

# El discurso protector de las víctimas menores de edad. Populismo punitivo en España y Colombia

*The protective speech of under-age victims.  
Punitive populism in Spain and Colombia*

*O discurso protetor das vítimas menores de idade.  
Populismo punitivo na Espanha e na Colômbia*

Fecha de recepción: 2016/08/17 // Fecha concepto de evaluación: 2016/11/19 // Fecha de aprobación: 2016/12/12

**Norberto Hernández Jiménez**

Doctor en Derecho.  
Docente investigador,  
Universidad Libre,  
Bogotá, D. C., Colombia.  
noherji@hotmail.com

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:** Hernández, N. (2017). El discurso protector de las víctimas menores de edad. Populismo punitivo en España y Colombia. *Revista Criminalidad*, 59 (1): 117-127.

## Resumen

Se explora el discurso utilizado para modificar tanto el *statu quo* respecto a la participación de las víctimas en el proceso penal, como su injerencia en la elaboración de la política criminal, con base en la protección de los menores de edad, como foco de atención que permite sacar adelante estos **objetivos**. Para esto se recurre a la situación evidenciada tanto en España como en Colombia, a partir de dos casos

emblemáticos: el de Mari Luz (España) y el de Garavito (Colombia). De cualquier manera, la promesa de reducción de la criminalidad como efecto directamente proporcional al incremento de las penas, para esta clase de delitos, no se observa cumplida en el contexto nacional, con base en las tasas de encarcelamiento, y se circunscribe dentro de los lineamientos del populismo punitivo.

## Palabras clave

Víctimas, política criminal, criminalidad, encarcelamiento, populismo punitivo (fuente: Tesoro de política criminal latinoamericana - ILANUD).

## Abstract

The words used to modify both the status quo concerning the involvement of victims in the criminal proceeding as well as their intervention in the drafting of criminal policy based on the protection of minors as a focal point allowing these **objectives** to get ahead and succeed. For these purpose, the situation evidenced in both Spain and Colombia is resorted to, drawing from two emblematic cases, those of Mari Luz

(in Spain) and Garavito (in Colombia). In any event, the promise of a reduction in the rates of criminality as an effect that is directly proportional to an increase of penalties for this kind of crimes, on the basis of incarceration rates is not deemed to have been fulfilled in the national context, and is limited to the guidelines of punitive populism.

## Key words

Victims, criminal policy, criminality, incarceration, punitive populism (Source: Tesouro de política criminal latinoamericana - ILANUD).

## Resumo

Explora-se o discurso usado para modificar tanto o statu quo a respeito da participação das vítimas no processo penal, como sua ingerência na elaboração da política criminal, com base na proteção dos menores de idade, como o foco d atenção que permite para levar avante estes **objetivos**. Para isso tanto em recorre-se à situação demonstrada tanto na Espanha como na Colômbia, a partir de dois casos

emblemáticos: aquele de Mari Luz (Espanha) e aquele do Garavito (Colômbia). De qualquer forma, a promessa da redução da criminalidade como efeito direto proporcional ao aumento das penas, para esta classe de crimes, não observa-se cumprida no contexto nacional, com base nas taxas do aprisionamento, e circunscreve-se dentro dos lineamentos de populismo punitivo.

## Palavras-chave

Vítimas, política criminal, criminalidade, aprisionamento, populismo punitivo (fonte: Tesouro de política criminal latinoamericana - ILANUD).

## Contexto

El 23 de abril de 1999 fue capturado Luis Alfredo Garavito (alias *La Bestia*), quien confesó haber violado y asesinado a 172 niños. A pesar de que la sumatoria de las penas individualmente tasadas arrojaba un total de 1.853 años de prisión, la pena máxima establecida en la legislación colombiana –para la fecha de los hechos– correspondía a 40 años de prisión<sup>1</sup>, monto este último que fue impuesto en su contra. Además, Garavito puede beneficiarse de los descuentos por trabajo, estudio o enseñanza (redención de pena), que implican la disminución de un día de pena por cada dos días en ejercicio de alguna de esas actividades.

Esto último atendiendo a que el sistema penitenciario colombiano es de carácter progresivo (Acosta, 1996, pp. 45-46; Rueda, 2010, p. 73; Téllez, 1996, p. 621) y el tratamiento que se brinda a la persona privada de la libertad busca prepararla para que en el futuro viva en paz con los demás miembros de la sociedad<sup>2</sup>. Esto, a su vez, se fundamenta en el fin

resocializador de la pena, que acorde con la legislación nacional<sup>3</sup>, opera en la fase de ejecución como fin básico (Roxin, 1997, p. 95), al aplicar de manera conjunta la prevención especial y la reinserción social. Aunque este objetivo no está consagrado constitucionalmente, como ocurre en otras latitudes<sup>4</sup>, el principio de resocialización es consustancial al esquema de Estado Social de Derecho implementado en la Constitución Política de 1991 (Rueda, 2010, p. 137).

Se insiste, de manera operativa, que este proceso se obtiene a través del trabajo<sup>5</sup>, el estudio, la disciplina, la instrucción, la cultura, el deporte, la recreación y las

designar al magistrado que elaboró la ponencia o el proyecto de fallo.

1 En la actualidad la pena máxima de prisión es de 50 y 60 años, *quantum* este último imponible si se presenta un concurso de conductas punibles; es decir, cuando la acción o acciones de un sujeto constituyen una conducta que encuadra en varios tipos penales que no se excluyen el uno al otro y que deben aplicarse simultáneamente (Reyes, 1974, p. 163).

