

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL MARCO DE LA LEY
DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA FRENTE A LA NO APLICACIÓN DE LA JUSTICIA PREMIAL**



IVÁN BOTELLO HERNÁNDEZ

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de
Magíster en Derecho Procesal Penal

Director

EYDER BOLÍVAR MOJICA

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL

Bogotá D.C., Septiembre de 2021

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL MARCO DE LA LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA FRENTE A LA NO APLICACIÓN DE LA JUSTICIA PREMIAL

Resumen

La investigación se adelanta a través de revisiones documentales sobre el contexto y el desarrollo de la promulgación de la Ley 1098 de 2006, conocida también como la Ley de Infancia y Adolescencia y pretende dar cuenta de ese contexto y el desarrollo de dicha norma en el sistema judicial colombiano. En un primer capítulo, se examinan las excepciones consagradas en el numeral de 7 del artículo 199 de esta Ley. En el segundo capítulo, se realiza un recorrido sobre el contexto jurídico que permitió la promulgación de la misma. Finalmente, se revisan algunos de los conceptos de la Justicia Premial, así como, sus antecedentes y excepciones en el marco de dicha normativa, lo que da como resultado un análisis considerable sobre los alcances de esta legislación. Las consideraciones y recomendaciones finales plantean algunas reflexiones a partir de las conclusiones obtenidas.

Abstract

The investigation is carried out through documentary reviews on the context and development of the enactment of Law 1098 of 2006, also known as the Childhood and Adolescence Law, and aims to account for the context and development of said law in the Colombian judicial system. In the first chapter, the exceptions enshrined in number 7 of this Law are examined. In the second chapter, a tour is made of the legal context that allowed its enactment. Finally, some of the concepts of Prize Justice are reviewed, as well as its antecedents and exceptions within the framework of said regulations, which results in a considerable analysis of the scope of this legislation. The final considerations and recommendations raise some reflections based on the conclusions obtained.

Palabras clave: justicia, niños, niñas, jóvenes, adolescentes, igualdad, delito, víctima, impunidad, condena.

Keywords: justice, boys, girls, youth, adolescents, equality, crime, victim, impunity, conviction.

Introducción

Contexto del problema

Para la Organización de Naciones Unidas (2005), la impunidad se entiende como “la inexistencia, de hecho, o derecho, por parte de los autores de las violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención o procesamiento” (p. 37).

La percepción de ausencia de justicia dentro del sistema judicial colombiano ha sido objeto de diversos análisis y estudios, algunos de los cuales se pueden observar con detalle a lo largo del segundo apartado. En Bogotá, la capital de la República y en otras regiones del país, especialmente en los departamentos de Cauca, Caquetá, Valle, Antioquia, Tolima, entre otros, y tal como se demostrará más adelante, la apreciación del fenómeno es alta.

Esta afirmación se encuentra amplia y mayormente desarrollada a lo largo de la segunda parte del trabajo y constituye el eje sobre el cual gira el artículo. En el caso de los victimarios, su sensación es de tranquilidad y a veces de indiferencia ante la baja probabilidad de ser capturados o condenados, lo que en palabras de Céspedes, Peñalosa, Otero, Neira y Morales (2016), “contribuye a generar más criminalidad y a desarrollar dinámicas de reincidencia” (p. 63).

Para dar una mayor claridad al análisis sobre la impunidad frente a los delitos sexuales, se realizó una contextualización del numeral 7, del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006. Aunado a lo anterior, se llevó a cabo el análisis de fuentes judiciales del Estado y de otros organismos de protección a los menores, para intentar establecer si existe una posible injerencia en el aumento de la impunidad frente a delitos cometidos en contra de niños, niñas y adolescentes, con la aplicación de los impedimentos y excepciones contemplados en dicha ley.

Descripción del problema

La legislación colombiana pretendió la salvaguarda de los derechos fundamentales de los niños, niñas, y adolescentes, con la implementación de la Ley 1098 de noviembre de 2006, también llamada Ley de Infancia y la Adolescencia, se buscaba garantizar su pleno desarrollo y la protección efectiva de sus derechos y libertades, contenidas tanto en tratados internacionales como en la Constitución Política promulgada en el año 1991.

Sin embargo, el numeral 7° del artículo 199 del código en mención, prohíbe la rebaja de las penas que puedan hacerse efectivas mediante preacuerdos o negociaciones celebrados entre la Fiscalía General de la Nación y el imputado. Dicha restricción sumado a un ente acusador débil y al largo y extenuante proceso en donde en muchas ocasiones el acervo probatorio del ente acusador es débil, impidiendo que se produzca y se haga efectiva una condena; al contrario, el lugar común que se ha encontrado es el de sentencias absolutorias, reflejado en ausencia de justicia y en donde los derechos de los niños, niñas y adolescentes no son resarcidos, ni reivindicados, como se demostrará a lo largo del segundo apartado de la presente investigación.

En casos donde la Fiscalía no cuenta con material probatorio suficiente para demostrar la culpabilidad o desvirtuar la inocencia del imputado, podría llegar a entablar negociaciones que aseguren condenas efectivas y de esta forma, garantizar que no haya impunidad en relación a esta clase de delitos. Sin embargo, la Ley 1098 de 2006 restringe estos acuerdos o negociaciones, lo que ha hecho improcedente hablar de justicia premial en los delitos cometidos contra la población joven del país.

Justificación de la investigación

A lo largo de su existencia, el ser humano ha buscado desarrollar instituciones que le permitan impartir justicia de manera eficaz, pronta y definitiva. Cuando una sociedad evidencia la falta de aplicación de justicia por parte del Estado y de sus cuerpos legales, puede llegar a concluir que se trata de un Estado fallido o inoperante, lo que puede generar el surgimiento de movimientos que claman un cambio, ya sea de modelo estatal o de gobernantes. Sin embargo, y en palabras de Echeverry y Jaramillo (2006) la justicia puede entenderse también como “la oportunidad que tiene cada ciudadano para participar en la selección de procedimientos para definir principios que tiendan a regular a la sociedad” (p. 30).

En Colombia, la percepción de impunidad por parte de la ciudadanía es considerable, ya que, independientemente del funcionamiento del sistema judicial, existe siempre inconformidad en alguna de las partes con los fallos y las determinaciones de los jueces o magistrados. En el caso particular del tema de investigación, los delitos cometidos en contra de los niños, niñas y adolescentes, especialmente aquellos de carácter sexual, han generado reacciones de indignación y rechazo por parte de la opinión pública, lo que se tradujo, con el paso del tiempo, en el endurecimiento de las penas para estas transgresiones del sistema penal. Este proceso de transformación hacia la exigencia de unas condenas más severas para los agresores sexuales hace parte del cuerpo del presente trabajo, así como el contexto histórico, social y político que permitió el tránsito hacia la promulgación de la Ley 1098 de 2006.

Pregunta central de la investigación

¿Cuál fue el contexto jurídico, político y social que permitió la promulgación de la Ley 1098 de 2006 y de qué manera esta situación propició el endurecimiento de las penas hacia los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual cometidos en contra de niños, niñas y adolescentes?

Objetivo General

Analizar la promulgación de la Ley 1098 de 2006 a la luz del contexto político, social y jurídico del país a comienzos de la primera década del siglo XXI.

Objetivos Específicos

Describir el contexto jurídico que permitió la promulgación de la Ley de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), cuya promulgación fue una alternativa al Código del Menor y como consecuencia de la adhesión de Colombia a diferentes tratados internacionales relacionados con la protección de los derechos a niños, niñas y adolescentes.

Examinar el concepto de justicia premial, sus antecedentes y las excepciones contempladas en el numeral 7, del artículo 199 de la Ley 1098 de noviembre de 2006.

Metodología de la investigación

El tema central de la presente investigación amerita un análisis de las fuentes judiciales disponibles representadas en estadísticas estatales provenientes de la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura, Instituto de Medicina Legal o el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) relacionadas con la comisión de delitos sexuales en contra de niños, niñas, jóvenes y adolescentes. El método utilizado será el de la comparación y verificación de la información obtenida en diferentes momentos de la evolución normativa a partir de la promulgación de la Ley 1098 de 2006 y en lo concerniente a la justicia premial y su funcionamiento en el sistema penal acusatorio. Se optó por esta estrategia para, según lo indica Vasilachis (2009), “aumentar la confianza en la calidad de los datos que se utilizan; esta necesidad surge de reconocer las limitaciones que implica una sola fuente de datos, mirada, o método, para comprender un tema social” (p. 93).

De igual manera, se recaudará información de fundaciones y organizaciones no gubernamentales (ONG), como la Comisión Colombiana de Juristas, la Corporación Excelencia por la Justicia, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), UNICEF, entre otras, para intentar establecer con cifras independientes los niveles de impunidad en los delitos antes mencionados, siendo el centro de atención el derecho de las víctimas a ser resarcidos y obtener justicia mediante un proceso oportuno, verídico y eficaz. Por último, se analizarán y citarán diferentes artículos académicos y textos que sirvan como herramientas de articulación con los objetivos trazados para esta investigación, especialmente en lo relacionado con el surgimiento de la Ley 1098 de 2006 y los tratados internacionales suscritos por parte de Colombia para la defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes, consagrados como inviolables en la Constitución Política.

Desarrollo

Capítulo 1

1.1 Contexto sociopolítico y jurídico que permite la promulgación de la Ley de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006).

La promulgación de la Ley 1098 de noviembre de 2006, conocida más por el nombre de Ley de Infancia y Adolescencia, no se produjo de manera fortuita o como resultado de una decisión estatal apresurada o improvisada. Por el contrario, sus antecedentes pueden ubicarse en los debates previos dados desde la firma y aplicación de la Constitución Política de 1991, que reemplazó a la de 1886. Existía, al parecer, según Bocanegra (2008), “una tendencia social y cultural de arremeter contra los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en Colombia” (p. 86). Lo que quería expresar el autor, era que la Constitución de 1886 era obsoleta en la protección de la juventud, ya que no estaba actualizada con respecto a los cambios sociales, culturales y demográficos que se habían dado en el país.

Esta afirmación estaba enmarcada en la dramática situación socioeconómica y de desprotección en la que vivían millones de niños en el país. Si bien la Carta Política de 1991 era de carácter garantista y en sus artículos podía observarse la estructura de un marco constitucional que protegía los derechos de los menores, se insistía en la necesidad de adelantar una reforma

que actualizara el país a la luz de diversos convenios internacionales que abogaban por una mejora en las condiciones de vulnerabilidad a la que estaban expuestos los menores en todo el planeta. Esta reivindicación de los derechos de los menores no era nueva, ni mucho menos. Desde mediados del siglo XIX, el escritor francés Jules Valles había reflejado las circunstancias de abandono, maltrato, explotación y opresión de los menores por cuenta de la sociedad industrial. Algo similar había logrado Charles Dickens en *Oliver Twist* y más recientemente, el pedagogo uruguayo José Figueira, quien desde un año tan temprano como 1910, había reivindicado, en palabras de Cely (2015) que “los niños y las niñas son personas con derechos que deben ser garantizados por la familia y por el Estado de forma subsidiaria” (p. 44).

