RESUMEN TRABAJO DE GRADO

AUTORES	**DANIELA ECHAVEZ DIAZ E INGRID ESTHER SANTODOMINGO ARIZA**
FACULTAD	**EDUCACON, ARTES Y HUMANIDADES**
PLAN DE ESTUDIOS	**DERECHO**
DIRECTOR	**FABIO JOSÉ URREGO YAÑEZ**
TÍTULO DE LA TESIS	**ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CASTRACIÓN QUÍMICA VOLUNTARIA CONTENIDA EN EL PROYECTO DE LEY 197 DE 2016 PROPUESTO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA SEXUAL CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA.**

RESUMEN

(70 palabras aproximadamente)

SE REALIZÓ UN ANALISIS JURIDICO RESPECTO A LA IMPLEMENTACION DE LA CASTRACION QUIMICA VOLUNTARIA, QUE SE PRETENDE ESTABLECER EN EL PAIS COMO POSILE SOLUCION O MEDIDA PARA EVITAR LA COMISION O REINCIDENCIA DE LOS DELITOS SEXUALES EN CONTRA DE MENORES, LLEGANDO A LA CONCUSION QUE DICHA MEDIDA ES INEFICIENTE Y RESULTARIA INOCUA DADO A LAS VICISITUDES QUE SE PRESENTAN A LA HORA DE LA APICACION DEL MISMO.

CARACTERÍSTICAS

PÁGINAS: **62**	PLANOS:	ILUSTRACIONES:	CD-ROM: **1**

ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CASTRACIÓN QUÍMICA VOLUNTARIA CONTENIDA EN EL PROYECTO DE LEY 197 DE 2016 PROPUESTO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA SEXUAL CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA.

AUTORES:

DANIELA ECHAVEZ DIAZ

INGRID ESTHER SANTODOMINGO ARIZA

Trabajo de Grado presentado como requisito para Optar por el Título de Abogado

Director:

ANA MARIA CARRASCAL VERGEL

UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA

FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES

DERECHO

Ocaña,Colombia **Noviembre 2018**

Índice

1.1. Pena

1.1.1. Origen de la pena.

1.1.2. Concepto

1.1.3. Fin de la Pena.

1.2. Delitos Sexuales

1.2.1. Concepto.

1.2.2. Regulación.

1.3. Castración Química.

1.3.1. Concepto.

1.3.2. Tratamiento.

1.3.3. Aplicación de la castración química como pena

2.1. Análisis Jurisprudencial Sentencia T- 260-12

2.2. Análisis Jurisprudencial Sentencia C-569-16

2.3. Análisis Jurisprudencial Sentencia C-177-14

3.1. Proyecto de ley 37 de 2005 senado

3.1.1. Pliego de modificaciones al proyecto de ley número 37 de 2005 senado.

4.1. Cataluña, España

5.1. Texto definitivo aprobado en sesión plenaria al proyecto de ley 197 de 2016 senado

Universidad Francisco de Paula Santander Ocaña
Titulo: Análisis jurídico sobre la implementación de la castración química voluntaria contenida en el proyecto de ley 197 de 2016 propuesto como política pública de prevención de la violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes en Colombia
Autores: Daniela Echavez Diaz & Ingrid Esther Santodomingo Ariza
Director: Fabio José Urrego Yañez
Septiembre 2018

Resumen

Los delitos sexuales en contra de menores es un fenómeno que va en aumento a lo largo de los años, debido a esto la legislación penal ha implementado el aumento de penas y actualmente se debate el uso de la castración química para contrarrestar esta conducta. Constitucionalmente los menores de edad son sujeto de especial protección, lo que obliga a la tutela eficaz y efectiva de sus derechos fundamentales.

En esta investigación empleamos una delimitación conceptual, doctrinal y jurisprudencial enfocados en el tema que nos concierne: delitos sexuales en contra de menores; el fin de la pena; la castración química, eficacia de la misma, su aplicabilidad en otros países, entre otros. Teniendo en cuenta que es un tema poco abordado a nivel mundial, pues solo 13 países aplican el método ya sea voluntario u obligatorio, surgió la pregunta ¿realmente es la castración química voluntaria una solución óptima frente a la problemática que se viene presentando en Colombia con respecto a los delitos sexuales cometidos en contra de menores o si por el contrario es una solución imperfecta? Habiendo analizado el proyecto de ley 197 de 2016 donde se propone la implementación de la castración química de manera voluntaria y teniendo en cuenta que este es un procedimiento hormonal para reducir la libido y solo durante un tiempo determinado, se pudo deducir que tal procedimiento puede resultar inocuo,al no ejercerse una coacción y/o control por parte del Estado, además que no genera confianza, tanto a la víctima como a victimario, sumado a ello una vez se suspenda el uso de los medicamentos los efectos que generan pueden ser reversados.

Esto refleja el poco estudio criminológico al proponer esta solución a un problema que es más psico-social que físico sin tener en cuenta la vulneración a la dignidad humana...

