a continuación.

2.2. Derecho a la Igualdad en la fase judicial

La fase judicial está constituida por los principios procesales o garantías procesales que enmarcan los requisitos del proceso penal para que la judicialización sea legítima ante el ordenamiento jurídico colombiano (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012). Los jueces y fiscales deberán respetar los lineamientos sobre política criminal durante la investigación criminal y el

proceso penal, siempre fallando conforme a la ley y evitando cualquier violación a los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

Esta fase comprende derechos como el debido proceso, la presunción de inocencia y el acceso a la justicia. La Comisión Asesora en Política Criminal respecto a esta segunda fase, declaró que aunado a lo anterior, se deberán tener en cuenta los siguientes principios: a no ser procesado dos veces por el mismo hecho; el derecho de *favor rei*, entendido desde sus dos dimensiones: la resolución de toda duda a favor del sujeto pasivo de la ley penal y la interpretación de la ley en su favor; el derecho a no declarar en contra de si o de su familia; el derecho a obtener decisiones ceñidas exclusivamente al ordenamiento jurídico; el derecho a ser juzgado por el juez competente (dicho juez debe ser funcionalmente independiente e imparcial); y el derecho a un juicio público, entre otros (Comisión Asesora de Política Criminal, pág. 19).

En efecto, una de las garantías en la fase judicial es la presunción de inocencia y en virtud de esta, el acusado tendrá el beneficio de la duda hasta que se haya declarado culpable en juicio penal. El Comité de Derechos Humanos señala además que todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado del proceso (Comité de Derecho Humanos, 1984).

Respecto a esta garantía procesal, será necesario hacer mención a las medidas privativas y las no privativas de la libertad en el transcurso del proceso penal. Según el artículo 307 del Código de Procedimiento Penal, las medidas privativas de la libertad son: detención preventiva en establecimiento de reclusión y detención preventiva en residencia señalada por el imputado. Y según el mismo artículo, las medidas no privativas de la libertad son: la obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica; obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada; obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe; obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho, entre otras.

Además, el párrafo 2 del artículo 1 de la Ley 1760 de 2015 impone una carga probatoria sobre el solicitante de la medida cautelar, en el sentido de que, solo

será procedente si se demuestra que las medidas no privativas de la libertad son insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento. Para el caso que nos compete, dentro de esta etapa será necesario mencionar varios supuestos en que podría incurrir el juez, violando de esta manera los derechos procesales de las personas sindicadas por delitos sexuales.

El primero de ellos es la parcialidad con la que podría decidir el juez del proceso. Fernando Tocora (1990) considera que los principios de subjetividad y de idoneidad, hacen que las decisiones judiciales sean arbitrarias y sin posibilidad de realizar algún cuestionamiento. Así pues, el autor considera que, en razón del argumento de subjetividad, los jueces podrían manejar el proceso penal de manera parcializada y sin razones objetivas. Y conforme al argumento de idoneidad se podría inferir que la misma por el simple hecho de haber sido proferida por una autoridad judicial es idónea, sin necesidad de mirar los criterios que tuvo el juez para expedir dicho fallo. Si bien existen mecanismos de control para corroborar la veracidad de los fallos, estos deberán ser impugnados por la parte interesada. El problema surge cuando dicho fallo no es impugnado y adquiere el carácter obligatorio para sus partes, aun si el mismo es contrario a derecho.

El segundo problema son los medios de comunicación. Estos han constituido lamentablemente parte importante del proceso penal. Este es el caso de Rafael Uribe Noguera, quien fue condenado a 51 años y 8 meses de prisión en primera instancia por los delitos de feminicidio agravado, acceso carnal violento agravado y secuestro simple. No obstante, la Fiscalía considero insuficiente esta pena con base en tres supuestos: la condición de mujer, niña e integrante de un grupo social vulnerable de la víctima, por la condición socio-económica del victimario y porque “infligió violencia sobre el cuerpo de la menor, con el único objetivo de aumentar, para provecho suyo, el dolor y el sufrimiento de su víctima”(Juzgado 35 penal del Circuito, Exp. 281049, 2017). El fallo de primera instancia fue apelado ante el Tribunal Superior de Bogotá, con la intención de aumentar la pena al sindicado, hecho que fue concedido por el Tribunal, quien incremento la pena de 51 a 58 años de prisión (EL NUEVO SIGLO, 2017, párr.. 3).