En Colombia, la protección a la niñez estaba en manos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar¹, organismo creado a través de la promulgación de la Ley 75 de 1968 bajo la presidencia de Carlos Lleras Restrepo, quien durante su administración puso en práctica el intervencionismo, no sólo en aspectos económicos o comerciales, sino también en la responsabilidad del Estado en el cuidado de los niños y jóvenes como factor incidente en los niveles de pobreza (Amézquita, 2007).

En la memoria y en la percepción de la ciudadanía está el papel del ICBF en la protección de los menores y adolescentes. A mediados de la década de 1980, el instituto inició un programa que llegó a conocerse como *Hogares Comunitarios*, que se conoció mucho más con el nombre de *Programa de madres comunitarias*, cuyo centro de acción se basó en la estrategia de atender a niños menores de seis años que se encontraran en estado de abandono o en etapas previas a la adopción por parte de parejas nacionales o provenientes del extranjero. Con el paso de los años, el programa dejó de ser asistencial y se integró, según Romero (2007) a “las políticas sociales de distintos gobiernos durante tres décadas y perdura hasta el día de hoy” (p. 41).

De manera simple, se entregaban niños considerados en alto riesgo a mujeres que tuvieran unas condiciones mínimas de atención en sus casas para que los cuidaran y atendieran sus necesidades básicas de afecto, cuidado, alimentación y desarrollo. Por esta tarea, las llamadas *madres comunitarias* o *señoras del Bienestar*, recibían una compensación económica – que en la mayoría de las ocasiones era insuficiente- y entregaban a los menores una vez se había conjurado la situación de riesgo o eran entregados en adopción. Sin embargo, el programa comenzó a mostrar señas de deterioro por el escaso nivel de actualización de las madres comunitarias, por la reducción del presupuesto del ICBF y por los esfuerzos del Ministerio de Educación Nacional (MEN) en la cobertura universal del grado cero, que buscaba instaurar una parte importante del programa en colegios y jardines del sistema público de educación (Romero, 2007).

Esta situación dio pie para que se pensara en una política pública de largo alcance, en donde fuera posible el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños. Luego de la promulgación de la Carta Política de 1991 y con la celebración de varias asambleas y foros sobre el tema, comenzó a gestarse lo que sería una política de Estado con relación al cuidado de los niños y especialmente de aquellos cuyas edades oscilaban entre los cero y los seis años. Esta normativa debía tener un carácter transversal y ya el Fondo de las Naciones Unidas para la Niñez (UNICEF) se había pronunciado al respecto. Para el organismo internacional, el concepto de desarrollo del niño

¹ En adelante se le llamará ICBF.

en la primera infancia conllevaba un “enfoque integral de las políticas y programas desde el nacimiento hasta los ocho años, con el fin de proteger cabalmente su potencial cognoscitivo, emocional, social y físico” (UNICEF, 2001).

Una de las cuestiones fundamentales que se abordaron para la promulgación de la Ley de Primera Infancia en el año 2006, fue considerar que el desarrollo de los niños, niñas, jóvenes y adolescentes, estaría a cargo, no sólo de las familias, sino que involucraría al Estado colombiano como tutor de los derechos vulnerados o en riesgo de serlo. Antaño, el Estado era visto como un actor puramente represivo, representado en entidades policiales o judiciales, ahora, diferentes instituciones estatales, entre ellas el ICBF, el MEN, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y algunos organismos distritales, entre ellos el entonces existente Departamento Administrativo de Bienestar Social (DABS), estaban organizando y coordinando una serie de foros y centros de discusión para actualización de la normatividad jurídica vigente en aquel momento con relación al estado de desprotección y riesgo en el que se encontraban los niños, niñas, jóvenes y adolescentes de Colombia.

Ahora bien, aunque el Estado estaba cambiando su papel de policía de la juventud y la niñez, estaba claro que sobre la familia también debería recaer buena parte de la responsabilidad del cuidado y la protección de los menores. La institución familiar se consideraba una unidad fundamental dentro del orden social. Ya Ares (2002) había definido a la familia como “la unión de personas que comparten un proyecto vital de existencia común en el que se generan fuertes sentimientos de dependencia, reciprocidad e intimidad” (p. 37) y esta definición fue tomada como base teórica para la preparación de un documento que se denominó *Política de Primera Infancia* del cual luego se desprendieron apartes que sirvieron para la elaboración de la Ley 1098 de 2006².

A partir del año 2002, comenzó a tomar cuerpo la figura de lo que sería la reforma al Código del Menor, es decir, el Decreto Ley 2737 de 1989. Además de la necesidad de actualizar esta normativa que en muchos de sus apartes era obsoleta, estaba latente la preocupación por cumplir con los acuerdos internacionales que en materia de protección y restablecimiento de derechos el país había sido signatario. Los compromisos de Colombia en esta materia eran extensos y el gobierno estaba en mora de actualizar su legislación para ponerse a tono con la normatividad internacional y con la propia Constitución de 1991, que garantizaba los derechos de los menores de manera clara e inequívoca.

En este sentido, Vargas (2006) realizó una completa revisión de las leyes y tratados que Colombia firmó y que debía ratificar mediante la promulgación de una legislación coherente con lo pactado. Es así como surgieron la Ley 12 de 1991, que ratificaba la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; la Ley 173 de 1994, que daba crédito al convenio internacional sobre aspectos civiles en los casos de secuestros de menores; la Ley 515 de 1999 que respaldaba el Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en donde se establecía la edad mínima para la admisión en un empleo; la Ley 620 de 2000 por la cual quedó en firme el Convenio 182 con la OIT. Además de las anteriores normas, se había aprobado la Ley 765 de 2002 que daba piso a la aprobación del Protocolo Facultativo de la Convención de Derechos del Niño en lo concerniente al delicado tema de la prostitución infantil y la utilización de menores en la

² El contenido del documento puede leerse de manera íntegra en www.primerainfancia.gov.co

pornografía. Esta última estaba en concordancia plena con los artículos 93 y 94 de la Carta Política de 1991 (p. 10).

En 1995, durante la administración del presidente Ernesto Samper Pizano, se creó la Comisión Asesora para la Revisión y Reforma del Código del Menor que sesionó durante más de dos años y no mostró mayores avances en cuanto a la implementación de un cuerpo jurídico novedoso o alternativo al Decreto 2737. A pesar de que dentro de la comisión actuaban destacadas personalidades del Derecho y la academia y que en los debates hubo participación de varias entidades estatales como el MEN, el ICBF, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Ministerio de Salud, la Defensoría del Pueblo, así como de organismos y organizaciones de la sociedad civil, el proyecto legislativo no logró avanzar en ninguno de los órganos del Congreso (Senado y Cámara de Representantes) por lo que la iniciativa fue archivada. En palabras de Tejeiro-López (2005), abogado, especialista en Derecho de Familia y quien participó en los debates, hizo “falta un consenso de las fuerzas políticas para legitimarla” (p. 187).

A pesar de esta derrota legislativa, los ponentes continuaron en su empeño de radicar una ponencia que permitiera el avance del proyecto lo cual solo fue posible hasta el 17 de agosto del año 2005, cuando se radicó la iniciativa 085. Esta vez, el documento contaba con un respaldo más sólido ya que quienes acompañaban la petición eran la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, 40 honorables representantes a la Cámara y 5 senadores de la República. Para la aprobación del proyecto de ley, se tuvo en cuenta que la Constitución Política adoptada en 1991, dispuso en sus artículos 44, 45 y 50, que los niños, niñas, jóvenes y adolescentes eran sujetos de derecho y que estos gozaban de la cualidad de la prevalencia sobre los demás miembros de la sociedad. Luego del trámite constitucional requerido, la Ley 1098 fue sancionada el 8 de noviembre del año 2006 y entró en vigor seis meses después (Vargas, 2006).

Llama la atención las cifras presentadas por Linares y Quijano (2005), quienes trabajaron en la comisión llamada *Alianza por la Niñez* y en el año 2005, bajo el auspicio de la UNICEF y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) publicaron un breve estudio sobre la situación siniestra en la que se encontraba la niñez colombiana bajo la normatividad del Código del Menor o Decreto 2737 de 1989:

- 2,8 millones de niños fuera del sistema educativo.
- 20% de analfabetismo.
- 9 niños y niñas muertos en forma violenta a diario.
- 14.000 niños y niñas víctimas de delitos sexuales.
- Más de 11.000 niños y niñas maltratados en su espacio familiar cada año.
- 2,7 millones de menores explotados laboralmente.
- 2,5 millones de niños y niñas en situación de indigencia.
- 100.000 menores que crecen en instituciones públicas y privadas de protección.
- Más de 10.000 niños y niñas reclutados por grupos armados ilegales.
- 18.000 adolescentes infractores de leyes penales.

- Alrededor de 15.000.000 de niños, niñas y adolescentes sin una legislación que garantice de manera efectiva y eficaz sus derechos fundamentales³.

A pesar de las devastadoras cifras, hubo voces en contra de la promulgación de la nueva ley. Para la presidenta del sindicato de trabajadores del ICBF, María Victoria Forero, la derogación del Código del Menor conllevaba a la pérdida de la capacidad de acción y financiación del instituto y trasladaba a los municipios la responsabilidad de la política de la infancia (Bocanegra, 2008). En la misma tónica, agregó: “Aplicar a los menores el mismo proceso penal de los adultos, niega sus derechos y garantías y los expone a procesos ilegales de limpieza social” (p. 87). En un sentido similar se expresó el presidente de la Asociación Colombiana de Defensores de Familia, quien afirmó que “este código adolece de grandes falencias en cuanto al procedimiento para garantizar, proteger y restablecer los derechos vulnerados de los niños y adolescentes” (p. 87).

No fueron estas las únicas voces de oposición a la promulgación de la nueva normatividad, pero fueron insuficientes ante la evidente necesidad de reformar el Código del Menor, que antaño categorizaba a la niñez y a la adolescencia por el paradigma jurídico de la *Situación Irregular* (Castrillón, 2011). Esta situación preveía que los niños, niñas y adolescentes en condiciones de abandono, indigencia, desprotección o internos en instituciones de protección, estaban regulados por la norma bajo la categoría de irregulares, lo que dejaba un enorme vacío legal en cuanto a otros menores, de diferentes condiciones socioeconómicas que pudieran violar la ley.

Para muchos, el Código del Menor se distinguía por un acendrado formalismo jurídico que se había limitado a ratificar la Convención Internacional de los Derechos de los Niños (expedida por la Organización de Naciones Unidas ONU en 1989) y de la cual Colombia había hecho parte y se comprometió a ratificar las decisiones allí tomadas. Así las cosas, la legislación anterior a la ley 1098 de 2006 consideraba a los niños, niñas y adolescentes como *objetos de compasión y represión*, mientras que lo que se pretendía con la nueva normatividad era transformar ese estado de las cosas y que los menores fueran *sujetos de derechos*, lo que los llevaba al plano de la protección integral de los mismos (Castrillón, 2011).

Esta particularidad del Código del Menor en cuanto a calificar de *situación irregular* la condición de menores infractores atrapados en una vida de miseria y de carencia de oportunidades, se circunscribía en muchas ocasiones a condiciones individuales físico-morales que dieron lugar al nacimiento de la expresión “menores excluidos”. Para Zaffaroni y Pierangeli (1999), “los espacios de vida social reservados a esta categoría eran los llamados *juzgados de menores*, que, bajo el lema de la protección del Estado, buscaban salvar al menor de la delincuencia, la pobreza y la prostitución” (p. 294).