Introducción

Los niños, niñas y adolescentes han ocupado siempre los primeros eslabones en cuanto protección por parte del Estado, cada uno de sus derechos deben ser garantizados y es responsabilidad de todo el abstracto estatal acompañado de la ciudadanía en general garantizar el goce efectivo de cada uno de ellos; sin embargo, es precisamente esta población la que se está viendo mayormente violentada sobre todo en lo que respecta a la libertad, integridad y formación sexual.

El órgano legislador ha buscado una solución frente a tan aberrante problemática, es por eso que actualmente se debate en el Congreso de la Republica el proyecto de ley 197 de 2016, por medio del cual se formulan medidas que permitan prevenir y sancionar los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de los niños, niñas y adolescentes.

En dicho proyecto se propone como posible medida la aplicación de un tratamiento químico que afecta directamente la producción hormonal masculina alterando algunas funciones sexuales, tratamiento que debe ser aplicado bajo estricto cuidado y cuyos efectos cesan una vez se deje de emplear; agregado a lo anterior, este tratamiento solo afecta la última fase del deseo sexual, es decir, si bien imposibilita de cierto modo consumar la actividad sexual, no garantiza que el acusado deje de sentir impulsos, ansiedad, deseo, etc., y por lo tanto busque de otro modo satisfacer sus caprichos sexuales.

Este proceso hormonal es conocido como castración química y será el objeto de estudio desde una perspectiva jurídica en el presente trabajo

Capítulo 1. Conceptos

Para abordar el tema de los delitos sexuales cometidos en contra de menores desde la perspectiva de la tan necesaria sanción que logre ser realmente efectiva, eficaz e integra, se hace necesaria una contextualización precisa en cuanto los conceptos claves dentro del tema a tratar.

Prevenir, sancionar y ejemplarizar, en materia de conducta en sociedad, son acciones propias del derecho penal, el mismo que dentro de nuestro ordenamiento jurídico debe ser tomado como la última ratio, por tratarse del poder que permite restringir ciertos derechos a quienes incurren en los diversos tipos penales que consagra la ley 599 del 2000, sin olvidar que esta restricción de derechos debe aplicarse siempre teniendo en cuenta el criterio de la proporcionalidad.

La pena como medida sancionatoria pretende en primera medida evitar que se incurra en determinadas conductas; en caso de que ya se haya cometido la misma y obedeciendo al

(dentro de lo posible) a las víctimas directas e indirectas y como efecto final proteger a las víctimas, su familia y a la sociedad en general, puntualmente en este caso, el estudio de una eventual aplicación de la castración química como posible pena, busca proteger a la niñez y adolescencia del país. Sin embargo, la pena no puede ser tomada a la ligera ni debe ser considerada desde un punto pasional y subjetivo sino que debe ser un conjunto integro que dé respuesta a las diversas realidades sociales sin dejar fuera de sus esferas a ninguno de los implicados dentro de la conducta delictiva: sujeto activo, sujeto pasivo, sociedad.

1.1. Pena

1.1.1. Origen de la pena. Las Leyes son las condiciones con que los hombres vagos e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de

conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella, para gozar la restante en segura tranquilidad. El complexo de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la Soberanía de una Nación, y el Soberano es su administrador y legítimo depositario. Pero no bastaba formar este depósito, era necesario también defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular. Procuran todos, no solo quitar del depósito la porción propia, sino usurparse las ajenas. Para evitar estas usurpaciones se necesitaban motivos sensibles, que fuesen bastantes a contener el ánimo despótico de cada hombre, cuando quisiere sumergir las Leyes dé la Sociedad en su caos antiguo. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas Leyes. Llámalos motivos sensibles , porque la experiencia ha demostrado que la multitud no adopta principios estables de con duela , ni se aleja de aquella innata general disolución , que en el Universo Físico y Moral se observa , sino con motivos que inmediatamente hieran en los sentidos, y que de continuo se presenten al entendimiento , para contrabalancear las fuertes impresiones de los ímpetus parciales , que se oponen al bien universal: no habiendo tampoco bastado la elocuencia , las declamaciones , y las verdades más sublimes a sujetar por mucho tiem

presentes. (Beccaria, 1774, pág. 6)

1.1.2. Concepto. La corte constitucional considera que la pena es la consecuencia de la responsabilidad penal de los imputables, cuando judicialmente se ha establecido que se ha cometido un hecho punible en forma típica, antijurídica y culpable. (COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia del 06 de mayo de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. (Sentencia Número C-176/93), pág. 15. Copia tomada directamente de la Corporación.) Según la Real Academia Española el concepto de pena es:

> Castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta. (RAE, 2018)

> En el derecho penal español, la pena es la privación de un bien, previamente prevista en la ley, impuesta en virtud de proceso al responsable de una infracción penal. (Bustos, 1999).

Como ya mencionamos, todo dentro de nuestro ordenamiento jurídico debe perseguir un fin, debe ser motivado, justificado y necesario.

Cualquier medida que se pretenda adoptar como posible sanción debe respetar los límites propios de la pena, pero además debe cumplir a cabalidad todos los fines de la misma para que esta pueda ser considerada constitucional, adecuada y justa.