Si contrastamos la pena establecida en este caso (58 años) y la rapidez de la justicia para fallar comparada, por ejemplo, con uno de los mayores asesinos de la historia colombiana –Luis Alfredo Garavito- quien se encuentra en la cárcel “la Tramacúa” purgando una pena de 40 años por delitos de homicidio y acceso carnal abusivo en más de 200 casos, podremos observar la desproporcionalidad de las penas establecidas en los procesos. Respecto al caso de Uribe Noguera, EL TIEMPO publicó:

El desarrollo del caso, que sacudió al país por su crueldad y las condiciones tanto de la víctima como del victimario, es atípico, si se tiene en cuenta que otros procesos que están en el Tribunal Superior de Bogotá llevan varios años y ni siquiera tienen ponencia para fallo (EL TIEMPO, 2017, párr. 2).

Sin embargo, cabe preguntarse qué tiene de especial este caso comparado con los miles de casos igualmente aberrantes que se denuncian a diario en el país y, sobre todo, cuál es el fin último de estas penas tan altas. Desde el año 2002, el INPEC y la Defensoría del Pueblo señalaron la urgente necesidad de garantizar el anonimato de las personas sindicadas o condenadas por delitos sexuales para evitar este tipo de reacciones (Corte Constitucional, Sentencia T-958, 2002). En las entrevistas realizadas en la cárcel “la Picota”, dos internos manifestaron que:

Los medios de comunicación andan a la cacería de casos impactantes, esa es la razón por la cual no existen beneficios para nosotros y solemos ser bastante discriminados.

Allané cargos para evitar problemas de prensa.

Para finalizar, el tercer problema son las constantes violaciones a los derechos procesales de las personas sindicadas. La etapa probatoria constituye un elemento importante para el desarrollo del juicio penal. En los procesos penales se puede llegar a incurrir en faltas contra el debido proceso y el derecho de defensa del sindicado en materia probatoria. En efecto, múltiples casos de delitos sexuales han optado en las instancias judiciales por manejar el

testimonio de la víctima como “*prueba reina*” para el enjuiciamiento del procesado.

A modo de ejemplo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia – en adelante CSJ- conoció el caso del señor Enrique Humberto Aldana, quien fue denunciado en el año 2005 por acceso carnal abusivo contra uno de sus hijos. La denuncia fue interpuesta por la menor en compañía de la exesposa del implicado y madre de la víctima. Inicialmente, el señor fue absuelto de los cargos que se le imputaban por deficiencia en la veracidad del material probatorio. Sin embargo, el fallo fue apelado y en segunda instancia, el Tribunal decide revocar fallo de primera instancia y a cambio condenar al sindicado a 70 meses de prisión. Finalmente, el fallo condenatorio fue recurrido ante la Sala Penal de la CSJ. En el estudio del caso, la Corte evidenció que: 1) el dictamen de medicina legal había declarado que la menor no había sido accedida carnalmente por su padre, y 2) el dictamen de psiquiatría señaló que la menor había mencionado que todos los hechos habían sido sugeridos por su madre. En consecuencia, la Corte señaló que las consideraciones del Tribunal daban prevalencia al testimonio de la menor, dejando sin ningún efecto los dictámenes realizados por los profesionales de la salud. Por este motivo, la CSJ decide absolver del cargo al señor Enrique Aldana por considerar que las pruebas recaudadas no demostraban la culpabilidad del sindicado (Corte Suprema de Justicia, Exp. 40876, 2013).