Antes de la promulgación de la Ley 1098 de 2006, conocida ya como la Ley de Infancia y Adolescencia, la categoría jurídica “menor” estaba en una difusa nebulosa ya que no solo aludía a personas que no hubieran alcanzado la mayoría de edad, sino que, en palabras de Castrillón (2011) “se encuentren en estado de abandono físico o moral, vagancia, prostitución o mendicidad: los hijos de persona que esté en la cárcel o presidio por delito cometido y que carezcan de medios de educación o de subsistencia” (p. 93). Esta situación llevaba a que decisiones jurídicas por parte de

³ Las cifras y comentarios se encuentran en los anexos.

los jueces, tendrían su base, según Bourdieu (2001), en “elementos culturales e ideológicos de otros campos como la política, la religión y la economía” (p. 67-169).

Otros hechos ajenos a la promulgación del Código del Menor comenzaron a debilitarlo y a exhibirlo como una herramienta jurídica obsoleta y carente de fuerza para combatir o revertir la grave situación de los menores de edad en Colombia descrita atrás. Uno de estos factores fue el notable incremento en el reclutamiento forzoso de menores de edad llevado a cabo por diversos grupos armados ilegales (guerrilla y paramilitares) en diferentes regiones del país y por distintas motivaciones. Este delito, que había existido incluso desde las guerras de independencia, comenzó a crecer de manera significativa a partir del fracaso de los diálogos de paz establecidos entre las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y la administración del ex presidente Andrés Pastrana Arango. En este sentido, las cifras hablan por sí solas. Según Springer (2012), el 50% de los desmovilizados de la guerrilla de las FARC y del Ejército de Liberación Nacional (ELN) adultos, ingresaron a esos grupos armados ilegales cuando eran menores de edad, es decir, antes de los 18 años. El 38% de los desmovilizados de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), ingresaron a esa fuerza en las mismas condiciones antes descritas (p. 27).

Aparte de esta situación que vulneraba los derechos de los niños, niñas y adolescentes, estaba el hecho de las secuelas que la guerra y el reclutamiento dejaba entre los menores, cuestión que era poco abordada por el Decreto 2737. En este sentido, Carmona y Alvarado (2015), construyen una separación entre los niños soldados (que han combatido y vivido experiencias de carácter bélico) y los niños víctimas de la guerra, los que han visto morir a sus padres o familiares cercanos, los que han padecido el desplazamiento forzoso y el abandono de su casa o finca. Todas estas experiencias debían ser elementos a tener en cuenta en una nueva legislación (en teoría debía ser la Ley 1098) ya que se trataba de “restituir los derechos de los vulnerados a los menores y la creación de condiciones que puedan resignificar su historia y tejer expresiones individuales y colectivas en torno a su lugar como sujetos políticos” (p. 153).

Las iniciativas propuestas por diferentes sectores de la sociedad no encontraban eco en las altas esferas del gobierno y ni siquiera la promulgación de la Carta Política de 1991 fue factor suficiente para impulsar acciones que coadyuvaran en la protección efectiva de los derechos constitucionales de los niños, niñas, jóvenes y adolescentes del país. Tuvieron que pasar tres lustros para que, en medio de numerosas dificultades, entramadas en una evidente carencia de voluntad política, se aprobara la Ley 1098 de noviembre de 2006, mejor conocida como Ley de Infancia y Adolescencia, y se iniciara el recorrido en el camino de proteger a los menores de edad en su condición de sujetos de derechos.

Otro factor que contribuyó a que la nueva ley viera la luz dentro de la normatividad jurídica del país, lo constituyó el hecho de que Colombia había sido signataria de diversos tratados internacionales y regionales que la comprometían en la protección y desarrollo de la infancia. El incumplimiento de la ratificación de los tratados y la negativa a reestructurar las leyes que se consideraban insuficientes u obsoletas para combatir los delitos en contra de los menores de edad, podía traducirse como una grave falta de compromiso y voluntad política por parte del Estado colombiano. De esta manera, los gobiernos de al menos cuatro administraciones (César Gaviria Trujillo, Ernesto Samper Pizano, Andrés Pastrana Arango y Álvaro Uribe Vélez) tuvieron que comprometer parte de su agenda legislativa para intentar poner a tono las leyes colombianas y

actualizarlas con relación a la legislación internacional que trataba los delitos contra los menores de edad, con lo que se creó el ambiente propicio para la promulgación de la Ley de Infancia y Adolescencia.

Ya se ha afirmado antes sobre la influencia que el conflicto armado interno tuvo sobre los niños, niñas, jóvenes y adolescentes del país. El reclutamiento forzado pasó de ser una práctica tolerada en muchas regiones del país y permitida a lo largo de varias etapas de historia de la violencia en Colombia, a ser objeto de condena, no sólo en el ámbito nacional, sino también por parte de la comunidad internacional, que condenaba estos actos como violatorios de las convenciones y tratados promulgados en tal sentido. Tanto los diferentes grupos guerrilleros, como paramilitares, usaron menores de edad para incorporarlos a sus filas y cometer con ellos o hacerlos cometer toda clase de actos delictivos. Luego de la desmovilización de algunos grupos armados ilegales, se pudo constatar la evidencia de que muchos de sus miembros estaban compuestos por menores de edad o adultos que habían sido reclutados cuando eran jóvenes que apenas iniciaban su tránsito por la vida.

Una vez promulgada la Ley de Infancia y Adolescencia en noviembre del año 2006, se inició otro largo y dispendioso proceso consistente en su reglamentación y entrada en vigencia. Con el paso del tiempo, se pudo constatar que la nueva normativa contenía en su propia esencia una serie de contradicciones que ponían en riesgo el espíritu para el que fue creada, es decir, la protección de los derechos constitucionales de los niños, niñas, jóvenes y adolescentes colombianos.

Esto era evidente porque de manera casi simultánea el país había adoptado el Sistema Penal Acusatorio a partir del Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002. El nuevo sistema permitía las negociaciones entre el ente acusador, en este caso la Fiscalía General de la Nación y el acusado, lo que le daba un proceso celeridad al paquidémico sistema judicial vigente hasta ese momento. Sin embargo, estas negociaciones, al menos en el caso de la Ley de Infancia y Adolescencia, estaban taxativamente prohibidas en el numeral 7 del artículo 199, el cual reza textualmente: “No procederán a las rebajas de pena con base en los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 904 de 2004”⁴. Esta aparente contradicción comenzó a generar roces entre la llamada *justicia premial* y la normatividad de la Ley 1098, ya que podían darse casos de impunidad ante una eventual anulación de negociaciones llevadas a cabo por la Fiscalía y los acusados o imputados por delitos sexuales en contra de los niños, niñas, jóvenes y adolescentes.

Con el fin de esclarecer mejor lo que se conoce como la Justicia Premial, en el apartado siguiente se trabajará la contextualización pertinente sobre la aparición de esta en el ámbito jurídico internacional y nacional, su evolución normativa y su aplicación dentro del sistema judicial en Colombia.

⁴ Ley 1098 de 2006, artículo 199, numeral 7.

Capítulo 2

2.1 Concepto de justicia premial, antecedentes y excepciones contempladas en el numeral 7, del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

A lo largo de su existencia, el ser humano generó leyes, decretos, disposiciones y toda clase de normas, que buscaban impartir justicia de manera pronta y eficaz y mantener el orden y los contratos sociales que se hubieran pactado en cada época. Hay que recordar que, como todo aspecto del ser humano, la justicia fue evolucionando en la medida que avanzaba la condición racional de la humanidad y que los delitos y los delincuentes han sido tratados con mayor o menor severidad de acuerdo a innumerables factores. Con el paso de los siglos, la capacidad social del hombre fue abarcando espacios más significativos y comenzaron a surgir unas estructuras sociales cada vez más complejas. De ser un grupo de homínidos con apenas algunas habilidades manuales, los primitivos humanos pasaron a convertirse en seres capaces de organizarse socialmente y de expresarse racional, artística y emocionalmente, esto en parte a su capacidad de adaptación y como válvula de escape a la angustia generada por el entorno, que siempre era peligroso y atemorizante (Velasco, 2004).

Como pudo apreciarse con anterioridad, la Ley de Infancia y Adolescencia fue promulgada en noviembre del año 2006, apenas cuatro años después de la entrada en vigencia del Sistema Penal Acusatorio. Con la promulgación de la Carta Política de 1991, el espíritu de la nueva Constitución buscaba la adopción de un sistema acusatorio que mantuviera la separación entre las funciones de acusación y las de juzgamiento, cuestión que estaba vigente en el Código de Procedimiento Penal de 1987, en donde existían las figuras de los jueces de instrucción criminal y los jueces de conocimiento. En ese sentido, se le dio a la Fiscalía General de la Nación las funciones de investigación y acusación, sin dejar de ser parte del proceso penal, por lo que la oralidad fue la orientación del nuevo sistema y se permitió la participación de otros sujetos procesales como la parte civil, la Procuraduría General de la Nación, entre otros (Riveros-Barragán, 2008).

Una concepción moderna del Derecho, según Latorre (1985), lo define como “un conjunto de normas de conducta obligatorias establecidas o autorizadas por el Estado mismo y respaldadas por su poder” (p. 15). Sin embargo, se trata de una definición moderna, dentro del esquema de un Estado moderno, pero los comienzos del Derecho y de la justicia premial se remontan a las épocas muchos más antiguas y allí no mediaba la intervención del Estado. Para Ulloa (2010), se “administraba justicia a través del tabú (desgracia divina), venganza privada (justicia por mano propia), destierro, Ley del Talió (ojo por ojo, diente por diente) o la *compositio* (pago en dinero)” (p. 11). De acuerdo a la gravedad de la ofensa, se podía negociar entre el azotamiento del agresor o el pago de un precio como una manera de compensar el daño causado. Cabe aclarar que para entonces quien castigaba directamente al infractor era únicamente el agredido.

Sin querer, muchos autores caen en la trampa de pensar a las sociedades antiguas como primitivas, términos que son completamente diferentes. Se puede tomar como ejemplo la ya mencionada Ley del Talió, cuya concepción se piensa equivocadamente judía (es mesopotámica) y sus principios más conocidos fueron recogidos en el Código de Hammurabi, rey babilonio del segundo milenio antes de Cristo. Para Escobar-Córdoba (2008), el cuerpo de leyes recogido en dicho código “reúne por lo general un catálogo de problemas jurídicos, expresados en forma de condicionales: si se presenta cierta situación (prótasis), entonces debe ocurrir alguna consecuencia

(apódosis)” (p. 83). De otra parte, los códigos babilónicos establecen claras diferencias entre dolo, culpa y caso, lo que da a entender que el concepto jurídico, en la región y en la época mencionada, no era tan *primitivo* como se ha dado a entender.