Cabe resaltar cuales son dichos fines:

1.1.3. Fin de la Pena. La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas.(COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia del 12 de septiembre de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. (Sentencia Número C-430/96), Pág. 1. Copia tomada directamente de la corporación.).

Según el Dr Fernando Velasquez Velasquez la pena es una amarga necesidad (necesidad social: protección de bienes jurídicos), esto es, cumple una función de prevención general; que ella debe de ser justa (principio de culpabilidad; no hay pena sin culpabilidad), o sea, supone la retribución; y debe estar encaminada a la readaptación social del reo (resocialización), lo que equivale a otorgarle como función

la prevención especial, que es el punto de partida que mejor parece comparecerse con el derecho positivo (constitución política, art 12;28, inciso 4º; 29, inciso 4º, y 34 y código penal, articulo 4), de conformidad con el cual retribución (culpabilidad) y prevención (general y especial) son los dos bastiones sobre los que descansa la pena, aunque pone énfasis en la prevención especial positiva. (Velasquez, 2013, pág. 162).

Ahora bien, pasando de las generalidades a lo especifico, lo que nos ocupa es puntualmente el tema de los delitos sexuales cometidos en contra de menores en Colombia, en torno a este tema suelen existir ciertas confusiones o conceptos infundados respecto a los diversos actos que componen la comisión de dichos delitos.

1.2. Delitos Sexuales

1.2.1. Concepto. Expresión generalmente empleada para referirse a acciones que afectan a personas de cualquier edad y sexo, contra su consentimiento y que perturban su desarrollo sexual. (Reyna, 2010).

Los delitos sexuales son aquellos que vulneran el bien jurídico de libertad e indemnidad sexual de la persona. El código penal español recoge varios delitos que atentan contra estos bienes jurídicos, empleando violencia, intimidación, abusos, explotación sexual, prostitución, entre otros. (Dudaslegislativas.com).

1.2.2. Regulación. En Colombia los delitos sexuales se encuentran tipificados en el título IV de la ley 599 del 2000(Código penal), Delitos contra la libertad, integridad, y formación sexuales, establecido en cuatro capítulos.

Para dar mayor claridad es necesario señalar que según nuestro código penal, ley 599 del 2000, los delitos sexuales no son solo aquellos que se cometen cuando hay acceso carnal sino que se incluyen también:

Acceso Carnal Violento. Art.205

Acto Sexual Violento. Art 206

Acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Art 207

Actos sexuales con menor de 14 años. Art 208

Acceso carnal o acto sexual abusivo con persona incapaz de resistir. Art 209

Acoso sexual. Art 210

Con el fin de contrarrestar las alarmantes cifras de delitos sexuales cometidos en contra de menores en nuestro país, en el Congreso de la República se debate la posibilidad de la aplicación de la castración química voluntaria como medida sancionatoria y eventual solución a la problemática que se presenta.

1.3. **Castración Química.**

1.3.1. **Concepto.** La castración química es un proceso mediante cual se inyecta medicamentos o drogas al paciente, para reducir su libido y por ende su deseo sexual, con el fin de evitar que violadores, pedófilos, y otros delincuentes sexuales reincidan en la comisión de delitos de esta naturaleza. (Correa, 2016).

Esta alternativa consiste en la administración de medicamentos para suprimir la líbido del individuo. Fue diseñada para el tratamiento del cáncer de próstata avanzado. Lo que hace la castración química es utilizar unas sustancias que bloquean la producción de testosterona en los testículos. El fármaco actúa en el cerebro del individuo, en la glándula hipófisis, inhibiendo la producción de la hormona. La testosterona es una hormona esencial para un correcto funcionamiento de la sexualidad masculina. Por eso, cuando la testosterona desaparece del organismo se produce una disminución del impulso sexual, o líbido, en el hombre. (Vilajosana, 2008, pág. 504).

1.3.2. Tratamiento. La castración química es un tratamiento médico mediante el cual se le suministra a un individuo de manera regular, en este caso un violador o abusador sexual efectivamente procesado y condenado, ciertos medicamentos o sustancias químicas destinados a inhibir el deseo sexual. Fisiológicamente, la castración química actúa sobre la glándula hipófisis, en el cerebro, la cual es la encargada de la promoción de la producción hormonal en los testículos de la testosterona, hormona responsable de generar deseo sexual. Es importante resaltar que la castración química no tiene un efecto permanente: sus efectos cesan cuando se suspende el tratamiento médico (Aristizabal, 2016).

La castración química frena la producción de testosterona, la hormona sexual masculina que está distribuida en un 90 % en los testículos y 10 % en las glándulas suprarrenales.

sexual. Los abusadores sexuales y pedófilos tienen altos niveles de esa hormona. Lo que se hace con la castración química es cortar la fuente de testosterona, por lo que se elimina su producción mediante fármacos, la castración química se consigue con fármacos, los cuales pueden ser administrados por la vía oral o intramuscular, esos fármacos funcionan como un señuelo: trabajan en los tejidos, al igual que la testosterona, pero no accionan como ella. Pueden ser tomadas en dosis diarias, semanales, mensuales o una vez al año, comenta el endocrinólogo Alberto Quintanilla. (RPP Noticias, 2018).