En otro caso de falsa denuncia por delitos sexuales, la Corte concluyó:

Cierto es, como se indica en los fallos, que en los casos en los cuales las víctimas de la violencia sexual sean menores, la declaración de éstas adquiere gran relevancia y constituye prueba de preponderante mérito persuasivo, pero esto no significa, en manera alguna que su dicho deba apreciarse aún con prescindencia de la totalidad de la prueba válidamente recaudada, como al parecer ha sido entendido por los juzgadores en el presente evento (Corte Suprema de Justicia, Exp. 32983, 2013).

Pese a lo anterior, estos no son los únicos casos presentados. Verbigracia, en las entrevistas realizadas en la cárcel “La Picota”, varios de los entrevistados afirmaron sobre el proceso de enjuiciamiento que:

CASO 1: No cometí el delito, un niño me dijo que le hiciera el amor, que yo le gustaba mucho y yo le dije que no, el pelado le conto a la mamá que yo lo había acosado sexualmente. Como a eso de las 9:00 pm, llego la policía a mi casa y me dijeron que quedaba arrestado por acceso carnal abusivo, me mencionaron mis derechos. La señora a los 4 meses fue a la cárcel y me dijo que estaba arrepentida y que iba a retirar la denuncia, pero la fiscalía le dijo que ya no se podía.

CASO 2: Vivía con una mujer de 17 años, y el papá no estaba de acuerdo con la unión. Los dos tuvimos una hija, yo tenía para ese entonces 28 años, el papa denunció ante la fiscalía por acceso carnal violento, pero yo pienso que él lo hizo porque quería que yo le entregara las escrituras de la propiedad que yo tenía. Mi mujer en este momento vive en mi casa en Antioquia. Hace un tiempo vino el papá a decirme que iba a levantar la denuncia, pero en la fiscalía le dijeron que, si la retiraba, él se iba para la cárcel.

CASO 3: Llevaron al menor donde el médico para que le hiciera exámenes y en los resultados salía que el menor no había sido violado. No sé porque estoy en la cárcel.

CASO 4: El proceso fue muy corto, de una vez acepté cargos, tuve defensor, la fiscal dijo que lo condenaran a 4 años, después dijo que era muy poquito que a 8 y después dijo no mejor a 12. La fiscal y el juez se pusieron a negociar con mi condena sin ningún tipo de procedibilidad. Además, se le dio la oportunidad al defensor de oficio para que recurriera y dijo que sin recursos.

Como estos casos, se han presentado continuamente procesos que han violado el debido proceso de la persona sindicada. Es claro que el testimonio del menor se ha convertido en la pieza fundamental del proceso penal sin

considerar que el mismo podría ser espurio. Por esta razón, es imprescindible que el juez titular del proceso actúe de manera imparcial y racional en el momento de dictar fallo.

En conclusión, la criminalización secundaria presupone la obligación de garantizar los principios procesales del sindicado. Los jueces y fiscales tienen una amplia carga procesal en términos de garantizar los derechos fundamentales de una persona. No obstante, esto no siempre se cumple, lo que genera una cantidad innecesaria de condenados en los centros penitenciarios por hechos que no se cometieron. Es por esto que, para dictar fallo, es necesario tener todas las pruebas que permitan demostrar la culpabilidad.

Hasta el momento se han visto dos de las tres fases de criminalización. La fase legislativa en donde se vieron varios de los problemas que ha ocasionado el populismo punitivo, entre ellos, la excesiva dosificación punitiva y la privación de ciertos derechos como el del acceso a beneficios judiciales y penitenciarios. Por otro lado, en la segunda fase de criminalización o fase judicial, se vieron tres causas que podrían desencadenar en un juicio errado, a saber: la incidencia de los medios de comunicación, la parcialidad del juez para fallar y el manejo del testimonio de la víctima como prueba reina.

Finalmente, se hará referencia a la fase penitenciaria que para el caso en estudio es muy importante en aras de determinar cómo es el proceso de criminalización en esta etapa frente a los postulados constitucionales. En este punto se mencionará la importancia de desarrollar programas de resocialización que permitan la no reincidencia del condenado.