Durante la era de Roma y a lo largo de sus etapas políticas (Monarquía, República e Imperio) se implementó el mismo sistema de la venganza privada, con la diferencia que el agresor, además de pagar una cantidad al perjudicado, debía también cancelar una suma a la autoridad pública y de ese modo recuperaba la seguridad pública. De esta manera se buscaba disminuir los pleitos entre los ciudadanos. La figura de la negociación en el Derecho Romano únicamente procedía cuando los hechos que generaban la ofensa eran leves, es decir, contra particulares, ya que aquellos dirigidos en contra de las Instituciones o las autoridades romanas, eran castigados con la pena de muerte o el exilio. En el primer caso, los perjuicios se reparaban con una compensación pecuniaria acordada por las partes (Garcés, 2007).

La caída del Imperio romano⁵ implicó la adopción de muchas de sus instituciones en los nuevos reinos europeos propios de la Edad Media. El sistema de gobierno ejercido por los reyes de la época fue el de la monarquía absoluta, en donde el soberano concentró para sí los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. En el caso de este último, no sólo tenía la capacidad de investigar y juzgar, sino también de castigar y decidir la forma del castigo. Como era habitual, la autoridad del Rey era la autoridad de Dios, por lo que cualquier acto en contra del monarca se consideraba una ofensa hacia Dios, lo que dio pie a la confusión entre pecado y delito y a castigar al reo o acusado de forma inhumana, degradante y desproporcionada, con el único fin de liberar al condenado de sus culpas, para que quedara en paz su pobre alma y pudiera reconciliarse con Dios (Foucault, 1998).

La Edad Moderna va a dar por terminados muchos de los paradigmas jurídicos del medioevo. A partir de la promulgación de nuevas concepciones filosóficas sobre la naturaleza del ser humano y el poder, surgió el Contrato Social que va a quitarle al soberano la potestad de juzgar y castigar para entregársela al recién surgido concepto del Estado Moderno. En Francia, cuna del movimiento de la Ilustración, diversos pensadores teorizaron sobre el castigo y las penas. En *El Espíritu de las Leyes*, Charles Louis de Secondat, mejor conocido como Montesquieu (2001), afirmó: “toda pena que no se derive de la necesidad, es tiránica; la ley no es un mero acto de poder y las cosas indiferentes no le incumben” (p. 282). En un sentido similar se expresó Bentham (1826) cuando aseguró: “La mayor utilidad, o por lo menos decir, la necesidad, es lo que justifica la pena” (p. 9).

Los cambios sociales de la Edad Moderna, representados en el aumento de la población y su paulatino aglutinamiento en complejos urbanos, multiplicaron los delitos y, por ende, la aplicación de las penas y castigos, que como ya se dijo, comenzaron a exigir un nuevo marco jurídico, alejado de tormentos crueles y de penas exageradas, recurriendo a ellas como última instancia. Es por eso que “necesidad” va a ser la palabra clave en cuanto a la aplicación de la ley, ya que los pensadores modernos e ilustrados abogaban más por la prevención y no por el castigo. Con la caída de la monarquía francesa y el establecimiento de la República, tanto en Francia como en otras partes del mundo brotaron documentos históricos que van a respaldar esta afirmación.

⁵ Ocurrida en el año 476 d.C.

Por citar algunos, están la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776) y la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), surgidos en el contexto de la guerra de independencia de las 13 colonias frente a Inglaterra y la Revolución Francesa, respectivamente (Ulloa, 2010).

Para el siglo XIX, el Estado se convirtió en el titular indiscutible de la sanción penal y el castigo más frecuente fue la pena de prisión. De manera gradual y en la medida en que los países europeos fueron consolidando la idea del Estado-Nación, en donde el ciudadano fue convirtiéndose en sujeto de derechos, se fue imponiendo la idea de la reclusión aunada a un proceso de resocialización, aunque con las limitaciones inherentes a la época. Como ejecutor de la pena, el Estado, para Sandoval (1996), “fundamentó la imposición y ejecución de la pena, por tanto, sus fines fueron, en primer lugar, de corrección al condenado, y segundo, de intimidación a la colectividad” (p. 77).

A finales del siglo XIX y comienzos del XX, en Inglaterra, Italia, Alemania y España, comenzaron a surgir jurisprudencias que documentaban negociaciones o acuerdos entre los órganos de justicia y los acusados o imputados. Si bien esta práctica no era nueva, las condiciones eran, cuando menos, novedosas, ya que antaño a algunos reos se les conmutaba una pena de muerte por una de destierro o prisión a cambio de alguna delación, pero ahora se trataba de acuerdos en los que una sentencia podía verse sustancialmente reducida. En el caso italiano, es notorio el caso del *patteggiamento*⁶, un acuerdo entre el imputado y la autoridad judicial, que normalmente se traducían en la rebaja de penas de prisión. Como se verá más adelante, las negociaciones entre el imputado o acusado y la Fiscalía de Colombia, tuvieron origen en el Código de Procedimiento Penal italiano, en donde las partes solicitaban al juez una pena determinada en su clase, que bien podría ser sustitutiva, económica o de prisión (Sintura Varela, 2004).

Para el caso alemán, los castigos inhumanos y el desprecio por la dignidad del reo fueron desterrados desde el siglo XVIII durante el reinado de Federico El Grande de Prusia. En adelante, el *Reich*⁷ alemán comenzó a considerar al acusado no como un simple reo sino como un sujeto procesal asistido de derechos y con la posibilidad de defenderse en un juicio público. Esta línea se mantuvo durante la Primera Guerra Mundial y en la República de Weimar (1919-1933). Durante el Tercer Reich (1933-1945), hubo una notoria decaída del Estado de Derecho debido a la dictadura nazi. A partir de 1949, la legislación alemana retomó el cuerpo jurídico anterior e introdujo una gran cantidad de disposiciones que buscaban garantizar los derechos procesales y acelerar los procesos judiciales. En ese sentido, surgió el término *absprache*⁸ que tenía como base la confianza y formalizaba una confesión que era valorada por el tribunal como el medio de prueba general para su culpabilidad. Es necesario aclarar que durante la división de Alemania entre la República Federal Alemana (RFA), de corte capitalista y la República Democrática Alemana (DRA) hasta 1989, lo anteriormente aplicó para la RFA. Con posteridad a la unificación, el cuerpo jurídico alemán ha ratificado su carácter garantista (Roxin, 1982).

⁶ Negociación.

⁷ Imperio.

⁸ Acuerdo o concertación.

El sistema penal de Estados Unidos está basado en el derecho anglosajón heredado de Inglaterra y se conocía con el nombre de *Common Law*. Hay que enfatizar brevemente que Inglaterra centralizó el poder político en un solo monarca mucho antes que otros países europeos, lo que le permitió la promulgación de un cuerpo jurídico único a toda la geografía de la isla. Esta forma de derecho se trasladó junto con los peregrinos que fundaron las 13 colonias a lo largo del siglo XVII. Sin embargo, otros países colonizaron Norteamérica y dejaron su impronta en el derecho estadounidense como es el caso de Francia y España, por citar dos casos (Morineau, 2004).

Ahora bien, Cassel Douglas (2005), citando a la Suprema Corte de Estados Unidos afirma que “en el proceso penal norteamericano es la oportunidad y no la legalidad la base del proceso penal” (p. 357). Al respecto, el máximo tribunal estadounidense aclaró:

“En nuestro sistema de justicia penal, el Gobierno conserva una “amplia discreción” en cuanto a quién enjuiciar (...) Siempre que el fiscal tenga causa probable para creer que el acusado cometió un delito definido por la ley, la decisión de enjuiciar o no, y qué el cargo de presentar o llevar ante un gran jurado, generalmente depende completamente de su discreción ” (Estados Unidos de Norteamérica, 1985, p. 607-608. La cita se encuentra en inglés originalmente).

En pocas palabras, el ente acusador tiene amplísimas facultades para perseguir o no las conductas punibles lo que lo legitima para negociar acuerdos con los imputados o acusados bajo la figura del *pleabargaining*, que según Fernández (2010) “permite por medio de pactos, negocios, consensos o preacuerdos entre el Fiscal, el imputado y su defensor, salgan rápidamente del sistema” (p. 412). Bajo esta figura, el acusado se declaraba culpable en busca de una sentencia menos severa.

En Colombia, los antecedentes legislativos del derecho premial surgen con la Ley 2 del 16 de enero de 1984 en su artículo 34, donde se estableció una rebaja de la pena de una tercera parte a la mitad al partícipe que aporte pruebas para establecer responsabilidad en el hecho ilícito. La Ley 30 del 31 de enero de 1986, estableció el Estatuto Nacional de Estupeficientes, donde se dispuso que a la persona que denuncie con pruebas idóneas a los posibles autores, cómplices o encubridores se le podría disminuir la pena de la mitad a las dos terceras partes (artículo 45). Un año más tarde, se expidió el Decreto 1631 del 27 de agosto, en donde se reguló la atenuación de la responsabilidad por colaboración eficaz.

Con el Decreto 2700 de 1991, se estableció la rebaja por confesión en flagrancia, beneficios por colaboración eficaz y audiencia especial. En la Ley 40 del 19 de enero de 1993, se adoptó el estatuto nacional contra el secuestro y en su artículo 17 exponía los beneficios por colaboración eficaz al esclarecimiento de los hechos punibles o a la captura de las personas responsables. En este mismo año, se promulgó la Ley 81, que consagró la confesión y la colaboración eficaz con la administración de Justicia.

A través de la adopción de la Ley 600 de 2000, se estableció la figura de la sentencia anticipada (Ley 600, 2000, artículo 40), que reconocía una reducción en la pena a quien reconociera su responsabilidad en el hecho punible, igualmente consagró la confesión como mecanismo de reducción de la pena en los casos de flagrancia (Ley 600, 2000, artículo 40) y finalmente, el sistema inquisitivo destinó el título II para hablar acerca de los beneficios por

colaboración eficaz con la justicia. Obviamente, había que cumplir ciertos requisitos previos a su otorgamiento como:

- La identificación de los cabecillas de la organización delictiva y la demostración de su responsabilidad.
- Identificación de bienes y/o fuentes de financiación de dicha organización delictiva y que produzcan su incautación.
- Localización de la persona secuestrada o desaparecida o la entrega de pruebas que conlleven a discernir la responsabilidad penal del determinador, cabecilla, director o promotor del concierto para cometer delitos o de asociación organizada (Ley 600, 2000, art. 413).

Quienes colaboraran, podrían recibir uno o varios beneficios consistentes en:

- La disminución de una sexta o hasta una cuarta parte de la pena de la sentencia que se le impusiera al sindicado.
- La sustitución de la detención en centro carcelario por detención domiciliaria.
- Sustitución condicional de la pena.
- Libertad condicional.
- Incorporación a un programa de protección a testigos, bajo la aprobación de un Juez de la República competente para el caso.

En el Sistema penal acusatorio incorporado con la Ley 906 de 2004, el legislador constituyó todo un título especial para preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía General de la Nación y el imputado, contemplados en los artículos 348 al 354 del Código de Procedimiento Penal, que buscaban humanizar toda la actuación procesal y al mismo tiempo, la pronta y cumplida justicia y la reparación integral a las víctimas que habían sido expuestas a la afectación de alguno o varios bienes jurídicos tutelados.

La contextualización anterior permitió establecer con claridad que de acuerdo con la Constitución Colombiana, y los estándares internacionales, los derechos de los menores de edad tienen prevalencia sobre los derechos de los demás ciudadanos y que para garantizar esa prevalencia, entre otros, se promulgó la Ley de Infancia y Adolescencia, que reafirmaba la responsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado en la materialización de la protección de los niños, niñas y adolescentes, para que pudieran vivir en condiciones de dignidad.