2 En sentido similar, ver las sentencias T-1670 del 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz, y T-213 del 2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Nota: las referencias que dentro de este texto se hagan a las decisiones judiciales (sentencias) precedidas por los literales C- y T- corresponden a sentencias de constitucionalidad y de tutela, respectivamente, proferidas por la Corte Constitucional de Colombia. Las siglas M. P. se utilizan para

3 Cfr. los arts. 4.º del Código Penal (en adelante, CP) y 9.º del Código Penitenciario y Carcelario (en adelante, CPCa).

4 En este aspecto es preciso exaltar la consagración constitucional española, en cuanto a la función de reeducación y reinserción penal (art. 25-2 constitucional), a pesar del obstáculo edificado por la jurisprudencia constitucional, al interpretar este precepto [para un análisis completo sobre el tema, vid. Urías (2001)]. Considera este autor que la jurisprudencia en torno a este aspecto comienza en un auto de 1984, en donde se advierte que el mandato constitucional del art. 25-2 solo es una guía para orientar la política penal y penitenciaria, pero que de allí no se derivan derechos subjetivos (Urías, 2001, p. 57). Vid. también las siguientes decisiones: ATC 780/1986; STC 2/1987; STC 81/1997; STC 75/1998 y STC 91/2000]. Por su parte, el art. 27-3 de la Constitución italiana contempla también que las penas deberán encaminarse a la reeducación del condenado, al existir interpretaciones del Tribunal Constitucional, que tampoco favorecen la consagración constitucional (Urías, 2001, p. 50).

5 “(...) el trabajo ha sido históricamente el hecho central del encarcelamiento; oscilando, por una parte, entre las formas productivas y comercializadas de la industria, y las estrategias de capacitación y rehabilitación, por la otra” (Matthews, 2003, p. 71).

relaciones de familia<sup>6</sup> (INPEC, 2016, p. 55). Asimismo, para preparar al individuo hacia el tránsito a la vida en libertad se le deben ofrecer opciones de contacto con la sociedad extramuros, por lo que adquieren importancia los diferentes permisos y beneficios penitenciarios, que le permiten salir de la prisión con anterioridad al cumplimiento de la pena (Rueda, 2010, p. 138). Se desprende de lo anterior que básicamente son tres las actividades que desempeñan los internos dentro de los programas de resocialización, que a su vez les posibilitan redimir pena por trabajo, estudio y enseñanza<sup>7</sup>. Pero incluso, señala la legislación penitenciaria, se puede redimir pena por labores literarias, deportivas, artísticas y en comités de internos, las cuales se asimilan al estudio<sup>8</sup>.

En este sentido, se debe advertir que la redención de pena no es un beneficio ni un subrogado (mecanismo sustitutivo de la pena), sino una expresión de la dignidad humana y un instrumento por medio del cual el Estado ofrece al penado la posibilidad de resocializarse. Además de percibirse una remuneración<sup>9</sup> como contraprestación por el trabajo realizado, esta clase de actividades repercuten en el descuento del tiempo impuesto como pena privativa de la libertad.

Insumos para el debate en el contexto nacional. Prohibiciones de la Ley 1098 de 2006

Desde la anterior perspectiva y acorde con la narración fáctica realizada en las primeras líneas de este trabajo, resulta interesante detenerse brevemente en el análisis de las prohibiciones consagradas por el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) para sujetos condenados por determinados delitos cometidos en contra de menores de 14 años.

El art. 199 de la citada ley, consagra que cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, no procede ningún beneficio, ni subrogado judicial o administrativo; no obstante lo anterior, esta restricción

no es aplicable para la redención de pena, ya que, en principio, no se encuentra expresamente excluida dentro de los supuestos enunciados en esta norma jurídica, con independencia de la entrada en vigencia de la Ley 1709 de 2014.

En todo caso, la redención de pena había sido considerada por la Corte Suprema de Justicia, como un beneficio administrativo (sentencia de tutela del 10 de julio del 2012, Radicado 61489<sup>10</sup>). Con base en lo anterior, en principio, condenados como Garavito no tendrían opción de redimir pena por trabajo, estudio y/o enseñanza tras la entrada en vigencia de la prohibición contenida en la Ley 1098 de 2006 y la interpretación restrictiva del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, se deben tener en cuenta algunas circunstancias especiales que afectan la aplicación de la ley para este caso concreto y para otros, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1709 de 2014, de conformidad con el principio de favorabilidad (art. 29 constitucional):

1. Por regla general I I, las leyes rigen hacia el futuro para regular los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia. Sin embargo, en materia penal rige el principio de favorabilidad (art. 29 constitucional), que es una modificación a esta norma y permite que se aplique la ley más favorable a los intereses del reo, ora por retroactividad, ya por ultractividad.

La favorabilidad de la ley penal se encuentra establecida en los siguientes instrumentos internacionales:

- Art. 9.º de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- Art. 15-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Art. 24-2 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Igualmente, en las legislaciones locales a nivel mundial se observa su consagración:

- Art. 2.º del Código Penal de Alemania.
- Art. 2.º del Código Penal de Argentina.
- Art. 2.º del Código Penal de Brasil.
- Art. 2.º del Código Penal de Ecuador.
- Art. 2.º del Código Penal de España.
- Art. 2.º del Código Penal de Italia.
- Art. 6.º del Código Penal de Colombia.
- Art. 112-1 del Código Penal de Francia.
- Art. 8.º-b del Código Penal de Puerto Rico.