2.3. Derecho a la Igualdad en la Fase Penitenciaria

La fase penitenciaria comprende el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, el Ministerio de Justicia y los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad. Esta fase tiene por objeto el cumplimiento de la pena impuesta en la fase judicial y la “resocialización” del condenado. Si bien la Constitución y los Tratados Internacionales no desarrollan esta fase en su totalidad, frente a esta podemos encontrar múltiples documentos sobre la

situación de las personas privadas de la libertad. Igualmente, este tema ha sido objeto de múltiples fallos internacionales, por el cual, las altas Cortes han tenido que ponderar derechos en pro de la comunidad carcelaria. A este punto, es dable aclarar que solo se manejará la situación de las personas que se encuentran purgando una pena en establecimiento carcelario.

A nivel nacional, el Estado colombiano se encuentra en una posición de garante frente a las personas privadas de la libertad, noción ya mencionada por la jurisprudencia como “Relación Especial de Sujeción” para hacer frente a los problemas subyacentes de los Centros Penitenciarios del país. Las cárceles en Colombia se encuentran en un Estado de Cosas Inconstitucional. Razón por la cual, la Corte ha tenido que estudiar en dos ocasiones la situación de las personas privadas de la libertad a nivel general.

En primer lugar, la Corte Constitucional en Sentencia T-153 de 1998 constató la violación masiva de derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad. La Corte considero que el hacinamiento, la corrupción, la deficiencia en materia de servicios públicos y la falta de oportunidades para una adecuada resocialización constituían un Estado de Cosas Inconstitucional. En la parte resolutive de la Sentencia se le ordenó al INPEC, al Ministerio de Justicia y al Departamento Nacional de Planeación elaborar y ejecutar un plan de construcción de centros carcelarios en todo el país, capaz de garantizarle una vida digna a los reclusos de los penales.

No obstante, aun cuando se dio cumplimiento a la sentencia anteriormente citada, en el año 2013, la Corte tuvo la necesidad de estudiar el caso de las prisiones en Colombia nuevamente. Así pues, mediante la Sentencia T-388, la Corte Constitucional declaró la situación de las personas privadas de la libertad como un Nuevo Estado de Cosas Inconstitucional. La Corte concluyó que las decisiones tomadas en el año 1998 no eran suficientes para acabar con la violación masiva de derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad. Por el contrario, se necesitaban cambios estructurales en el sistema

penitenciario y no solo planes de construcción para aumentar la capacidad de las prisiones¹⁰. De esta manera, la Corte declaró que:

Las cárceles y penitenciarías están en un estado de cosas, que se han convertido en vertederos o depósitos de seres humanos, antes que instituciones respetuosas de la dignidad, de los derechos fundamentales de las personas y orientadas a resocializarlas. Esta grave afectación a la libertad, constituye una grave amenaza para la igualdad y para el principio de la dignidad humana (Corte Constitucional, Sentencia T-388, 2013, pág. 290).

Aunque estas sentencias son trascendentales en cuanto al desarrollo de los derechos de las personas privadas de la libertad, es necesario revisar otro de los problemas de esta fase. La fase penitenciaria no solo implica la actividad ejercida por los jueces de ejecución de penas, sino también los programas establecidos por el Código Penitenciario del país. El artículo 5 numeral 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que los fines de la pena son la reforma y la readaptación social del condenado. A nivel nacional, el artículo 10 del Código Penitenciario (1993) señala que el tratamiento carcelario tiene la finalidad de:

Alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario.

La resocialización, vista como fin último de la pena, ha sido considerada a lo largo de la cultura penitenciaria como el tratamiento carcelario a través del

¹⁰ La Contraloría General de la Nación en la Sentencia T-388 de 2013 indicó que, a pesar de los aumentos de los recursos presupuestales destinados a desarrollar la infraestructura, los resultados esperados no se han logrado. Concluye la contraloría que, del presupuesto invertido, solo se logró disminuir en 12 puntos el porcentaje de hacinamiento Manifiesta de igual forma que el presupuesto invertido en la construcción de más cárceles, ha impedido la inversión de programas que permitan cumplir con el fin resocializador. Considera, además, la falta de coherencia entre las políticas penitenciarias y carcelarias, al no destinar los recursos necesarios para el fortalecimiento de estos programas.