Según informa (Correa, Derecho y Perspectiva, 2016). Existen tres métodos generalmente aplicados:

Depo-Provea. (acetato de medroxiprogesterona). Es el tratamiento más utilizado para llevar acabo la castración química. Es utilizada por mujeres con fines anticonceptivos.

Cuando es inyectada en hombres ocasiona una reducción en el nivel de testosterona y por ende provoca disminución del impulso sexual. Se comenta que su uso es muy efectivo en el tratamiento de delincuentes sexuales, que son movidos por alguna parafilia, ya que en otros tipos de delincuentes, que son movidos por motivos diferentes de los sexuales no se recomienda su aplicación.

Depo-Lupron. Es una forma sintética de leuprolida, (Acetato de Leuprolide). Su inyección ocasiona una superproducción de algunas hormonas que detienen la producción de testosterona, trayendo como consecuencia la eliminación de forma drástica del impulso sexual del paciente. También es utilizada en casos de tratamiento de cáncer de próstata.

los antiandrógenos son un grupo de fármacos que ejercen una acción antagonista o supresión hormonal capaz de prevenir o inhibir los efectos biológicos de las hormonas sexuales masculinas en las respuestas normales de los tejidos corporales a estas hormonas. Es decir, bloquean determinados receptores del cuerpo a los que se une la testosterona, por ello a través de su aplicación se busca que el abusador o delincuente sexual experimente una reducción del impulso sexual y pueda eliminar el deseo de volver abusar.

1.3.3. Aplicación de la castración química como pena. (Fontcuberta, 2016)

Menciona, Si bien el objetivo perseguido por la normativa penal es el de estimular a los individuos a no llevar a cabo cierto tipo de conductas, éste en ocasiones y más de las que nos gustase, no llega a todos los sujetos con la misma intensidad, es por ello que el Derecho Penal se sirve de instrumentos que lo que pretenden es refrenar esos comportamientos antisociales, los mencionados instrumentos son las denominadas sanciones.

Las sanciones, como máxime expresión castigadora, también pueden ser clasificadas dependiendo del bien jurídico al cuál afecten, siendo las más temidas aquellas que imperan en el Derecho Penal, las penas.

La aplicación de la castración química como pena es el resultado de buscar una alternativa a la crisis de los modelos disciplinarios actuales, representados sobre todo por las prisiones. En Latinoamérica vemos problemas graves de hacinamiento y precarias condiciones en las cárceles, que en vez de corregir al delincuente lo vuelve más criminal, por ello es necesario buscar medios alternativos para tratar ciertas conductas delictivas, en el caso objeto de estudio, la castración química podría ser ese medio que se busca para combatir la reincidencia de sujetos en la comisión de nuevos delitos sexuales. (Correa, Derecho y Perspectiva, 2016).

Sin embargo para (Telano, (s.f)) la castración química, como tratamiento preventivo resulta dudoso desde el punto de vista de la prevención, por su efectividad, por sus efectos secundarios y muy discutidos desde el derecho constitucional y los tratados internacionales de derechos humanos. Sectores se muestran a favor de la adopción de tal medida en relación con determinados agresores sexuales, otros se oponen porque más allá del análisis moral de la cuestión, se trata de medidas violatorias de los derechos de los agresores, en su condición de persona humana y como tal titular por esencia de numerosos derechos que no pueden vedarse con la sola excusa de su potencial peligrosidad.

Es esta una breve exposición de algunos de los conceptos base para nuestro estudio.

Capítulo 2. Pronunciamientos jurisprudenciales acerca de la protección de los niños, niñas y Adolescentes

2.1. Análisis Jurisprudencial Sentencia T- 260-12

Corpación: Corte Constitucional.

Tipo de sentencia: Tutela.

Fecha: 29 de marzo de 2012.

Autor: Humberto Antonio Sierra Porto

Problema Jurídico: En atención a lo expuesto, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si se afecta el interés superior del menor y los derechos fundamentales de la niña XX al habeas data y a la honra, con la creación de una cuenta en Facebook a su nombre por parte de su padre.

A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) El interés superior del menor en el Estado Colombiano. Reiteración de jurisprudencia, (ii) el derecho fundamental al habeas data Reiteración de jurisprudencia-, (iii) los riesgos para los derechos fundamentales, entre otros, la intimidad, la protección de datos y la imagen en las redes sociales, (iv) recomendaciones establecidas en Memurandum de Montevideo sobre la protección de datos personales y la vida privada en las redes sociales en Internet, en particular de niños, niñas y adolescentes y; (v) el caso concreto.

Tesis:

especial protección tanto en el ámbito internacional como en nuestro Estado Social de Derecho. Ello, dada la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma. Entre los instrumentos internacionales en los cuales se encuentran consagrados los derechos de los menores se destacan los siguientes:

En primer lugar encontramos, la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone en su artículo 3-

instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá

-

comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 24-

color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia

protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del

-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o

También el Principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dispone que los niños gozarán de especial protección, y serán provistos de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y sana, y en condiciones de libertad y dignidad; para ello, precisa la Declaración, las autoridades tomarán en cuenta al momento de adoptar las medidas

pertinentes, el interés superior de los niños como su principal criterio de orientación. Igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25-2,

En el ámbito americano, la protección de los derechos de los niños ha sido objeto de un completo análisis por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de sus sentencias y en especial de la Opinión Consultiva No. OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19[9] (derechos del niño) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos const

criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.