Comoquiera que para la fecha de los hechos judicializados en contra de Garavito no se encontraba

6 Sobre este aspecto en particular, vid. las sentencias T-274/05, T-1275/05 y T-572/09, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

7 En el mismo sentido el documento CONPES 3828 (2015, p. 44). Los documentos CONPES son elaborados por el Consejo Nacional de Política Económica y Social de Colombia y se encargan de planear todos los aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país. El documento CONPES citado trata sobre la política penitenciaria y carcelaria en Colombia.

8 Cfr. Art. 99 CPCa.

9 Esta remuneración, que a veces del art. 86 CPCa debe ser equitativa, no necesariamente corresponde al salario mínimo legal, a menos que se trabaje con un tercero que haya contratado con el establecimiento de reclusión, caso en el cual las condiciones deben ser similares a las que existen para el trabajo libre (Sentencia T-429 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez).

10 M. P. José Leonidas Bustos Martínez.

11 Este argumento ya se había expresado en otra parte. Vid. Archila y Hernández (2015, p. 218).

vigente la Ley 1098 de 2008, esa prohibición no es aplicable para su caso concreto.

2. A partir de la promulgación de la Ley 1098 de 2008, las personas condenadas por los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, no eran acreedores de la redención de pena por trabajo, estudio y/o enseñanza, acorde con la interpretación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia (supra radicado 61489).

Atendiendo nuevamente a la fecha de los hechos judicializados en contra de Garavito, esta ley podría regular su caso (por ser posterior), pero debe rechazarse en su aplicación por ser desfavorable a sus intereses (art. 29 constitucional).

3. La anterior prohibición cesó con la entrada en vigencia del art. 64 de la Ley 1709 de 201412, que consagró la redención de pena como un derecho que tiene el condenado. Así lo han entendido la Corte Constitucional (Sentencia T-718/15, M. P. Jorge Iván Palacio) y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia [sentencia del 2 de julio de 2015 (STP-8442), Rad. 80488]13. Esta última advierte que la redención de pena es exigible y de obligatorio reconocimiento.

Para seguir la conclusión del numeral 1 (supra), Garavito también podría acceder a la libertad condicional, una vez superadas las tres quintas partes (3/5) de la pena, ya que la prohibición al respecto (supra 2) no se encontraba vigente para la fecha de los hechos y no lo afecta, por favorabilidad.

## Controversia. Participación de las víctimas en el proceso penal y en la elaboración de la política criminal (una mirada comparada entre España y Colombia)

La anterior situación mantiene en permanente zozobra a la sociedad colombiana, ante la inminencia de su libertad, por lo que algunos sectores de la población claman por que siga su encierro. A pesar de esta oposición a que Garavito recobre su derecho a la libertad, sumada al deseo de los familiares de quienes culminaron su vida en manos de este sujeto, su voz no ha sido escuchada. Lo anterior obedece a que el proceso penal colombiano se desarrolla en un ámbito dominado por un juez docto que, en no pocas

ocasiones, imposibilita la participación de la víctima y sus intereses en las resultas del mismo<sup>14</sup>, los cuales terminan reivindicados en el incidente de reparación integral<sup>15</sup>, desde una arista preponderantemente patrimonial. Sumado a lo anterior, en Colombia la víctima no participa en la fase de ejecución penal (Sentencia C-233/16, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva), como sí ocurre en España<sup>16</sup>, y durante mucho tiempo se consideró que su participación se limitaba a la búsqueda de la indemnización de perjuicios<sup>17</sup> y sus conquistas, en la etapa de conocimiento, se deben a la intervención profusa de la Corte Constitucional.

No obstante la anterior conclusión, respecto a la intervención de las víctimas en la fase de ejecución, consideró nuestro Tribunal Constitucional que

*el juez de ejecución de penas al momento de estudiar las solicitudes de libertad condicional o de suspensión de la ejecución de la pena privativa, además de verificar el cumplimiento de los requisitos específicos que exige la ley, constata que el condenado haya reparado a la víctima o asegurado el pago de la indemnización mediante garantía personal, real, bancaria o acuerdo de pago*<sup>18</sup>

e igualmente que la representación de las víctimas se encuentra garantizada por la asistencia del Ministerio Público dentro de la fase de ejecución, ya que este último debe velar por sus intereses.

Con base en lo anterior, algunos consideran que determinadas víctimas, menos *politizables*, se encuentran invisibilizadas, como en el caso concreto de los menores de edad (Pereda, 2013, citada por Tamarit, 2013, p. 23). Para seguir esta crítica y aprovechar el contexto colombiano —descrito al inicio—, en el año 2010, según el eslogan: “*la senadora de los niños*”, se obtuvo la segunda mejor votación en las elecciones legislativas del 2010 (Ariza & Iturralde, 2011, p. 163). La

12 En el mismo sentido, el informe del Ministerio de Justicia y del Derecho (2014, p. 38).

13 M. P. José Luis Barceló Camacho.

14 Al respecto, resulta interesante la crítica que hace Christie (1977, p. 3) en torno al rol de los juristas como ladrones estructurales y el eventual desplazamiento del juez, así como en general de los abogados respecto a los conflictos que tienen las partes, como también lo sugiere el modelo reparador (Cid, 2009, p. 30), al otorgarle preponderancia a las víctimas como protagonistas de la causa y propiciar el contacto directo con su antagonista (Christie, 2010, p. 119).