sistema progresivo de la sociedad. La Corte Constitucional al respecto manifestó que:

El sentido último de un sistema penitenciario y carcelario es lograr la resocialización y reintegración de las personas que fueron privadas de la libertad. Al lado de la función retributiva de la pena, la resocialización ha de ser el principal objetivo de la reclusión, junto con la disuasión, la principal garantía de no repetición. Se pretende que la reclusión y la penitencia transformen a la persona que ha atentado gravemente la convivencia en sociedad, para que pueda regresar a vivir sin romper las mínimas reglas de armonía. Las limitaciones que la disciplina impone a las personas reclusas, de hecho, encuentran su principal justificación en ser necesarias para lograr tal propósito. La resocialización es una de las principales garantías de no repetición para las víctimas y para los derechos de las personas en general (Corte Constitucional, Sentencia T-388, 2013, pág. 206).

Estas actividades deberán ser garantizadas para la adecuada resocialización del interno y, además, su inejecución, podría estar relacionada con efectos negativos en la salud física y mental.

Fernando Tocora (1990) sostiene que “en realidad la pena que se ejecuta es una pena mucho más infamante y dolorosa que la pena que prevén los códigos. Una es la pena escrita en el papel destinada a la resocialización o cuando menos a una retribución humanizada, y otra es la pena viva que se ejecuta entre muros de silencio y arbitrariedad” (pág. 170). De igual forma, este autor considera que es irónico creer que una persona va a resocializarse, si la misma se encuentra en encierro y en condiciones deplorables frente a la dignidad humana. Además, considera contradictorio el hecho de que una persona en condiciones normales de marginalidad frente a la sociedad siga el ejemplo de los altos dirigentes, cuando muchos de estos son los que continuamente infringen la ley.

Los programas de resocialización manejados en las cárceles colombianas demuestran la existencia de enormes falencias para el cumplimiento de estos fines. La Procuraduría General de la Nación resaltó que las principales razones por las cuales no se puede contar con un programa de resocialización adecuado son: 1) carencia de una clasificación de los condenados, 2) debilidades estructurales para dictar adecuadamente los diferentes programas –léase, artesanías, bisutería, aseo, lecturas, entre otras-, 3) cambios constantes en la dirección del INPEC que generan discontinuidad en la prestación del servicio, 4) falta de inversión para ejecutar los programas, y 5) el alto porcentaje de ociosidad por falta de capacidad en los programas (Sentencia T-958, 2002).

No solo los expertos en política criminal conocen sobre la inoperancia de estos programas de resocialización, sino que los mismos internos conocen su situación. En las entrevistas efectuadas en la cárcel “la Picota”, dos internos señalaron:

Es mentira, se resocializa el que quiere. Esto es como la universidad, en vez de resocializarse aprenden más mañas.

No, ni a los violadores ni a ninguna persona, la cárcel no sirve para resocializar.

Aunque los programas de resocialización en el país no estén cumpliendo con los objetivos propuestos, no significa que en general, este tipo de programas no sirvan. Por el contrario, se ha visto el desarrollo de varios países que han utilizado una serie de programas capaces de garantizarle al interno la posibilidad de purgar su pena y de reformarse para la vida en sociedad.

Este es el caso de España, que desde el año 1996 creó una base de datos con varios agresores sexuales, el cual tenía como objetivo evitar la reincidencia del paciente. No obstante, solo hasta el año 2005, el Ministerio del Interior de España creó formalmente el “Programa de Control de la Agresión Sexual – SAC-” (Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Catalunya) II., 2009)

Este programa se desarrolló mediante dos etapas: la primera es la evaluación y la segunda es el tratamiento del agresor. Dentro de la segunda etapa se encuentra el tratamiento “A” de toma de conciencia que busca que el interno asimile la conducta delictiva con el objetivo de que disminuya el nivel de resistencia del propio comportamiento criminógeno. Y el tratamiento “B” de toma de control, en el cual se centra en la propia conducta delictiva del infractor a través de 6 módulos (Ministerio del Interior de España, 2006). Entre las conclusiones más significativas de este programa se encuentra la baja tasa de reincidencia, siendo nuevamente infractor solo el 4% de los alumnos que asistieron al programa SAC. Es decir, las cifras han sido bastante alentadoras respecto a la efectiva resocialización del pospenado (Entrecancelas, 2011).