Sin embargo y como podrá verse a lo largo del desarrollo subsiguiente, es evidente que pesar de la emisión de sendas condenas no se ha logrado encontrar una solución, ni disminuir la tendencia al alza en los delitos sexuales contra menores de edad. Tampoco el aumento en las penas de prisión ha permitido aminorar tales conductas y a pesar de que se prohíben los beneficios en el Código de la Infancia y Adolescencia, es un hecho que estas medidas no han logrado la disminución de los casos, por el contrario, y tal como se verá a continuación, las cifras indican que estos se han incrementado.

Durante el quinquenio 2010-2015, el mayor número de mujeres valoradas por presunto delito sexual, fueron las menores entre los 10 y los 14 años de edad. La ya de por sí preocupante cifra es confirmada por el hecho de que el segundo grupo por este tipo de violencia fue el de las

niñas en el rango de 5 a 9 años, un tercer grupo entre los 0 y 4 años y, por último, las adolescentes entre los 15 y 17 años. Para el primer grupo, los casos ascendieron a 42.021, para el segundo, 23.862, el tercero 11.629 y el cuarto 12.910, lo que quiere decir que en un lustro en donde ya estaba vigente la Ley 1098, en Colombia se denunciaron casi 90.000 casos de abuso sexual, sin contar los no denunciados, que no hacen parte de las estadísticas (Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2018, p. 74)⁹.

Si se retrocede en el tiempo, las cifras no mejoran. Entre el año 2007 y el año 2009, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, practicó un total de 49.711 dictámenes por abuso sexual en contra de niños, niñas y adolescentes en los mismos rangos de edad anteriormente mencionados. Las principales víctimas fueron de sexo femenino entre los 10 y 14 años, seguidas por el grupo de niñas entre los 5 y 9 años, 15 a 17 años y 0 a 4 años (Ministerio de la Protección Social, 2010, p. 30)¹⁰. Es de resaltar que también hay niños y adolescentes masculinos abusados, pero constituyen una minoría frente a la gran cantidad de casos registrados entre el sexo femenino. De igual forma, la conclusión evidente es el aumento progresivo de los casos de abuso sexual cometidos contra menores, sin que la legislación haya servido como factor disuasivo en la prevención de estos actos.

Con anterioridad a la expedición de la Ley de Infancia y Adolescencia, las cifras mostraban tendencias similares. Según el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF (2002), en el año 2001, el Instituto de Medicina Legal llevó a cabo 13.352 dictámenes para determinar abuso sexual. De esta cifra, 86% de las pruebas correspondieron menores de 18 años. Como se ha podido constatar a lo largo de este apartado, las principales víctimas eran niñas de 10 a 14 años, siendo el 37% de los casos; seguían las menores de 5 a 9 años (25%), 15 a 17 años (14%) y, por último, las menores de 0 a 4 años (10%). Además, para la época del estudio, la misma institución advertía sobre el incremento en las denuncias, ya que en 1997 hubo 10.716, que pasaron a 12.485 en 1999 y se ubicaron en 13.352 para el año 2001 (p. 40). Es de aclarar que, aunque no se encontraba vigente la Ley 1098, las normas pertinentes se encontraban contempladas en el Código del Menor y la Constitución Política de 1991 que como ya se indicó, había elevado a la categoría de prevalentes los derechos de los niños, niñas y jóvenes.

Otro aspecto poco resaltado en las cifras oficiales tiene que ver con los menores de edad víctimas de abuso sexual en el marco del conflicto armado colombiano. Aparte del Instituto de Medicina Legal, la organización privada sin ánimo de lucro PROFAMILIA, es una de las instituciones más consultadas en lo que tiene que ver con cifras de abuso sexual en Colombia, no sólo en un nivel privado o familiar, sino dentro del marco de conflicto armado interno en el país. Desde 1990, PROFAMILIA ha llevado sus cifras a través de la encuesta ENDS (*Demographic and Health Survey*, por sus siglas en inglés) en periodos de cinco años. Según Roth, Guberek y Hoover (2011), PROFAMILIA publicó un estudio en donde se reveló que de las mujeres en “edad fértil”, es decir, entre los 15 y 49 años, al menos el 6% de ellas habían afirmado ser víctimas de abuso sexual durante el conflicto armado (p. 50).

⁹

Disponible

en

<https://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/40473/Gu%C3%ADa+para+el+abordaje+forense+integral+en+la+investigaci%C3%B3n+de+la+violencia+sexual.pdf/dc71e689-7d7d-5407-2408-b550065bf397>

¹⁰ Disponible en <http://bdigital.unal.edu.co/45579/1/laviolenciasexualencolombia.pdf>

De otra parte, el Centro de Memoria Histórica (CMH, 2018) ha sido enfático en presentar un aumento considerable de los abusos en contra de los niños, niñas y adolescentes, ya que aparte de ser utilizados como combatientes, son usados como mensajeros, informantes, cocineros o para labores de inteligencia que incluyen, en gran número de casos, actividades de tipo sexual. Esta victimización se ha dado en dos vías: de una parte, los niños, niñas y adolescentes son violados, abusados y utilizados en prácticas sexuales aberrantes, como felaciones, violaciones grupales, entre otras; de otra, estos mismos jóvenes son obligados a ser testigos de estos actos en contra de sus padres, hermanos, primos o compañeros de escuela. Esta práctica lleva consigo una revictimización de la juventud, ya que se sufre del miedo a ser víctimas de los actos que presencian y no cuentan con las herramientas emocionales para superar el duelo y el pánico que estas situaciones producen en su personalidad (p. 37-38).

El nacimiento del siglo XXI fue testigo del incremento de los casos de violencia sexual en el marco del conflicto armado al presentarse una media de 1.000 casos entre el año 2000 y el año 2005. En adelante y hasta 2015, el número se reduce a un promedio de 320 casos. Aquí, llaman la atención las cifras presentadas por ONU MUJERES (2016) en donde nuevamente se resalta lo antes afirmado en el sentido que un grupo importante de las víctimas de abuso sexual, dentro y fuera del contexto del conflicto armado interno, son niñas entre los 10 y 14 años (382 por cada 100.000 habitantes) y las menores entre los 5 y 9 años (187 de cada 100.000 habitantes) (p. 26-27).

Por último, el Gobierno de Colombia (2017), afirmó que a noviembre del año 2016 y según el Registro Único de Víctimas (RUV), 17.285 personas habían denunciado haber sido víctimas de delitos contra la libertad y la integridad sexual en el marco del conflicto armado interno. De estas personas, algo más de 15.000 eran mujeres y el 3% de ellas eran adolescentes entre los 12 y los 17 años y el 1% niñas entre los 6 y 11 años (p. 9)¹¹.

El contraste de las diferentes cifras y fuentes es contundente. Lejos de disminuir, la violencia y la comisión de delitos sexuales en contra de niños, niñas y adolescentes en Colombia, ha visto un crecimiento sostenido, al menos hasta el año 2016. A pesar de los esfuerzos de diversos gobiernos y de diferentes sectores políticos, judiciales, académicos, sociales y civiles para endurecer las penas a quienes cometan delitos en contra de la libertad y la integridad sexual de los y las menores de edad, los resultados en cuanto a la disminución de este tipo de conductas no son evidentes. Ahora bien, en el caso de los delitos sexuales cometidos en el marco del conflicto armado interno, la sensación de impunidad ha sido un factor determinante para que los victimarios continúen cometiendo estas trasgresiones, ya que encuentran un clima propicio para seguir delinquiendo. Por un lado, las instituciones del Estado creadas para recibir las denuncias no están presentes en muchas partes de la geografía del país y según Orduz (2015), “las víctimas de violencia sexual además de ser victimizados por sus agresores directos, también pueden llegar a serlo por el sistema de atención, sus familias y comunidades” (p. 180). Aunado a lo anterior, se encuentran factores que dificultan la denuncia, como son las amenazas, las represalias, los corregimientos y veredas apartadas de los aparatos de administración de justicia, la instrumentalización de los y las menores de edad como botín de guerra, entre otros.

¹¹ Disponible en <https://colombia.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Mujeres%20V%C3%ADctimas%20de%20Violencia%20Sexual%20Col.pdf>

Además, muchos grupos armados ilegales continúan ejerciendo presencia en territorios donde las víctimas no tienen el acompañamiento necesario para instaurar las denuncias respectivas, por lo que estas prefieren guardar silencio frente a los hechos de violencia, con lo que se genera una total impunidad. En un informe de Amnistía Internacional AI (2011), el organismo afirmaba que la violencia sexual en el marco del conflicto no solía ser denunciada y enumeraba razones como que las instituciones del Estado encargadas de tal fin no eran competentes, ya que el Instituto de Medicina Legal sólo llevaba registros de los exámenes físicos realizados y dejaba de lado las denuncias en donde no hubiera sido posible acceder al chequeo médico correspondiente, por lo que aseguraban que “el problema [los abusos sexuales] estuviera gravemente subestimado” (p. 14). En el mismo Informe, AI aseguraba que el número de exámenes practicados por presunta comisión de delitos sexuales se había casi duplicado entre el año 2000 y el año 2011¹².

Esta percepción de la impunidad no es exclusiva de las víctimas del conflicto armado interno. Sin embargo, es pertinente aclarar que el término impunidad es demasiado amplio en el campo jurídico y un breve análisis de su significado y sus dimensiones sería conveniente. Habría que decir entonces que la impunidad se entiende como un concepto aunado a la carencia de eficacia dentro del Derecho Penal para tener bajo control los índices de criminalidad (Barreto y Rivera, 2009). En un mismo sentido, la Comisión Colombiana de Juristas (2007) aseveró que la impunidad se entendía como la inexistencia de responsabilidad penal por parte de los autores de las violaciones, “así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas. (p. 37).

Para Ambos (1999), citado por Riaño y Mejía (2014), existen cinco impunidades procesales:

- a. Impunidad fáctica, que es la que se genera por ausencia de denuncia.
- b. Impunidad investigativa, que se da en el caso que no haya investigación de los hechos o que se lleve a cabo de manera ineficiente.
- c. Impunidad por congestión, dada por la sobrecarga de procesos en el sistema judicial.
- d. Impunidad legal, cuando el legislador promulga normas especiales en determinados casos.
- e. Impunidad delictuosa, cuando no se respeta la función de cada uno de los actores (p. 170).

Dicho esto, varios autores afirman que la medición de la percepción ciudadana sobre la impunidad es complicada, ya que las cifras son dispersas, la medición se hace a través de encuestas y no con base en las sentencias judiciales y que la impunidad social, definida así por Norza, Peñalosa, Coronado, Duque y Castro (2016) como “la cantidad de denuncias que nunca llegan a la Policía o al sistema judicial y que se origina en la llamada *criminalidad oculta*” (p. 41), sólo puede ser medible por los medios anteriormente citados, lo que siempre genera un sentimiento de inseguridad en la ciudadanía, en la confianza de los victimarios y en la percepción negativa que se tiene sobre la Rama Judicial.