15 Sobre el tema, vid. Hernández (2010).

16 En la legislación española se habilita su participación (Real Decreto 1109 de 2015, por el que se desarrolla la Ley 4/2015 de 27 de abril), que supera incluso las expectativas reguladas en el ámbito europeo (Directiva 2012/29/UE).

17 Entre los años 2000 y 2001 (con posterioridad a los hechos narrados) se empezó a consolidar por nuestra Corte Constitucional, la tesis que permite la participación de las víctimas en la persecución de un fallo de condena. Sobre el tema se puede consultar Hernández (2010, pp. 268-279). En la actualidad pueden ser representadas dentro del proceso, con una intervención limitada, de modo similar a como lo describe Christie (2010, p. 177), sin el derecho a información en la fase de ejecución que, como se anotó con anterioridad, resulta pregonable en mejor manera respecto del contexto español.

18 Cfr. Sentencia C-233/16.

campaña política utilizó una tendencia punitiva poco explorada en dicho contexto, que propugnaba por la cadena perpetua para violadores de niños<sup>19</sup>, y de manera constante se recurría a la figura de Garavito para justificar su procedencia.

Lo anterior demuestra que las víctimas y en especial los niños, a pesar de no tener capacidad de elección a través del sufragio, como lo denuncia Pereda (2013), ostentan fuertes intereses que se conjugan en torno a ellos y que se constituyen en un gancho importante para hacer proselitismo<sup>20</sup>, lo que en ocasiones degenera en las consecuencias perversas que rodean el populismo punitivo<sup>21</sup>, en un ambiente de desinformación por parte de la ciudadanía (Aizpurúa & Fernández, 2011; Fernández & Tarancón, 2010; Varona, 2008), esta última que no en todos los casos tiene una pretensión punitiva (Uribe, 2013; Varona, 2008), lo que resulta incongruente con esa doctrina y cuya conjugación de términos es puesta en tela de juicio, con base en estudios empíricos que terminan convirtiéndola en una teoría sin valor en ciertos contextos, a la que se recurre de manera meramente retórica.

Ahora bien, aunque la venganza privada<sup>22</sup> se encuentra abolida por las leyes (ámbito social) —a

pesar del resurgimiento de la víctima vindicativa (Gómez, 2011, p. 182), que puede catalogarse como un movimiento pendular sin duda regresivo (Gómez, 2011, p. 205)—, en todo caso las leyes no anulan los sentimientos que pueda tener el individuo (ámbito personal)<sup>23</sup>, como ocurre fácticamente en el ámbito español, encuadrándolo en específico al caso de Juan José Cortés<sup>24</sup> (Carmona, 2011, pp. 204-205), cuyos intereses legislativos no se encuentran desprovistos de estos sentimientos, por lo que su intervención puede ser catalogada como pasional e irreflexiva. Este ejemplo puede ser extrapolable a otras latitudes.

### Impacto del discurso protector de las víctimas en el sistema penitenciario y carcelario colombiano

Finalmente y retornando al caso colombiano, aunque la propuesta de cadena perpetua no ha prosperado dentro de la célula legislativa ni ha tenido el aval de la Corte Constitucional<sup>25</sup>, la motivación de proteger a los menores de edad frente a la comisión de determinados delitos, ha conllevado la promulgación de algunas leyes, que no solo han agravado las penas para esta clase de delitos (vid. Ley 1236/08).

Esta ley modificó varios artículos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales.

- A. Así, la pena por el delito de acceso carnal violento (art. 205 del Código Penal), que iba de 4 a 8 años, quedó de 12 a 20 años.
- B. La pena por el delito de acto sexual violento (art. 206 del Código Penal), que iba de 3 a 6 años, quedó de 8 a 16 años.
- C. La pena por el delito de acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (art. 207 del Código Penal), que iba de 8 a 15 años, quedó de 12 a 20 años, y la circunstancia especial, que contemplaba una pena de 3 a 6 años, cuando se ejecutara acto sexual diverso del acceso carnal, quedó con una pena de 8 a 16 años.
- D. La pena por el delito de acceso carnal abusivo en menor de 14 años (art. 208 del Código Penal), que iba de 4 a 8 años, quedó de 12 a 20 años.

19 Un contexto similar al colombiano se evidencia en España, a propósito del clamor por la cadena perpetua revisable, con base en el caso de Mari Luz (Carmona, 2011, p. 202; Gómez, 2011, p. 191). Los hechos de este suceso se describen a continuación: "Santiago del Valle atrajo hasta su casa a Mari Luz Cortés, de cinco años, tirándole desde la ventana un osito de peluche y haciéndole señales para que subiera. Cuando la pequeña entró en el portal, Del Valle le efectuó 'diversos tocamientos' y como la niña se resistió, el pederasta forcejeó con ella y Mari Luz quedó inconsciente. Entonces, Del Valle volvió a su casa para coger un carro de la compra, metió dentro el cuerpo y lo tapó con un chaquetón negro para evitar que se viera la parte que sobresalía, 'que era la cabeza' ". El autor fue condenado a 22 años de cárcel por asesinato y otro más por abusos sexuales, con el agravante de reincidencia.