Este tipo de programas también han sido adelantados por países como: Canadá, Reino Unido, Bélgica, Costa Rica, Chile. Además, un programa similar fue establecido en la Unión Europea para su implementación en los estados miembros (Corte Constitucional, Sentencia T-718, 2015). El desarrollo de un programa como estos en Colombia probablemente sería más efectivo que mantener medidas como la castración química o la excesiva dosificación punitiva como métodos para evitar la reincidencia en el país.

En conclusión, Colombia no puede seguir manejando los suplicios como forma de sanción penal. Por el contrario, es necesario que la concepción de castigo sea cambiada por garantías y programas que permitan al condenado retomar su vida en sociedad. Las penas altas y la prohibición de otorgar beneficios no sirven si al momento de salir existe una alta probabilidad de reincidencia. Por eso, Colombia necesita implementar programas de resocialización y no reincidencia como los adoptados en España y otros países europeos con resultados positivos en más del 90%.

En el desarrollo de este artículo, se observó la incongruencia normativa, judicial y penitenciaria respecto a las personas privadas de la libertad condenadas por delitos sexuales. Estas circunstancias han generado como consecuencia una desproporcionalidad y desprotección en las tres fases de criminalización respecto a los lineamientos sobre derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad se encuentran consagrados en la normatividad nacional e internacional. El Estado colombiano tiene una importante carga respecto a esta población, por lo que necesita tomar las medidas trascendentales para que derechos como la vida, la integridad física, la salud y el debido proceso no se restrinjan durante el cumplimiento de una sanción punitiva. Como se pudo observar a lo largo de la investigación, existen constantes violaciones de derechos fundamentales para las personas en modalidad de sindicados y condenados por delitos sexuales en el país. Si bien, el tema de delitos sexuales ha generado pronunciamientos airados por parte de la sociedad, es imprescindible que las garantías constitucionales sean igualmente respetadas para este grupo en particular.
2. En la fase legislativa se demostró que el populismo punitivo manejado en Colombia respecto a estos delitos existe, además de la antinomia normativa respecto a las diferentes leyes que han intentado limitar los beneficios judiciales y administrativos de las personas privadas de la libertad. Por esta razón, el cuerpo legislativo, necesita omitir de sus debates políticos cualquier argumento discriminatorio o que conduzca al estigma social al momento de legislar sobre política criminal. Esto teniendo en cuenta, que muchas de las leyes expedidas en los últimos años se han basado en un populismo punitivo sin atender los postulados de una política criminal garantista.

Por otro lado, es necesario hacer un llamado a la Corte Constitucional para que se pronuncie de manera definitiva sobre la posibilidad de otorgar beneficios judiciales y administrativos para los victimarios de delitos sexuales. Llegado el caso, declarar inconstitucional el artículo 4 de la ley 1773 de 2016 sobre la imposibilidad de gozar de beneficios judiciales y penitenciarios, por atentar contra los derechos de las personas privadas de la libertad y de los fines de la pena.

3. En la fase de investigación y judicialización, se mostró que los medios de comunicación, la parcialidad del juez y la deficiencia probatoria inciden de forma negativa en el proceso penal. Por este motivo, los jueces deben manejar los casos desde un punto de vista profesional, crítico e imparcial para evitar cualquier tipo de violación a los derechos fundamentales y a los derechos procesales del sindicado.