Ahora, con base en las sentencias judiciales o en los procesos llevados a cabo por la Fiscalía y que han podido cuantificarse, la impunidad es creciente. La Corporación Sisma Mujer

¹² Disponible en <https://www.amnesty.org/download/Documents/20000/amr230312012es.pdf>

(2011) denunciaba en su momento que una gran cantidad de casos de delitos sexuales que estaban siendo archivados por la Fiscalía General de la Nación por motivos como la imposibilidad de establecer la identidad de los agresores, el tiempo transcurrido entre la ocurrencia del posible delito y la denuncia, la falta de credibilidad de los testigos o víctimas (especialmente si se trataba de menores de edad) y los pre acuerdos con los imputados o acusados. Según la Corporación, entre el año 2005 y el año 2010, en el caso de delitos contra la Libertad, integridad, y formación sexual, la Fiscalía “recibió 24.716 denuncias asignadas a esa Unidad, de las cuales se habían evacuado para el año 2010 un total de 12.273, de las cuales (sic) 10.209 lo fueron por decisión de archivo de las diligencias” (p. 27). A partir de estas cifras, se puede observar que el 90% de las denuncias atendidas por el ente acusador fueron archivadas y tratándose de denuncias por casos de violencia sexual en contra de mujeres y niñas, para la Corporación Sisma Mujer esta situación estaba contribuyendo a agravar la percepción de impunidad.

En esta misma línea, los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y los imputados o acusados están generando factores de impunidad, ya que a pesar de que la Corte Constitucional en su sentencia C-516 de 2007 resaltó el hecho de que la víctima fuera parte activa del proceso y se le permitiera intervenir en la celebración de acuerdos y negociaciones, en la práctica no ha resultado ser así y a las víctimas se les margina del proceso o cuando se les permite su participación, los imputados o acusados terminan por desistir de los preacuerdos, prefiriendo ir a juicio con la certeza o la alta expectativa de salir airosos en el proceso penal (Corporación Sisma Mujer, 2011).

Existe una evidente presión social para los jueces y fiscales que deben adelantar los procesos, ya que la Ley 1098 coloca en cabeza de la sociedad, la familia y el Estado quienes la responsabilidad de la protección de los derechos de los menores, por lo que sobre ellos recae la responsabilidad de castigar a los presuntos responsables, para los cuales, según la misma Ley en su artículo 199, numeral 7, no existe ninguna posibilidad de acuerdo o negociación en caso de ser imputados como victimarios en los delitos de abuso sexual en contra de niños, niñas y jóvenes (Uribe, 2011).

El hecho de que los acusados o imputados escojan la vía del juicio ha repercutido de manera sensible en la administración de justicia, ya que la sobrecarga del sistema judicial ha ralentizado la conclusión de los procesos en uno u otro sentido. Además, como no se obtienen beneficios por terminación anticipada, con el consecuente desgaste del aparato jurídico del Estado, también se han generado, en palabras de Rojas (2016), “graves componentes de impunidad, como por ejemplo la concesión de libertad a los imputados al vencerse los términos en las medidas de aseguramiento y, en los casos más graves, al presentarse la prescripción extintiva de la acción penal” (p. 9). El mismo autor hace énfasis en la importancia que tienen los testimonios de las víctimas, especialmente en los casos relacionados con los delitos en contra de la libertad sexual, ya que, en muchos casos, y tal como se afirmó antes, los funcionarios judiciales omiten con frecuencia la inclusión de estas pruebas en los momentos del interrogatorio y el contrainterrogatorio, lo que ha llevado a la revictimización del o la agredida al concluir el proceso en sentencias absolutorias para el acusado.

Algunos estudios muestran con contundencia que medidas de otra índole hubieran podido ser más efectivas. Por ejemplo, Rico y Salas (1998), afirman que “una efectiva disminución de la delincuencia está relacionada más con las mayores posibilidades que tienen los delincuentes de ser detenidos, juzgados y condenados que por el miedo a un hipotético castigo” (p. 184). Esto hubiera sido posible si se hubiera dotado al aparato judicial con los recursos técnicos, tecnológicos y profesionales adecuados, representados en aparatos de última tecnología, bases de datos para perfilar posibles abusadores sexuales, profesionales en Ciencias Forenses y actualizaciones constantes relacionadas con este tipo de delitos. De igual forma, hubiera sido deseable incrementar el personal en número y capacidad idónea para desarrollar actividades que tuvieran que ver con la resolución de casos de violencia sexual a menores. En palabras de Zúñiga (2009), “los conocimientos criminológicos ponen el énfasis de la prevención en las circunstancias previas a la comisión del delito y en las circunstancias consecutivas de este, esto es, *en la certeza y prontitud de la intervención penal* (p. 15).

La honorable Corte de Suprema (2013) también se pronunció al respecto en el marco de una sentencia de casación penal el 27 de febrero de 2013:

*Así, frente a un sistema ineficiente, congestionado y desfigurado en algunos de sus componentes, preocupa la posibilidad de un colapso que conlleve al fracaso del sistema, el cual la Sala se rehúsa a admitir. No solo porque las bondades que el modelo representa en términos de garantías son innegables —por citar algunos referentes: primacía de la libertad, reserva judicial para la afectación de derechos fundamentales, amplitud del ejercicio del derecho de contradicción y mayor protección a las víctimas. Si se toma en cuenta lo anterior y de acuerdo a las cifras y datos analizados con anterioridad, casi todos los tipos de impunidad se presentan en los casos de delitos sexuales cometidos en contra de los menores de edad. Se pudo constatar que existe ausencia de denuncia (impunidad fáctica), investigaciones inconclusas (impunidad investigativa), escasez de personal de la Rama Judicial para atender los casos, especialmente en las regiones apartadas de la geografía nacional (impunidad por congestión) y revictimización engranado y provisto de las herramientas adecuadas, el modelo escogido está en capacidad de lograr el objetivo de consolidar una administración de justicia penal eficaz y eficiente. (...) No obstante, haciendo abstracción de dicha realidad y denotando una absoluta falta de consistencia en la política criminal —caracterizada por ser reactiva; carente de fundamentación empírica; incoherente; alejada de una perspectiva de derechos humanos; tendiente al endurecimiento de penas; poco reflexiva frente a los desafíos del contexto colombiano y subordinada a la política de seguridad, las iniciativas legislativas en materia penal y procesal penal, a la batuta de un exacerbado populismo punitivo, han venido restringiendo las posibilidades de aplicación de mecanismos de justicia premial, sin considerar que, lejos de avanzar en el afianzamiento de una pronta, cumplida y adecuada justicia, están perjudicando la funcionalidad del sistema y consolidando su **inoperancia** [negrilla en el original] (Corte Suprema de Justicia, Casación Penal, 27 feb. 2013, proceso No. 33254, J.L. Bustos).*

Esta reflexión del alto tribunal estaba encaminada a llamar la atención sobre algunos de los aspectos que hasta ahora se han enumerado a lo largo de la presente investigación, es decir, la dificultad de lograr una justicia eficaz en el marco de la promulgación de la Ley 1098 de 2006.

La Corporación Excelencia por la Justicia CEJ (2013), también reconoció la problemática generada con las excepciones en la Justicia Premial.

Estas reformas desnaturalizaron el sistema penal acusatorio, con el que se pretendía que la mayoría de procesos terminaran de manera anticipada, para lo cual se previeron diversos instrumentos normativos, entre ellos, los beneficios derivados por la aceptación de cargos y los preacuerdos con la Fiscalía. En efecto, fue con fundamento en este supuesto que se justificó el aumento de las penas de todos los delitos del Código Penal, medida que se concretó con la expedición de la Ley 890 de 2004. También fue esta la hipótesis en la que se basó la estimación de los requerimientos de recursos y talento humano necesarios para la implementación del sistema acusatorio, así como la proyección de

los beneficios de la reforma penal. Por ello, más que cuestionar per se la eliminación o reducción de las rebajas de penas como opción político criminal, lo que resulta inaceptable es que estos cambios se hayan realizado sin contemplar los efectos sobre la carga de trabajo de los funcionarios y los requerimientos de infraestructura y recursos de las entidades. En efecto, si en su momento se consideró que con los beneficios punitivos se iban a reducir los casos que tendrían que llegar hasta juicio oral, lo lógico es que si esos beneficios se reducían o eliminaban se iban a multiplicar los casos que tendrían que agotar todo el trámite procesal para llegar a una sentencia. El impacto de las reformas se concentra especialmente en la Fiscalía, que se ve obligada a agotar todos los esfuerzos investigativos que permitan desvirtuar la presunción de inocencia en el juicio oral, camino en el cual puede encontrarse con varios obstáculos que juegan a favor de la impunidad” (Primera Entrega).

En virtud a la excepción prevista en el numeral 7, del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 y que esta situación se ha convertido en la piedra del zapato en la obtención de una justicia eficaz y reivindicativa de derechos vulnerados a los menores de edad. Citando nuevamente a Rojas (2016), “el *populismo punitivo* no ha surtido ningún efecto, por lo que la situación de colapso en la justicia es cada vez peor” (p. 19). Las fuentes y las cifras citadas dan cuenta de un aumento progresivo en los casos y no existe persuasión suficiente para evitar que estas conductas mantengan su ritmo anual de expansión. Ahora bien, esta situación ha llevado a que la impunidad no solo crezca de manera cuantitativa, sino que además exhiba un carácter cualitativo en todas sus facetas (fáctica, legal, investigativa, por congestión y delictuosa).

2.2. Excepciones consagradas en el numeral 7, del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006

Las excepciones contempladas en la Ley de Infancia y Adolescencia se enumeraron taxativamente en el numeral 7, del artículo 199. El Congreso de la República (2006) expidió el documento definitivo que rezaba de la siguiente manera:

Artículo 199. Beneficios y mecanismos sustitutos. 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, se aplicarán las siguientes excepciones:

No procederán las rebajas de pena con base en los "preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado", previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.

Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.

Parágrafo transitorio. En donde permanezca transitoriamente vigente la Ley 600 de 2000 cuando se trate de delitos a los que se refiere el inciso primero de este artículo no se concederán los beneficios de libertad provisional garantizada por caución, extinción de la acción penal por pago integral de perjuicios, suspensión de la medida de aseguramiento por ser mayor de sesenta y cinco (65) años, rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; ni se concederán los mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de pena, y libertad condicional. Tampoco procederá respecto de los mencionados delitos la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio subrogado legal, judicial o

administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal siempre que esta sea efectiva (p. 55).

La posibilidad de que la Fiscalía y el acusado o imputado pudieran llegar a un preacuerdo o negociación no era nuevo en la legislación colombiana, ya que desde 1993 existía la Ley 81, mejor conocida como Ley de sentencia anticipada (Riveros-Barragán, 2008). Sin embargo, es necesario contextualizar algunos momentos que darán una idea más clara de lo que se conoce como la justicia premial y su influencia en la legislación colombiana.

La institución jurídica del preacuerdo, consiste en la aceptación de la responsabilidad, parcial o total, ya sea por parte del indiciado o acusado, como producto del acuerdo o negociación con la Fiscalía General de la Nación, ello para constituir una justicia consensuada que genere un acercamiento entre las partes, para llevar a cabo conversaciones, propuestas y ofrecimientos en aras de alcanzar un trato justo y oportuno para todas las partes.