20 En términos de Carmona, de manera "bochornosa" se acude a fines partidistas-electoralistas (2011, p. 205). De esta manera, se utiliza a la víctima como un "placebo político" de estos propósitos (Gómez, 2011, p. 187), en busca de un "puñado" de votos (Gómez, 2011, p. 206). Algunos afirman que esta dinámica corresponde a una instrumentalización de los gobernantes asentada sobre la asunción de que la ciudadanía exige sanciones más severas hacia la delincuencia (Guetti & Redlich, 2001, citados por Aizpurúa & Fernández, 2011).

21 Sobre el tema, entre otros, Aizpurúa y Fernández, 2011; Beckett, 1997; Bottoms, 1995; Fernández y Tarancón, 2010; Larrauri, 2006; Pratt, 2007; Roberts, Stalans, Indermaur, y Hough, 2003, y Sozzo, 2009.

22 Antaño se conocía esto como el "derecho penal de la venganza" (Gómez, 2011, p. 182). Sobre la sustracción de la venganza de las manos del ofendido es preciso advertir que "(...) la historia del derecho penal y de la pena corresponde con la historia de una larga lucha contra la venganza" (Ferrajoli, 2009, p. 333). "La sociedad ya no castiga —si es que alguna vez lo hizo—, sino que delega su función en un aparato estatal y en instituciones especializadas al margen de la sociedad. Los actos emotivos de venganza se volvieron tabú hace mucho tiempo —por lo menos en la conducta oficial— y fueron desplazados, por lo que parecen ser procesos racionales de control de la delincuencia" (Garland, 1999, p. 44). En todo caso, se podría decir con Durkheim que: "La venganza está mejor dirigida hoy que antes. El espíritu de previsión que se ha despertado o deja ya el campo tan libre a la acción ciega de la pasión, la contiene dentro de ciertos límites, se opone a las violencias absurdas, a los estragos sin razón de ser. Más instruidas, se derrama menos al azar; ya no se la ve, aun cuando sea para satisfacerse, volverse contra los inocentes. Pero sigue formando, sin embargo, el alma

de la pena" (1993, pp. 99-100, citado por Garland, 1999, p. 49). Lo anterior constata el olvido al que ha sido empujada la víctima, como mencionan Echeburúa y Cruz-Sáez (2015, p. 84).

23 En el mismo sentido Carmona (2011, p. 202) y Echeburúa y Cruz-Sáez (2015, p. 88).

24 Padre de Mari Luz, quien encabezó la recolección de firmas para implementar la cadena perpetua en casos de pederastia e incluso se convirtió en consultor legislativo respecto a estos temas.

25 Cfr. Sentencia C-397 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

- E. La pena por el delito de actos sexuales en menor de 14 años (art. 209 del Código Penal), que iba de 3 a 5 años, quedó de 9 a 13 años.
  - F. La pena por el delito de acceso carnal o acto sexual abusivos en persona incapaz de resistir (art. 210 del Código Penal), que iba de 4 a 8 años, quedó de 12 a 20 años, y los actos sexuales diversos del acceso carnal, que consagraban una pena de 4 a 8 años, quedó de 8 a 16 años.
  - G. La pena por el delito de inducción a la prostitución (art. 213 del Código Penal), que iba de 2 a 4 años, quedó de 10 a 22 años.
  - H. La pena por el delito de constreñimiento a la prostitución (art. 214 del Código Penal), que iba de 5 a 9 años, quedó de 9 a 13 años.
  - I. La pena por el delito de estímulo a la prostitución de menores (art. 217 del Código Penal), que iba de 6 a 8 años, quedó de 10 a 14 años.
  - J. La pena por el delito de pornografía con menores (art. 218 del Código Penal), que iba de 6 a 8 años, quedó de 10 a 14 años.
- La exposición de motivos se enfoca en la protección de los menores de edad. Sin embargo, el aumento punitivo generalizado no distingue esta clase de sujeto pasivo cualificado, salvo en los delitos que expresamente lo tipifican así (literales E, F, I y J, *supra*).
- A continuación se relacionan las cifras de encarcelamiento por este delito<sup>26</sup>:

**Tabla 1.**  
**Cifras de encarcelamiento**

Acceso carnal violento					
Año	Condenados	Sindicados	Condenadas	Sindicadas	Total
2009	14.008	5.050	45	34	19.137
2010	22.324	6.861	81	45	29.311
2011	23.189	6.875	96	52	30.212
2012	24.097	8.291	88	61	32.537
2013	25.142	8.889	82	101	34.214
2014	25.211	9.771	94	117	35.193
Acto sexual violento					
Año	Condenados	Sindicados	Condenadas	Sindicadas	Total
2009	2.136	1.059	18	18	3.231
2010	3.705	1.719	27	50	5.501
2011	4.397	2.117	42	67	6.623
2012	4.978	2.267	24	20	7.289
2013	5.340	2.940	12	40	8.332
2014	5.472	3.502	21	54	9.049
Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir					
Año	Condenados	Sindicados	Condenadas	Sindicadas	Total
2009	563	282	8	4	857
2010	971	430	13	0	1.414
2011	1.052	413	4	6	1.475
2012	1.192	533	0	3	1.728
2013	1.229	637	0	6	1.872
2014	1.217	738	5	16	1.976

Sigue...