4. Respecto a la fase penitenciaria, se mostraron ineficiencias y fallas que hacen que el sistema de tratamiento y resocialización no cumpla con sus propósitos. Por ello, se debe reflexionar, no solo sobre los problemas jurídicos, sino también sociales y estructurales, y así incidir en la construcción de una justicia restaurativa, acorde a las necesidades individuales y sociales. Es así que, se sugiere adoptar programas de resocialización para victimarios de delitos sexuales en Colombia, teniendo en cuenta que se han demostrado resultados óptimos con relación a los fines de la pena que pregona el Sistema penal. Además, se considera necesaria una preparación académica en materia de política criminal para los miembros de las tres fases de criminalización, la cual permita entender la situación actual del país en materia carcelaria y las consecuencias que podrían generar las decisiones de los operadores de justicia en materia de derechos humanos y de hacinamiento carcelario.

Referencias

- Alviar García, E. (2016). *Constitución y Democracia en movimiento*. Bogotá, Colombia: Ediciones Uniandes.
- Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Catalunya) II. (2009). *Delitos sexuales y reincidencia: un estudio en las prisiones de cataluña*. Cataluña: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Catalunya) II.
- Comisión Asesora de Política Criminal. (Junio de 2012). *INFORME FINAL: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Recuperado el 18 de Octubre de 2016, https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FIN AL23NOV.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 3 de Octubre de 2000. Caso Marcelino Hanríquez et al vs. Argentina, CASO 11.784.

Comité de Derecho Humanos de las Naciones Unidas (1984). *Observación General No. 13*. Comentarios generales al Artículo 14 - Administración de justicia.

Comité de Derecho Humanos de las Naciones Unidas (1989). *Observación General No. 18 "No Discriminación"*.

Congreso de la Republica de Colombia. (8 de Septiembre de 2015). *PROYECTO DE LEY 171 DE 2015*. Recuperado el 10 de Abril de 2017, de INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE SENADO, 016 DE 2014 CÁMARA: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=22&p_numero=171&p_consec=42734#_ftn4

Convención Americana de Derechos Humanos. (22 de Noviembre de 1969). Recuperado el 5 de Diciembre de 2017, de http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv_americana_derechos_humanos.html

Corte Constitucional. 20 de Junio de 2001. Sentencia C-646 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional. 20 de Junio de 2001. Sentencia C-647. (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

Corte Constitucional. 23 de Enero de 1996. Sentencia C-022 (MP: Dr. Carlos Gaviria Díaz).

Corte Constitucional.30 de Enero de 2008. Sentencia C-061, Expediente D-6821. (MP: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. 2008).

Corte Constitucional.20 de Mayo de 1997. Sentencia C-239 (MP:Dr. Carlos Gaviria Diaz.).

Corte Constitucional. 4 de Agosto de 1999. Sentencia C-559 de 1999 (MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Corte Constitucional.19 de Noviembre de 1998. Sentencia C-679 (MP: Dr. Carlos Gaviria Diaz).

Corte Constitucional.23 de Julio de 2008. Sentencia C-738 (MP: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra).

Corte Constitucional.23 de Noviembre de 2010. Sentencia C-936 (MP: Luis Ernesto Vargas Silva).

Corte Constitucional. 12 DE Febrero de 2008. Sentencia T-111 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

Corte Constitucional. 28 de junio de 2013. Sentencia T-388 (MP: María Victoria Calle Correa).

Corte Constitucional. 24 de Noviembre de 2015. Sentencia T-718 (MP: Jorge Iván Palacio Palacio).

Corte Constitucional. 7 de Noviembre de 2002. Sentencia T-958 (MP: Dr. Eduardo Montealegre Lynett).

Corte Suprema de Justicia. 10 de Julio de 2013. Expediente 40876 (MP: Gustavo Enrique Malo Fernández).

Corte Suprema de Justicia. 21 de Octubre de 2013. Expediente 32983 (MP: José Leonidas Bustos Martínez).

Entrevista realizada el 4 de agosto de 2016. (L. K. Mesa, Entrevistador) Bogotá D.C., Bogotá D.C., Colombia.