Siendo éstos algunos de los parámetros internacionales que fijan las conductas que deben adoptar los estados frente a la niñez, corresponde al Estado colombiano atenderlas llevando a cabo acciones en procura del bienestar de este grupo de personas y dando cumplimiento estricto a los compromiso

Ratio Decidendi En lo que respecta a la posible vulneración del derecho fundamental al habeas data, entendido este como la garantía de protección de datos, y en el caso específico de las redes sociales digitales, de la protección de datos personales[i] y de datos sensibles, no existe mayor normatividad en la legislación nacional que regule lo referente a la protección

ley que por la cual se

consagra en su artículo 7 lo siguiente:

Artículo 7°. Derechos de los niños, niñas y adolescentes. *En el Tratamiento se asegurará el respeto a los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes.*

Queda proscrito el Tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes, salvo aquellos datos que sean de naturaleza pública.

Es tarea del Estado y las entidades educativas de todo tipo proveer información y capacitar a los representantes legales y tutores sobre los eventuales riesgos a los que se enfrentan los niños, niñas y adolescentes respecto del Tratamiento indebido de sus datos personales, y proveer de conocimiento acerca del uso responsable y seguro por parte de niños, niñas y adolescentes de sus datos personales, su derecho a la privacidad y protección de su información personal y la de los demás. El Gobierno Nacional reglamentará la m

Dicha disposición debe ser apreciada en conjunto con el artículo 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia que consagra el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, el artículo 9 referente a la prevalencia de sus derechos y con el artículo 34 que consagra el derecho a la información de los menores y la posibilidad de buscar, recibir y difundir información e ideas a través de los diferentes medios de comunicación que dispongan.

Advierte la Sala que no existe disposición específica en nuestro ordenamiento, diferente a la señalada, referente al acceso de menores a las redes sociales digitales, a pesar de ello, encuentra la Sala lo siguiente:

- En la época actual es imposible impedir el acceso de los menores a la Sociedad de la Información y el Conocimiento, pues ellos tiene derecho a acceder a los beneficios que la

misma acarrea, pero dicho acceso debe ser acorde a la edad y madurez del menor a fin de no afectar

- su desarrollo armónico e integral.

- La edad y madurez del menor van a determinar el cumplimiento de uno de los principios rectores en materia de protección de datos personales, como es el referente a la libertad, el cual es entendido de la siguiente manera:

: el tratamiento sólo puede ejercerse con el consentimiento, previo, expreso e informado del titular. Los datos personales no podrán ser obtenidos o divulgados sin previa autorización, o en ausencia de mandato legal o judicial que releve el

-El interés superior del menor implica que las apreciaciones e ideas de los mismos deban ser escuchas y valoradas de conformidad con la edad y madurez que presentan para determinar su consentimiento.

En el caso concreto, lo anterior nos ubica en el siguiente panorama:

La menor XX cuenta con 4 años.

-Por su edad y madurez entiende la Sala que existe la imposibilidad para emitir un consentimiento previo, expreso e informado que permitiera inferir su deseo de acceder a una red social digital como lo Facebook.

-La menor no es consciente de la creación de tal cuenta por parte de su padre. Es decir, existe un desconocimiento de la niña acerca de lo que es una red social.

Lo anterior conlleva una afectación del derecho fundamental de la menor al habeas

valoren su condición de ser social en un plano de igualdad dentro de los criterios objetivos de ponderación de la dignidad humana. El derecho a la honra es un derecho personalísimo

.

Lo anterior, por lo siguiente:

- Cuando XX cuente con la edad y la madurez para manejar su cuenta en Facebook va a encontrar que el mismo ha sido el medio a través del cual se ventilaba la intimidad de la familia, y que ésta ha sido conocida por un grupo de amigos que ella no escogió, independientemente de que tenga un vínculo familiar con ellos. Esto atendiendo a que en la actualidad, el padre se adujo la potestad de escoger quienes son los amigos de la menor en la red.

Tal disputa va a incidir en el criterio que de XX se formen los demás, pues posiblemente se presentaron datos en su cuenta de una forma diferente a la que seguramente la menor hubiera querido.

- Adicionalmente, como bien se puso de presente, en ocasiones resulta sumamente difícil eliminar la información que se ha colado en el internet, lo que puede ocasionar en el futuro consecuencias desfavorables para XX, quien posiblemente no quiera mantener toda la información que el papá introdujo en su cuenta.

La conducta desplegada por los padres, pone en riego además el desarrollo armónico e integral de la menor, quien ha quedado involucrada en medio del conflicto y tiene que ser partícipe de la disputa, no solo en el día a día sino a través de un medio digital al que en algún momento tendrá acceso.