26 Fuente: SISIPECWEB INPEC. Nota: respecto a esta información es preciso advertir que solo se encontraban disponibles los datos desde enero del 2009, año en el que se implementó de manera definitiva el Sistema de Información de Sistematización Integral del Sistema Penitenciario y Carcelario (en lo sucesivo, SISIPEC), aplicativo del cual se puede obtener ese tipo de información. Además, el número de internos varía de forma permanente de conformidad con la hora en que se genera el reporte estadístico, según las novedades registradas, bien sea por libertades otorgadas, ingresos, apertura o cierre de los establecimientos, entre otras. Atendiendo a que para la fecha en la que se dio respuesta a la solicitud (octubre del 2015) no se encontraban consolidados los datos completos para esa anualidad, como resulta obvio, se omiten estas cifras por no permitir su análisis cuantitativo con precisión.

...viene

<b>Acceso carnal abusivo en menor de 14 años</b>					
<b>Año</b>	<b>Condenados</b>	<b>Sindicados</b>	<b>Condenadas</b>	<b>Sindicadas</b>	<b>Total</b>
2009	10.230	6.496	61	36	16.823
2010	18.733	10.869	126	97	29.825
2011	22.886	12.563	169	191	35.809
2012	26.804	15.088	215	177	42.284
2013	29.192	17.715	204	214	47.325
2014	30.180	20.587	255	216	51.238
<b>Actos sexuales en menor de 14 años</b>					
<b>Año</b>	<b>Condenados</b>	<b>Sindicados</b>	<b>Condenadas</b>	<b>Sindicadas</b>	<b>Total</b>
2009	11.533	8.271	46	110	19.960
2010	22.685	13.322	133	102	36.242
2011	29.347	15.752	217	136	45.452
2012	34.516	20.220	285	216	55.237
2013	37.442	24.500	306	298	62.546
2014	38.973	27.810	430	253	67.466
<b>Acceso carnal o acto sexual abusivos en persona incapaz de resistir</b>					
<b>Año</b>	<b>Condenados</b>	<b>Sindicados</b>	<b>Condenadas</b>	<b>Sindicadas</b>	<b>Total</b>
2009	1.294	835	31	7	2.167
2010	2.391	1.256	55	30	3.732
2011	2.866	1.401	57	24	4.348
2012	3.224	1.807	32	17	5.080
2013	3.659	1.942	12	16	5.629
2014	3.748	2.278	3	21	6.050
<b>Inducción a la prostitución</b>					
<b>Año</b>	<b>Condenados</b>	<b>Sindicados</b>	<b>Condenadas</b>	<b>Sindicadas</b>	<b>Total</b>
2009	38	115	70	29	252
2010	97	203	137	83	520
2011	169	140	141	93	543
2012	193	109	116	145	563
2013	218	73	98	229	618
2014	220	145	151	219	735
<b>Constreñimiento a la prostitución</b>					
<b>Año</b>	<b>Condenados</b>	<b>Sindicados</b>	<b>Condenadas</b>	<b>Sindicadas</b>	<b>Total</b>
2009	27	25	46	27	125
2010	48	32	71	34	185
2011	57	20	82	28	187
2012	60	12	79	19	170
2013	50	16	71	59	196
2014	41	47	66	80	234
<b>Estímulo a la prostitución de menores</b>					
<b>Año</b>	<b>Condenados</b>	<b>Sindicados</b>	<b>Condenadas</b>	<b>Sindicadas</b>	<b>Total</b>
2009	79	97	32	51	259
2010	123	162	79	64	428
2011	171	180	118	18	487
2012	152	207	91	64	514
2013	175	155	85	102	517
2014	184	184	108	89	565

sigue...

...viene

Pornografía con menores					
Año	Condenados	Sindicados	Condenadas	Sindicadas	Total
2009	158	160	22	1	341
2010	313	257	38	2	610
2011	359	384	38	3	784
2012	484	410	36	13	943
2013	546	411	43	47	1.047
2014	590	472	45	68	1.175

Fuente: INPEC (2016).

Como se puede observar en la tabla 1, las cifras por la comisión de estos delitos mantienen una tendencia al alza, incumpléndose el resultado prometido en ejercicio del populismo punitivo por parte del le-

gisador, con el incremento de penas; esto es, la reducción de la criminalidad por el aumento punitivo. *Contrario sensu*, se observa una correlación entre dicho incremento y las tasas de encarcelamiento por esos delitos.



**Figura 1. Personas privadas de la libertad por delito**

Fuente: INPEC (julio de 2016).

Adicionalmente, no deben pasarse por alto otras variables existentes en la cifras reportadas, las cuales abarcan desde el espectro de la cantidad negra de la criminalidad (Naucke, Hassemer & Lüderssen, 2004, p. 55), por casos que no son reportados y, por ende, no llegan al conocimiento de la justicia penal ordinaria, así como la fiabilidad de los datos, al tratarse de estadísticas oficiales (Larrauri, 2015, p. 43), teniendo siempre presente las limitaciones que lleva consigo este método y el riesgo de manipulación.

Empero, en todos estos delitos se registra una tendencia al aumento, lo que a su vez significa un decaimiento del objetivo pretendido con el incremento punitivo de las normas<sup>27</sup>, cuya mayoría se encuentra en el listado de los delitos más recurrentes, por los cuales son encarceladas las personas (vid. gráfica 1).