El derecho penitenciario como última fase en el proceso penal. (s.f.). Recuperado el 13 de Septiembre de 2016, de <http://juiciopenal.com/derecho-penitenciario/el-derecho-penitenciario-como-ultima-fase-del-proceso-penal/>

EL NUEVO SIGLO (2 de noviembre de 2017). “*Suben a 58 años condena al homicida Rafael Uribe Noguera*”. Recuperado el 5 de diciembre de 2017, de <http://elnuevosiglo.com.co/articulos/11-2017-suben-a-58-anos-condena-al-homicida-rafael-uribe-noguera>

EL TIEMPO (2 de Abril de 2017). *Los 51 años de cárcel para Rafael Uribe: ¿fue una condena justa?*. EL TIEMPO. Recuperado el 6 de Abril de 2017, de <http://www.eltiempo.com/justicia/delitos/condena-contra-rafael-uribe-noguera-73968>

Entrecancelas. (11 de Enero de 2011). *Violadores: Programa SAC*. Recuperado el 16 de abril de 2017, de <http://www.entrecancelas.com/2011/01/11/violadores-programa-sac/>

Entrevista en la Cárcel "La Picota" realizada el 4 de Agosto de 2016. *Hacia la desinstitucionalización punitiva*. (M. G. Quevedo, Entrevistador) Bogotá, Colombia.

García, L., & Herrera, M. C. (Junio de 2003). *El concepto de los daños punitivos o punitive damages*. *scielo.org.co*. Recuperado el 14 de Mayo de 2016, de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792003000100006

- Gil, R. E. (s.f.). Situación de derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las américas y obligaciones del Estado como Garante.
- Hulsman, L., & Bernat de Celis, J. (1982). *SISTEMA PENAL Y SEGURIDAD CIUDADANA: HACIA UNA ALTERNATIVA*. (S. Politoff, Trad.) Paris, Francia: Editions du centurio (Traducido por Editorial Ariel, S.A.).
- INPEC. (2018). *Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-/Entes de Control*. Recuperado el 7 de Marzo de 2017, de <http://www.inpec.gov.co/web/guest/institucion/entes-de-control?inheritRedirect=true>
- Juzgado 35 penal del Circuito.29 de Marzo de 2017. Exp. 281049, 110016000028201603772 NI 281049.
- Larrauri, E. (2007). *“Criminología Crítica Y Violencia De Género”*.Madrid: Editorial Trotta.
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (Septiembre de 2014). *Subrogados Penales, Mecanismos Sustitutivos De Pena Y Vigilancia Electrónica En El Sistema Penal Colombiano*.(C. I. Consult, Ed.) Recuperado el 6 de Abril de 2017, de <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/sala%20de%20prensa/documentos/Cartilla%20Subrogados%20Penales.pdf>
- Ministerio del Interior de España. (2006). *El control de la agresión sexual: programa de intervención en el medio penitenciario*. Barcelona: Ministerio del interior - Secretaría General Técnica.
- Muñoz, J. A. (2009). *“populismo punitivo y una verdad construida*.
- Murgas, C. P. (s.f.). *Populismo punitivo: incidencia actual en el contexto legislativo colombiano*. Recuperado el 21 de octubre de 2016, de <http://www.uninorte.edu.co/documents/4368250/4488389/Populismo+punitivo,+incidencia+actual+en+el+contexto+legislativo+colombiano/f5645438-efbb-4c4f-83a5-cac6a6c945d5?version=1.0>
- O'Donnell, D. (2004). *Derecho internanal de los derechos humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Bogotá, Colombia: Murillo Impresores Ltda.
- Populismo punitivo: incidencia actual en el contexto legislativo colombiano*. (s.f.). Recuperado el 24 de Septiembre de 2016, de <http://www.uninorte.edu.co/documents/4368250/4488389/Populismo+punitivo,+incidencia+actual+en+el+contexto+legislativo+colombiano/f5645438-efbb-4c4f-83a5-cac6a6c945d5?version=1.0>

JusticiaelTiempo. (2012). “Referendo de cadena perpetua para violadores de niños irá a la CIDH”. EL TIEMPO. Recuperado el 16 de Mayo de 2016, de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11954662>

Tocora, L. F. (1990). *Política criminal en América Latina*. Ediciones Librería del Profesional.

Zaffaroni, E., Alagia, A., & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ediar.