Finalmente, es del caso precisar que si bien la patria potestad implica la posibilidad de que los padres tomen ciertas decisiones en nombre de sus hijos, como sería en este caso, la creación de una cuenta en red social, tales decisiones no pueden poner en riesgo a los

mismos, ni afectar sus derechos fundamentales, como sucede en este caso. De allí que en ejercicio de la patria potestad no le sea posible al señor BB mantener la cuenta creada.

Lo hasta aquí expuesto se convierten en razones suficientes para tutelar los derechos fundamentales de la niña XX al habeas data y a la honra, así como el interés superior del menor, por lo que en la parte resolutiva de esta providencia se ordenará la cancelación de la cuenta en Facebook a nombre de la niña.

Se reitera, en este caso se protegen los derechos fundamentales de la menor XX, en el contexto de la creación de una cuenta en una red social de la que ella no es consciente y que se ha utilizado para ventilar una disputa familiar. Lo expuesto no implica que los menores no puedan acceder a la Sociedad del Conocimiento y la Tecnología, pero para ello se deben atender las recomendaciones del Memorandum de Montevideo, en lo referente a que tal acceso debe ser paulatino, acompañado de las personas encargadas de su cuidado y acorde a

Resumen: -que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad.

Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, destacándose entre estos grupos la especial protección de los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales.

Nuestra Carta Política en su artículo 44 dispone, que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Así la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los menores de edad tienen el status de *sujetos de protección constitucional reforzada*, condición que se hace manifiesta -entre otros efectos- en el carácter *superior* y *prevaleciente* de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia del 29 de marzo de 2012. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. (Sentencia Número T-260/12), págs. Copia tomada directamente de la Corporación.).

2.2. Análisis Jurisprudencial Sentencia C-569-16

Corporación: Corte Constitucional.

Tipo de sentencia: Constitucionalidad.

Fecha: 19 de octubre de 2016

Autor: Alejandro Linares Cantillo

Problema Jurídico: Teniendo en cuenta los cargos presentados por el demandante, la Corte Constitucional debe determinar si ¿constituye una vulneración a los derechos a la igualdad, a la familia y a no ser separado de ella, y al interés superior de los niños, según dichos mandatos constitucionales se encuentran contenidos en los artículos 13, 42 y 44 de la Constitución, exigir como condición para otorgar la custodia de las niñas y los niños que no pueden permanecer en los establecimientos carcelarios o cuando sean mayores de tres (3) años, la acreditación de vínculos de consanguinidad?

Para resolver este problema jurídico, la Corte procederá a analizar los siguientes aspectos (i) los derechos de los menores de edad como sujetos de especial protección en el

ordenamiento jurídico colombiano; (ii) la institución familiar y su ámbito de protección constitucional; y (iii) marco normativo aplicable a la custodia de menores de edad. Con estos elementos de juicio, la Corte (iv) analizará la constitucionalidad de la norma acusada.

Tesis: Teniendo en cuenta los cargos presentados por el demandante, en esta sentencia le correspondió a la Corte Constitucional determinar si ¿constituye una vulneración a los derechos a la igualdad, a la familia y a no ser separado de ella, y al interés superior de los niños, según dichos mandatos constitucionales se encuentran contenidos en los artículos 13, 42 y 44 de la Constitución, exigir como condición para otorgar la custodia de las niñas y los niños que no pueden permanecer en los establecimientos carcelarios o cuando sean mayores de tres (3) años, la acreditación de vínculos de consanguinidad?

1. Sobre el particular, observó la Sala que:

a. Teniendo en cuenta el mandato de protección especial previsto en la Constitución y en distintos tratados internacionales, la jurisprudencia constitucional ha reconocido a los niños como sujetos de protección constitucional reforzada. Siendo uno de los principios orientadores de dicha protección el interés superior del menor de edad (mismo principio consagrado en el Código de la Infancia y la Adolescencia), el cual se determina atendiendo a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada niño, así mismo dicho principio adquiere relevancia en situaciones en las que estos derechos entran en tensión con los derechos de otra persona o grupo de personas y resulta entonces necesario realizar una ponderación, bajo el entendido que dicho interés no es absoluto pero prima de manera inexorable en todos los casos de colisión de derechos, siendo entonces autónomo y obligatorio para todos.

b. Se entiende entonces que la responsabilidad principal en lo que respecta a la custodia, la crianza y la provisión de los medios económicos básicos para el bienestar de los niños, reposa en la familia. La familia, en este contexto, no puede entenderse solamente en su acepción tradicional, sino que abarca todas aquellas formas de unidad social fundamental en la

que se inserte el niño, incluso extendiéndose a la familia ampliada, esto es, no se limita a aquella del modelo clásico compuesta por vínculos de consanguinidad, sino que se extiende a otras estructuras, conformadas por vínculos jurídicos o naturales, que surgen a partir de la convivencia y que se basan en el afecto, el respeto, la protección, la ayuda mutua, la comprensión y la solidaridad, según se expuso en mayor detalle en la sección E de la presente sentencia.