Además, con base en la Ley 1098 de 2006, se limitó la procedencia de subrogados penales a favor de quienes han cometido estas conductas punibles, lo que contribuye con la difícil situación que afronta el sistema penitenciario y carcelario colombiano, que no solo se resuelve con la construcción de más establecimientos de reclusión, sino con menos utilización del derecho penal, en su calidad de *ultima ratio*. Por lo anterior, se afirma en la sentencia T-388/13 que esta situación “no sólo se resuelve con más cárceles, también con menos cárcel”<sup>28</sup> lo que resulta imposible de concretar en la relación observada, en la que es superior el número de ingresos frente a los egresos, seriamente limitados por la cantidad de pena que en efecto se debe purgar y la imposibilidad de liberación anticipada, en virtud de mecanismos sustitutivos de la pena.

## Conclusiones

La habilitación para que las víctimas participen, tanto en el proceso penal como en el diseño de la política criminal, debe ser en extremo cautelosa, ante el riesgo de derrumbar el equilibrio que debe existir en la aplicación del derecho penal (Christie, 2010, p. 178). En este sentido, no puede el sistema penal convertirse en un instrumento de venganza de la víctima contra el delincuente (Gómez, 2011, p. 184), al reavivar la autocomposición bajo una fachada garantista heterocompositiva.

27 “Procesos de endurecimiento punitivo como el que acabamos de reseñar (hace referencia a la evolución de la punibilidad en materia de delitos sexuales), manifiestan, simplemente, la ejecución de una errática política legislativa, pues no obedecen a la adopción de una seria, coherente y constante política criminal, falencia que siempre hemos puesto de presente cuando observamos los frecuentes casos de ‘abusos de la penalidad’” (Pabón, 2013, p. 301).

28 En el mismo sentido, Baratta (1960), citado por Noel (2010, p. 119).

Adicionalmente, en el diseño de la política criminal no debe olvidarse que no todos los casos son iguales (Christie, 2010, p. 177), ni el riesgo de falibilidad de los tribunales, que en aplicación de la justicia pueden culminar la causa con un fallo adverso a los intereses del procesado (culpable ante la jurisdicción, sin que esta representación se corresponda con la realidad). Esto sumado a las dificultades existentes para obtener la revocatoria de un veredicto, incluso tras la aparición de nuevas pruebas, en ejercicio de una eventual acción de revisión.

En todo caso, no debe desecharse del todo la participación de la víctima dentro de este espectro legal. Sin duda, su visión reviste utilidad para mostrar la realidad del fenómeno (Gómez, 2011, p. 206), pero debe existir un mecanismo de contención suficiente, que disipe sus pasiones y la eventual fogosidad que estas inspiren.

El análisis cuantitativo ofrecido en el presente trabajo desmiente el impacto del incremento punitivo con base en el discurso legislativo, que se presume protector de las víctimas. Por el contrario, muestra cierto rédito en las campañas políticas bajo este último eslogan, que en la práctica de la política criminal no logran concretarse y afectan seriamente el contexto carcelario colombiano.

**Nota:** El autor del presente estudio declara que no existen conflictos de intereses con respecto a la investigación y los resultados presentados en las secciones anteriores, ni con instituciones o personas algunas, pues para efectuar este estudio no se contó con financiamiento público o privado de ningún tipo.

## Referencias

- Acosta, D. (1996). *Sistema integral de tratamiento progresivo penitenciario. Reflexión en torno a la construcción de un modelo de atención a internos*. Bogotá: INPEC.
- Aizpurúa E. & Fernández, E. (2011). Información, ¿antídoto frente al “populismo punitivo”? Estudio sobre las actitudes hacia el castigo de los menores infractores y el sistema de justicia juvenil. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 9 (3): 1-29.
- Archila, J. & Hernández, N. (2015). Subrogados y hacinamiento carcelario. Respuesta del legislador del año 2014 frente a la situación carcelaria en Colombia. *Revista Misión Jurídica*, 9: 199-227.
- Ariza, L. & Iturralde, M. (2011). *Los muros de la infamia. Prisiones en Colombia y en América Latina*. Bogotá: Universidad de los Andes.