Aunado a los preacuerdos y negociaciones, se sumó como un aspecto de la justicia premial el allanamiento a cargos, consistente en la aceptación del indiciado o acusado (según la etapa procesal en la que se encuentre) del injusto penal. Lo esencial en esta figura, es la conciencia y voluntad de la persona que la va a realizar, conociendo e identificando que la culminación del proceso será una sentencia condenatoria en su contra. De esta forma se generaba una terminación anticipada del proceso, ahorrando un desgaste en el aparato judicial y el ente persecutor, dando como resultado una rebaja a la condena. La actuación mencionada, se encuentra regulada en los artículos 288 y 293 del Código de Procedimiento Penal.

Las consecuencias para el indiciado que se allanaba en el trámite de la formulación de imputación consistían en:

- La Fiscalía General de la Nación no proseguiría desarrollando más su tarea de investigación a efectos de lograr una acusación, en tanto el allanamiento a la imputación fueran suficientes como acusación (Ley 906, 2004, Artículo 293).
- Se suprimía la fase del juicio oral y con ello, se eliminaba la discusión probatoria y el ejercicio del contradictorio.
- Se imponía la sentencia condenatoria con la pena rebajada, fundamentada en el acto unilateral de aceptación de cargos hecha por el imputado.

Las negociaciones que se surtían debían contener el respeto por los derechos fundamentales y verse como una figura de gran utilidad para impartir justicia rápida y eficazmente, tratando de suprimir en el imaginario colectivo que las negociaciones o beneficios que se otorgaban bajo los preacuerdos o negociaciones eran inaceptables. Como lo manifestaba Ferrajoli (1995), “la negociación entre acusación y defensa es exactamente lo contrario al juicio contradictorio característico del método acusatorio y remite, más bien, a las prácticas persuasorias permitidas por el secreto en las relaciones desiguales propias de la Inquisición (p. 748).

La Corte Constitucional usó el término de *justicia premial*, considerando que constituía un mecanismo de terminación anticipada del proceso penal mediante la aceptación de la responsabilidad, tanto en el allanamiento de los cargos, como en los preacuerdos y negociaciones. El Alto Tribunal manifestó que los preacuerdos y negociaciones constituían una vía rápida para

culminar los procesos, al suprimir una parte o la totalidad del debate probatorio de un juicio oral, como resultado del trato o negociación de las partes. En dos sentencias que abordaban el tema, como la C-516 de 2007, se aprecia la búsqueda de un consenso de alternativas que permitían anticipar o abreviar el ejercicio de la acción penal. Adicionalmente, la sentencia T- 794 de 2007 indicaba:

“El reconocimiento de responsabilidad por parte del imputado o acusado; la existencia de un fundamento fáctico y probatorio sobre el cual se produce el acuerdo; la renuncia libre, consiente, voluntaria y debidamente informada del imputado o acusado al juicio público, oral, concentrado y contradictorio; los descuentos punitivos derivados del acuerdo. Una vez aprobado el acuerdo se convocará a audiencia para dictar la sentencia correspondiente, mediante la cual se produce la terminación anticipada al proceso” (Corte Constitucional, 2007.)

Igualmente, en la sentencia C-1260 de 2005, el máximo tribunal constitucional dispuso los requisitos de validez para el allanamiento y los preacuerdos, dejando como condición esencial que el Juez competente (de garantías o de conocimiento, según la etapa procesal) debía verificar que:

- Durante la etapa de imputación, la persona debía estar asesorada por su abogado de confianza o defensor público (Ley 906, 2004, Artículo 368).
- Se le debía preguntar al imputado si la aceptación la realizaba de forma libre, consiente, espontánea y debidamente informada de las consecuencias jurídicas que conllevaba (Ley 906, 2004, Artículo 131).
- Las negociaciones que se realizaban debían estar sujetas a la garantía y respeto de los derechos fundamentales (artículo 351, parágrafo 4°).
- Debía haber una participación activa del defensor, del acusado, el fiscal y la víctima para buscar el mejor acuerdo.
- Las negociaciones no debían afectar la presunción de inocencia.

Asimismo, debían enterar a la víctima de cualquier negociación con el imputado, toda vez que no era posible entablar una negociación a escondidas u oculta a las partes. Adicionalmente, se enumeraban prohibiciones taxativas:

- En el caso de incremento patrimonial fruto del delito y que no hubiera reintegrado al menos el 50% de dicho incremento, ni haber asegurado el recaudo del remanente (Artículo 349 de la Ley 906 de 2004).
- En delitos relacionados con el terrorismo, su financiación, secuestro extorsivo, extorsión y conexos (Ley 1121, 2006, Artículo 26).
- En lo relativo al delito de feminicidio (Ley 1761, 2015, Artículo 5).
- Cuando se trataba de imputaciones relacionadas con conductas que afectaban los bienes jurídicos de la administración pública, administración de justicia, seguridad pública o salud pública, el Fiscal Delegado no podía negociar o llegar a preacuerdos de menor punibilidad (Directiva 01 de 2018).
- En 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. Esta prohibición se encontraba taxativamente en el numeral 7° del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

Asimismo, el artículo 68 del Código Penal, restringía beneficios y subrogados a quienes habían cometido delitos de tipo doloso, negándole la posibilidad de suspender la ejecución de la pena o sustituir la pena de prisión por una domiciliaria.

Dicha prohibición provenía de la prevalencia y del interés superior del menor consagrado en el ordenamiento jurídico colombiano. La Constitución Política establecía que los derechos de los niños, niñas y adolescentes resultaban ser preferentes sobre los derechos de los demás (Artículos 44 y 45) creándose el interés supremo del menor para el Estado, la sociedad y la familia. Igualmente, en el código de infancia y adolescencia (ley 1098 de 2006) los artículos 18 y 20 y las normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente (Ley 1146 de 2007) resaltaban y establecían la protección de los menores.

En el ámbito internacional, la declaración de los derechos del niño de 1959¹³, determinó que los menores debido a “su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” (preámbulo). Bajo esta misma línea, la Convención sobre los derechos del niño estableció el interés superior de los menores, al ser personas de especial defensa y auxilio al tener condiciones de indefensión y que “sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo” (Artículo 55, Carta de las Naciones Unidas).

Frente al interés prevalente del menor, existían tres convenios que tenían como finalidad la protección a los menores. El primero de ellos correspondía al de 1980 que giraba sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores. El segundo, era relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 1993. El tercero, hablaba sobre la ley aplicable al reconocimiento y cooperación internacional con relación a las adopciones transnacionales de menores del año 1996. Este último ha sido el único que no ha sido ratificado por Colombia¹⁴.

Tras lo anterior, se prohibieron los beneficios punitivos a quienes vulneraran los derechos de los niños, niñas y adolescentes. La Ley 1098 de 2006 expuso que el país tenía una deuda con los niños y las niñas que eran víctimas de los vejámenes más atroces, lo que hacía necesario promover normas persuasivas que impusieran sanciones severas contra los adultos que maltrataran o cometieran delitos contra los menores. Existía la creencia de que el mero aumento de las penas de prisión podría convertirse en un factor de disuasión, pero como se sabe, estas acciones no garantizan la disminución de los delitos.

Aunado a lo dispuesto en el Código de infancia y Adolescencia y en busca de salvaguardar a los menores, las leyes 1236 de 2008 y 1329 de 2009, incrementaron las penas en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de los menores de 14 años. En igual sentido, la Ley 1329 de 2009 tuvo como objeto contrarrestar cualquier tipo de conducta contra los menores por los delitos ya mencionados, modificando las penas en delitos como el proxenetismo,

¹³ Organización de las Naciones Unidas. (1959). Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General. Resolución 1386.

¹⁴ Disponibles en http://www.iin.oea.org/sim/pdf/LOS_CONVENIOS_DE_LA_HAYA SOBRE_LOS_NI%C3%91OS_s_%20mem.pdf

explotación sexual comercial, pornografía, utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales. En cuanto a los delitos de lesiones personales, las penas se incrementaron mediante la promulgación de la Ley 890 de 2004, en donde si la víctima era menor de 14 años, la condena básica se duplicaría, lo que buscaba armonizar el código penal con la Ley de Infancia y Adolescencia.

El ente legislador y las Altas Cortes habían determinado las prohibiciones de beneficios a las personas (tanto adultos como adolescentes) que cometían delitos que afectarían los bienes jurídicos tutelados de los menores. Con ello, se buscaba contrarrestar o disminuir la criminalidad contra los menores, enviando un mensaje a la sociedad sobre la imposición de penas duras y la imposibilidad de acceder a una justicia premial y/o restaurativa. No obstante, y según lo que se analizará en el tercer apartado, esta premisa no ha cumplido con el objetivo planteado. Por el contrario, cada año aumentan las transgresiones contra los niños, niñas y adolescentes y los niveles de impunidad continúan en ascenso.

La política criminal adoptada por el Gobierno Nacional frente a los delitos que atentaban contra la libertad, integridad y formación sexual de los niños, niñas y adolescentes ha consistido en aplicar todo el “rigor de la Ley” a los victimarios a través de penas altas de prisión para todas aquellas personas que se vean inmersas en la comisión de dichos delitos. Esta tendencia se confirmó hace poco con la aprobación en el Congreso de la República de la prisión perpetua para los asesinos y violadores de niños, niñas y adolescentes, aplicable solo en los casos en los que se reúnan diferentes conductas que agraven la agresión sexual contra un niño. Esta medida sigue siendo objeto de debate y debe ser revisada íntegramente por el máximo tribunal constitucional.

En concordancia con lo anterior, y en busca de la aplicación de una justicia verdadera, se aprobó una iniciativa en la comisión primera del Senado que buscaba que, mediante una ley de la República, se estableciera la imprescriptibilidad de la acción penal para los delitos sexuales en contra de los menores de edad. Con ello, se querían generar mayores garantías por parte del Estado a los niños, niñas y adolescentes y disminuir considerablemente las cifras de impunidad. La iniciativa respondió a una sugerencia del Consejo de Política Criminal.

Conclusiones y recomendaciones

La Ley de Infancia y Adolescencia constituyó un avance en relación con el Código del Menor y se adaptó a las circunstancias de una sociedad cambiante, en donde la visibilización de muchos delitos, entre ellos los de carácter sexual cometidos en contra de los niños, niñas y adolescentes, se convirtió en un aspecto importante en la búsqueda de la protección de los derechos de los menores consagrada en la Carta Política de 1991. El trámite y la aprobación de esta ley fue un proceso largo y dispendioso que al final se dio por la presión de muchos sectores de la sociedad colombiana y en consonancia con la firma de tratados internacionales suscritos por diferentes gobiernos en aras de una modernización de la legislación sobre los menores de edad. Además, se trató de una actualización hacia nuevas formas delictivas, especialmente aquellas relacionadas con el uso de menores de edad para fines pornográficos o comerciales a través de las nuevas tecnologías que apenas se estaban conociendo para aquel entonces en el país.