c. En este sentido, tanto los menores de edad como las mujeres privadas de su libertad, tienen derecho a que el Estado a través de las autoridades públicas, les sea mantenido un contacto permanente con su grupo familiar, obligación que resulta más relevante si dicho grupo está integrado en parte por menores de edad cuyos derechos son prevalentes conforme al principio del interés superior del menor, con el fin de preservar no solo la unidad familiar, sino adicionalmente alcanzar el desarrollo armónico e integral de los menores de edad.

d. El derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella tiene una especial importancia para los menores de edad, puesto que por medio de su ejercicio se materializan numerosos derechos constitucionales diferentes, que por lo tanto dependen de él para su efectividad: es a través de la familia que los niños pueden tener acceso al cuidado, el amor, la educación y las condiciones materiales mínimas para desarrollarse en forma apta. Cuando un niño ha desarrollado vínculos afectivos con sus cuidadores de hecho, cuya ruptura o perturbación afectaría su interés superior, es contrario a sus derechos fundamentales separarlo de su familia de crianza, incluso si se hace con miras a restituirlo a su familia biológica.

e. Por lo tanto, limitar la custodia de los menores de edad únicamente a aquellas personas que se encuentren unidas por un vínculo de consanguinidad al menor, no sólo resultaría violatorio de su derecho fundamental a la familia, sino que daría un entendimiento de ésta tan restringido que resultaría violatorio de la jurisprudencia constitucional. Como bien

se señaló en la sección E de esta sentencia el concepto de familia en modo alguno puede asimilarse con el de la consanguinidad, y hoy debe abarcar una multiplicidad de realidades sociales que tienen como común denominador los vínculos afectivos, que establecen una comunidad de vida y de cuidado mutuo.

f. Por lo demás, al analizar el marco jurídico aplicable a la custodia de un niño o niña que no pueda permanecer en el establecimiento carcelario, o cuando este sea mayor de tres (3) años, observó la Sala que se aplica un concepto amplio de familia que busca realizar el interés superior del menor de edad. Por lo cual, al momento de cumplir con cualquiera de los requisitos, la autoridad administrativa competente deberá evaluar la posibilidad de asignar la custodia a la persona referida por la progenitora, privilegiando a los parientes consanguíneos, sin que esto desconozca otro tipo de parentesco o concepto de familia en sentido amplio.

2. Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia que la expresión acusada desconoce el deber constitucional impuesto al Estado de garantizar, a los menores de edad, el derecho a preservar sus relaciones familiares, a crecer en una familia en la que puedan desarrollarse en dignidad, pues la norma acusada no permite que niños, niñas y adolescentes puedan crecer con personas quienes han mantenido lazos afectivos y de convivencia, como puede ser el caso de nietos, sobrinos e hijos de crianza, lo que no presupone necesariamente una relación de consanguinidad, lo que vulnera lo dispuesto en los artículos 13, 42 y 44 Superior, ya que la norma demandada se refiere exclusivamente a aquellas personas con las que se evidencie un vínculo de consanguinidad sin incluir a aquellas familias de crianza o un concepto amplio de familia.

En virtud de lo anterior, la Sala procederá a declarar la inexequibilidad de la expresión demandada, siendo enfática en que tal declaratoria no excluye el hecho que la custodia deba ser otorgada a los parientes consanguíneos, siguiendo el actual ordenamiento legal. Así mismo, reconoce la Sala que la decisión tiene como fin abrir la posibilidad de que dicha

custodia no se limite a dichos familiares, sino también a que ante la ausencia de padre o familiar con vinculo de consanguinidad, o en caso de que la persona recomendada por la progenitora privada de la libertad no cumpla con las condiciones necesarias para ser garante de los derechos de los menores de edad, los operadores jurídicos competentes (juez o autoridad administrativa) puedan otorgar la custodia a cualquier persona capaz e idónea (que cuente con lazos de consanguinidad o no), que demuestre con suficiencia y rigor probatorio lazos estrechos de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia. Dicha decisión se debe fundar siempre en el interés superior del menor, por lo cual, son los operadores jurídicos los llamados a evaluar de manera oportuna las pruebas idóneas para ponderar la situación económica, social, psicológica y cultural, en aras de determinar quién es la persona capaz de asumir la custodia del menor en los eventos señalados en el parágrafo 1o del artículo 88 de la Ley 1709 de 2014.

Ratio Decidendi: 59. Como se pudo observar anteriormente, esta Corte, en interpretación del artículo 42 Superior, tiene una extensa línea jurisprudencial que ha definido el sentido y el alcance del término familia como núcleo esencial de la sociedad, concluyendo que éste no parte de una realidad pre-establecida, sino que reconoce la evolución social, por lo que sus acepciones son abiertas y diversas. Ello permite afirmar que el núcleo matrimonial, o de padres e hijos, o si se quiere el núcleo más próximo a los menores no es necesariamente el único que se pueda entender como su familia, reconociendo de esta forma la jurisprudencia constitucional que la familia se constituye por vínculos jurídicos o naturales, por la decisión libre de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

60. En este sentido, tal y como lo prevé el artículo 35 del Código Civil, por parentesc

personas que descienden de un mismo tronco o raíz o que están unidas por vínculos de la

di

generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos

parentesco

mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo

61. En adición, como bien lo ha indicado la jurisprudencia constitucional, la familia como institución básica de la sociedad debe ser protegida y amparada por el Estado. Tal protección se hace extensiva tanto a las familias que surgen en virtud de cualquiera de los vínculos mencionados anteriormente (lazos de consanguinidad y parentesco civil), o de facto o familias de crianza, atendiendo al concepto sustancial y no formal de familia, que supone la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y el respeto mutuos que van consolidando los núcleos familiares de hecho.