- Baratta, A. (1990). *Resocialización o control social*. Ponencia presentada en el seminario Criminología crítica y sistema penal. Lima: Comisión Andina de Juristas y Comisión Episcopal de Acción Social.
- Beckett, K. (1997). *Making Crime Pay: Law and order in contemporary American politics*. Nueva York: Oxford University Press.
- Bottoms, A. (1995). The philosophy and politics of punishment and sentencing. En: C. M. V. Clarkson and R. Morgan (eds.). *The Politics of Sentencing Reform* (pp. 17-49). Oxford: Clarendon Press.
- Carmona, C. (2011). Negativa influencia de algunos medios en las víctimas de delitos graves y en las políticas criminales inspiradoras de las reformas penales de los últimos tiempos (especial consideración a las modificaciones sufridas por la LO 5/2000). En: F. Muñoz, J. Lorenzo, J. Ferre, E. Cortés, M. Ángel (dirs.), M. Ángel (ed. y coord.). *Un derecho penal comprometido*. Libro Homenaje a Gerardo Landrove (pp. 197-219). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Christie, N. (1977). Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*, 17 (1): 1-15.
- Christie, N. (2010). Victim movements at a crossroad. *Punishment & Society*, 12: 115-122.
- Cid, J. (2009). *La elección del castigo*. Barcelona: Bosch.
- Echeburúa, E. & Cruz-Sáez, M. (2015). De ser víctimas a dejar de serlo: un largo proceso. *Revista de Victimología/Journal of Victimology*, 1: 83-96.
- Fernández, E. & Tarancón, P. (2010). Populismo punitivo y delincuencia juvenil; mito o realidad. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología - RECP*, 12 (8): 1-25.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Garland, D. (1999). *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. México: Siglo XXI Editores.
- Gómez, V. (2011). ¡Que viene el lobby! Recensión a Ana Isabel Cerezo Domínguez, El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales. *Cuadernos de Política Criminal. Segunda época*, 104: 181-206.
- Guetti, S. & Redlich, A. D. (2001). Reactions to youth crime: perceptions of accountability and competency. *Behavioral Sciences and the Law*, 19 (1): 33-52.
- Hernández, N. (2010). Rol probatorio del apoderado de las víctimas dentro del incidente de reparación integral. *Revista Diálogos de Saberes*, 33: 261-286.
- Larrauri, E. (2006). Populismo punitivo... y cómo resistirlo. *Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 55: 15-22.
- Larrauri, E. (2015). Introducción a la criminología y al sistema penal. Madrid: Trotta.
- Matthews, R. (2003). *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*. Barcelona: Bellaterra.
- Naucke, W., Hassemer, W., & Lüderssen, K. (2004). *Principales problemas de la prevención general*. Traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Montevideo - Buenos Aires: B de F.
- Noel, M. (2010). *Mujer, género y prisión*. En: Juan Posada (Ed.). III Simposio Internacional Penitenciario y de Derechos Humanos (pp. 105-119). Medellín: Universidad de San Buenaventura.
- Pabón, P. (2013). *Manual de derecho penal* (T. II). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Pereda, N. (2013). Systematical review of the psychological consequences of terrorism among child victims. *International Review of Victimology*, 19(2): 1-19.
- Pratt, J. (2007). *Penal populism*. Londres - Nueva York: Routledge.
- Reyes, A. (1974). *Derecho Penal. Parte general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Roberts, J., Stalans, L., Indermaur, D., & Hough, M. (2003). *Penal populism and public opinion. Lessons from five countries*. Nueva York: Oxford University Press.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte general*. Madrid: Civitas.
- Rueda, M. (2010). *Función de ejecución de penas y medidas de seguridad*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura (Sala Administrativa) y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Tamarit, J. (2013). Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad. *Indret*, 1: 1-31.
- Téllez, A. (1996). Derecho penitenciario colombiano: una aproximación desde la experiencia española. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 49 (2): 591-625.
- Urías, J. (2001). El valor constitucional del mandato de resocialización. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 63: 43-78.
- Sozzo, M. (2009). Populismo punitivo, proyecto normalizador y "Prisión-Depósito" en Argentina. *Sistema Penal & Violencia. Revista Electrónica da Faculdade de Direito*, 1(1): 33-64.
- Uribe, J. (2013). Actitudes de los ciudadanos frente al crimen y al castigo. Estudio piloto en la Universidad EAFIT. *Nuevo Foro Penal*, 81: 232-300.

Varona, D. (2008). Ciudadanos y actitudes punitivas: un estudio piloto de población universitaria española. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 6: 1-38.

## Jurisprudencia

- Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional, Sentencia T-1670 del 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional, Sentencia T-274/05, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional, Sentencia T- 1275/05, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional, Sentencia T-572/09, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional, Sentencia C-397 del 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.
- Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional, Sentencia T-429 del 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.
- Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional, Sentencia T-286 del 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional, Sentencia T-213 del 2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional, Sentencia T- 338 del 2013, M. P. María Victoria Calle Correa.
- Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional, Sentencia T-718/15, M. P. Jorge Iván Palacio.
- Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional, Sentencia C-233 del 2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sala de Decisión de Tutelas, Sentencia del 10 de julio del 2012 (61489), M. P. José Leonidas Bustos Martínez.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia del 2 de julio del 2015 [STP-8442 (80488)], M. P. José Luis Barceló Camacho.

España, Tribunal Constitucional, Sentencia ATC 780/1986.

España, Tribunal Constitucional, Sentencia STC 2/1987.

España, Tribunal Constitucional, Sentencia STC 81/1997.

España, Tribunal Constitucional, Sentencia STC 75/1998.

España, Tribunal Constitucional, Sentencia STC 91/2000.

## Normas

Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de 1991.

Colombia, Congreso de la República, Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario).

Colombia, Congreso de la República, Ley 599 del 2000 (Código Penal).

Colombia, Congreso de la República, Ley 1098 del 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia).

Colombia, Congreso de la República, Ley 1709 del 2014.

España, Cortes Generales, Constitución española de 1978.

Italia, Asamblea Constituyente, Constitución italiana de 1947.

## Otros documentos

Colombia, Consejo Nacional de Política Económica y Social (2015). *CONPES 3828. Política penitenciaria y carcelaria en Colombia*.

Colombia, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). Oficina Asesora de Planeación. Grupo de estadística (2016). *Informe estadístico marzo del 2016*.

Colombia, Ministerio de Justicia, Dirección de Política Criminal y Penitenciaria (2014). *Lineamientos para el fortalecimiento de la política penitenciaria en Colombia*. Bogotá: CYE Consult.