Desde entonces y hasta hoy, se ha necesaria una actualización permanente de la legislación para ponerla acorde a las nuevas realidades sociales, tecnológicas y culturales. Los cambios en este sentido en la sociedad colombiana han sido innegables y constituyen un desafío para el sistema penal acusatorio, ya que ha habido un aumento sostenido de la población en casi todas las regiones del país y los avances tecnológicos en el campo informático y digital han conllevado a la aparición de delitos que no se conocían con anterioridad y para los cuales se ha hecho necesaria una adaptación constante de la justicia a estas nuevas realidades. En la misma línea, es evidente que existe una generalizada actitud de rechazo social hacia los delitos en contra de los niños, niñas y adolescentes, especialmente aquellos de naturaleza sexual, y a pesar de que las cifras no demuestren esta realidad, es innegable que este tipo de acciones generan el repudio y la condena social sobre los imputados por estos cargos.

La promulgación de la Ley 1098 de 2006 se dio casi a la par con la adopción del sistema penal acusatorio en Colombia que tenía sus orígenes en diferentes sistemas penales del mundo. El país llevó a cabo una especie de sincretismo judicial con elementos del derecho inglés (*Common Law*), el *patteggiamento* italiano, el *absprache* alemán y con *pleabargaining* de los Estados Unidos, con lo que configuró un sistema de justicia premial en donde se le concedían ciertos beneficios o preacuerdos que permitían a los acusados o imputados recibir rebajas en las penas en contraprestación a su colaboración con la justicia para dar celeridad a los procesos y descongestionar el sistema de justicia. A pesar de que ya en el aparato judicial colombiano existían rebajas de penas y posibilidades de que los imputados o acusados recibieran sentencias anticipadas, el numeral 7, del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 expresaba taxativamente la prohibición de cualquier tipo de acuerdo o negociación entre la Fiscalía General de la Nación y los presuntos victimarios en casos de delitos.

La Ley de Infancia y Adolescencia se promulgó con el fin de proteger a los menores de edad que eran víctimas de delitos de todo tipo y especialmente de carácter sexual; sin embargo, la evidencia hasta acá expuesta da cuenta que mientras no existan herramientas diferentes al endurecimiento de las penas, al *populismo punitivo*, va a ser difícil que las estadísticas y los estudios muestren cifras más esperanzadoras relacionadas con la reducción de delitos sexuales en contra de los niños, niñas y jóvenes. Como se pudo observar a lo largo del artículo, la postura de la academia y del sector judicial es que debe existir una política más enfocada hacia la prevención del delito y no hacia su represión. Esta política debe ir acompañada de una estrategia de mejoramiento de la infraestructura de la rama judicial, la incorporación de personal especializado y la entrega de recursos económicos, técnicos y científicos, que permitan que los procesos investigativos sean ágiles y efectivos lo que debe redundar en una reducción sustancial de la impunidad.

De esta manera, la justicia colombiana podrá garantizar los derechos de millones de niños, niñas y jóvenes de Colombia, que son el futuro y la esperanza de un país que merece que su niñez crezca y viva feliz.

Referencias Bibliográficas

Amézquita, P. (2007). Un éxito del intervencionismo: el gobierno de Carlos Lleras Restrepo (Colombia, 1966-1970). *Tzintzun Revista de Estudios Históricos* versión online, No. 65.

Amnistía Internacional (2011). Impunidad por actos de violencia sexual cometidos en el conflicto: informe de seguimiento. Madrid, Amnistía Internacional.

Ares, F. (2002). *Psicología de la familia. Una aproximación a su estudio*. La Habana, Félix Varela.

Barreto, L., Rivera, S. (2009). *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*. Ministerio del Interior y de Justicia-Unión Europea. Bogotá, Milla.

Bentham, J. (1826). *Teoría de las penas y de las recompensas*. Libro I. París, Pochard.

Bocanegra, H. (2008). Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia: fetiche o posibilidad jurídica. *Revista Republicana*, (4-5), 85-96.

Bourdieu, P. (2000). *La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico. Poder, derechos y clases sociales*. Bilbao, Desclée de Brouwer.

Carmona, J., y Alvarado, S. (2015). La ley de infancia y adolescencia en Colombia y su incidencia en la construcción social de la identidad de niños, niñas y jóvenes afectados por el conflicto armado. *Controversias y concurrencias latinoamericanas*, 7 (11), 141-154.

Cassel, D. (2005). El sistema Procesal Penal de Estados Unidos. En: STORME, M. y GÓMEZ, C. (coord.). XII Congreso Mundial de Derecho Procesal. Vol. IV, Sistemas de Enjuiciamiento Penal y sus Órganos de Acusación. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

Castrillón, M. (2011). Entre la minoridad y la ciudadanía. Sensibilidades legales sobre la normatividad de protección de la niñez y la adolescencia en Colombia. *Universitas Humanistica*, (73), 87-106.

Cely, D. (2015). Análisis de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos. *Salud Soc. UPTC*, 2 (1), 42-47.

[Centro de Memoria Histórica \(2018\). Memoria histórica con víctimas de violencia sexual: aproximación conceptual y metodológica. Bogotá, Panamericana.](#)

Céspedes, E., Peñalosa, M., Neira, J., Duque, B., Castro D. (2016). Percepción de impunidad: precipitante del crimen en Bogotá. *Revista de Derecho*, (46), 39-70.

Comisión Colombiana de Juristas (2007). *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*. Bogotá, Opciones Gráficas.

Congreso de la República de Colombia (2006). Ley 1098 de 2006. *Diario Oficial*, 46446.

Corporación Excelencia en la Justicia CEJ. (2013). *Reformas normativas al Sistema Penal Acusatorio (SPA)*. Primera entrega. Bogotá, Autor.

Corporación Sisma Mujer (2011). *Obstáculos para el acceso a la justicia de mujeres víctimas de violencia sexual en Colombia*. Disponible en <https://www.sismamujer.org/wp->

content/uploads/2018/06/2011-33.-Obst%C3%A1culos-de-Acceso-a-Justicia-de-Mujeres-V%C3%ADctimas-de-Violencia-Sexual-en-Colombia.pdf

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 33254 (M. P. José Leonidas Bustos, febrero 27 de 2013).

Echeverry, Y., Jaramillo, J. (2006). El concepto de justicia en John Rawls. *Revista Científica Guillermo de Ockham*, 4 (2), 27-52.

Escobar-Córdoba, F. (2008). La esquivada definición del Derecho, a la luz de los códigos mesopotámicos. *Vniversitas*, (117), 65-114.

ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA. (1985). Us Supreme Court. *Wayte v. U.S.*, 470 U.S. 598, 607-608

Fernández, W. (2010). *Procedimiento Penal Acusatorio y Oral: "Preacuerdos y negociaciones en los modelos norteamericanos"*. 2da Edición, Vol. II. Bogotá, Ediciones del Profesional.

Ferrajoli, L. (1995). *Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta.

Foucault, M. *Vigilar y castigar*. Madrid, Siglo XXI.

Garcés, F. (2007). *Nociones de Derecho Romano*. Bogotá, Leyer.

Gobierno de Colombia, Presidencia de la República (2017). *Experiencia de la estrategia de recuperación emocional con mujeres víctimas de violencia sexual en Colombia*. Bogotá, Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas Colombia, Fondo de Población de las Naciones Unidas UNFPA.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. *Guía para el abordaje forense integral en la investigación de la violencia sexual*. Bogotá, INMLCF.

Latorre, A. (1985). *Introducción al Derecho*. Barcelona, Ariel.

Linares, B., Quijano, P. (2005). *Nueva Ley de Infancia y Adolescencia*. Bogotá, OIM.

Ministerio de la Protección Social (2010). *La Violencia Sexual en Colombia*, Bogotá, Legis.

Montesquieu. (2001). *El Espíritu de las Leyes*. Bogotá, Ediciones Universales.

Morineua, M. (2004). *Una introducción al Common Law*. México, Universidad Autónoma de México.

Norza, E., Peñalosa, M., Coronado, J., Duque, B., Castro, D. (2016). Percepción de impunidad: precipitante del crimen en Bogotá. *Revista de Derecho*, (46), 39-70.

Orduz, F. (2015). Victimización y violencia sexual en el conflicto armado en Colombia. *Subjetividad y procesos cognitivos*. 19 (2), 173-186.

Organización de las Naciones Unidas. (1959). Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General. Resolución 1386.

Organización de las Naciones Unidas. (2012). *Seguridad Ciudadana y criminalidad transnacional organizada*. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Cartagena.

Organización de las Naciones Unidas – Entidad de las Naciones Unidas para el empoderamiento de las mujeres y la igualdad de género (2016). *Datos y cifras claves para la superación de la violencia contra las mujeres*. Bogotá, USAID.

Riaño, J., Mejía, G. (2014). Evaluación del Sistema Penal Acusatorio: una visión desde el Consultorio Jurídico, Universidad Santo Tomás Bucaramanga, Colombia. *Justitia*, (12), 157-178.

Rico, J.M. y Salas, J.L. (1998). *Inseguridad ciudadana y policía*, Madrid, Tecnos.

Riveros-Barragán, J. (2008). Reflexiones teóricas y prácticas sobre los acuerdos de culpabilidad y el principio de oportunidad en la Ley 906 de 2004. *Vniversitas*, (116), 173-200.

Rojas, J. (2016). El artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 ¿Un desafío no superado por el sistema de control de constitucionalidad colombiano? *Revista de Derecho Público*, (37), 1-20.

Romero, T. (2007). Colombia por la primera infancia ¿utopía o realidad? Reflexiones sobre la política pública para la población menor de seis años. *Revista Colombiana de Educación*, (53), 40-57.

Roth, F., Guberek, T., Hoover, A. (2011). *El uso de datos cuantitativos para entender la violencia sexual relacionada con el conflicto armado colombiano: retos y oportunidades*. Bogotá, Corporación Punto de Vista.

Roxin, C. (1986). Introducción a la ley procesal penal alemana. *Nuevo Foro Penal*, 12 (14), 617-633.

Sandoval, E. (1996). *Penología, partes general y especial*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Sintura Varela, F. (2004). Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el acusado o imputado. *Derecho Penal Contemporáneo*. (9), 85-108.

Springer, N. (2012). *Como corderos entre lobos. Del uso y reclutamiento de niñas, niños y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia*. Bogotá, Springer Consulting Services.

Tejeiro-López, C. (2005). *Teoría General de Niñez y Adolescencia*. Bogotá, UNICEF.

Ulloa, A. (2010). Fundamentación de la pena necesaria y modelo de Estado. *Criterio Jurídico Garantista*, 2 (2), 10-31.

Uribe, N. (2011). Abuso sexual infantil y administración de justicia en Colombia. Reflexiones desde la psicología clínica y forense. *Pensamiento Ideológico*, 9 (16), 183-202.

Vargas, M. (2006). Breve Estudio de la nueva Ley de Infancia y Adolescencia. *Revista Justicia, Universidad Simón Bolívar*, (11), 9-19.

Vasilachis, I. (2006). *Estrategias de investigación cualitativa*. Barcelona, Gedisa S.A.

Velasco, P. (2004). ¿Por qué el ser humano crea obras artísticas? *Archivos de Neurociencias*, 9 (4), versión online.

UNICEF (2001). Estado Mundial de la Infancia: La primera infancia. http://www.unicef.org/spanish/sowc01/early_childhood.htm

UNICEF (2002). *La niñez en Colombia en cifras*. <https://www.unicef.org/colombia/media/2356/file/Ni%C3%B1ez%20colombiana%20en%20cifras.pdf>

Zaffaroni, E., y Pierangeli, R. (1999). *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.