Teniendo en cuenta lo anterior mal haría esta Corte en desconocer que la propia jurisprudencia constitucional ha reconocido un concepto amplio de familia, y es que el precepto demandado, sin duda alguna pretende que los niños y niñas puedan crecer en el seno de un hogar, donde encuentren lazos de amor que permitan fortalecer su crecimiento y coadyuvar en su desarrollo en condiciones de dignidad, por lo que limitar este derecho únicamente a aquellas personas que se encuentren unidas por un vínculo de consanguinidad al menor, no sólo resultaría violatorio de su derecho fundamental a la familia y los derechos fundamentales de los niños consagrados en el artículo 44 Superior, sino que daría un entendimiento de ésta tan restringido que resultaría violatorio de la jurisprudencia constitucional. Como bien se señaló en la sección E de esta sentencia el concepto de familia en modo alguno puede asimilarse con el de la consanguinidad, y hoy debe abarcar una

multiplicidad de realidades sociales que tienen como común denominador los vínculos afectivos, que establecen una comunidad de vida y de cuidado mutuo.

62. Lo anterior, trasciende esencialmente en el derecho fundamental de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella, en la medida que esta constituye el ambiente natural para su desarrollo armónico y el pleno ejercicio de sus derechos. Privar a un menor de crecer en un hogar con vínculos afectivos, que lo guíen y permitan la concreción de su dignidad humana, resulta, a todas luces, contrario a la dignidad que le asiste, así como al principio de prevalencia del interés del menor. La jurisprudencia de esta Corte ha sido clara al señalar la necesidad de la familia, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CP), como el lugar donde se desarrollan las primeras relaciones que preparan al individuo para su convivencia en sociedad; mal haría el Estado al privar al menor de iniciar el desarrollo su proyecto de vida en este núcleo, por la simple razón de carecer de un vínculo de consanguinidad, cuando luego de un ejercicio probatorio estricto, se determine que existen personas que tienen vínculos afectivos, así como la capacidad e idoneidad de acoger al menor que no puede permanecer en el establecimiento carcelario con su madre.

63. Ahora, el derecho a mantener la unidad familiar de las personas privadas de la libertad es restringido precisamente por el aislamiento penitenciario al que se ven sometidas. Pero tal limitación, manifestación propia de la especial relación de sujeción de estas personas frente al Estado, debe darse en observancia de los criterios de razonabilidad, utilidad, necesidad y proporcionalidad, y solo es viable cuando tiende a hacer efectivos los fines esenciales de la relación penitenciaria, específicamente la resocialización del interno. Si bien, prima facie podría señalarse que la limitación acusada podría resultar razonable y proporcionada, en la medida en que pretende que se evite la desintegración y desarticulación de los vínculos filiales más próximos, en la ausencia de familiares con vínculos de

consanguinidad, lo que terminan por hacer ese dejar a los niños y niñas en un estado de desprotección contrario a los mandatos 42 y 44 Constitucionales.

Cabe resaltar que la intención del legislador al aprobar esta disposición (Gacetas del Congreso 256/13 Cámara y 023/13 Senado) dan cuenta de que no se encuentra en el debate legislativo la finalidad para incluir la limitación del vínculo de consanguinidad para otorgar la custodia de los menores de edad de hijos de mujeres privadas de la libertad, o al menos referencia alguna o justificación a la misma. El texto aprobado es el mismo texto desde el tercer debate, sin que se encuentre el sustento razonable de la modificación al texto original.

64. Siendo ello así, no obstante que la medida legislativa que se cuestiona puede encontrar algún grado de justificación en el propósito de garantizar un mayor nivel de protección a los derechos de la población infantil que no puede permanecer junto a su madre en los centros de reclusión, la misma resulta a todas luces desproporcionada, inadecuada e innecesaria, en relación con las limitaciones que genera en el ejercicio de los derechos a la unidad familiar y a la dignidad humana, y con respecto al alcance claramente discriminatorio que produce. Ello, en perjuicio de aquellos menores de edad que carecen de un vínculo de consanguinidad con otro pariente no privado de la libertad, pero con el que tienen un vínculo

pueden ser puestos bajo su protección mientras su madre permanece en el establecimiento carcelario.

65. En definitiva, se reitera la posición adoptada por esta Corte, a la que ya se hizo mención en la sección E de esta providencia, así como en la sentencia C-026 de 2016, que le atribuye a la familia un alcance dinámico, acorde con la constante evolución e interacción de las relaciones humanas, motivo por el cual las medidas que se adopten en torno a su alcance, no pueden partir de una concepción meramente formal, sino atendiendo a criterios objetivos y

sustanciales surgidos de las diversas maneras que tiene las personas de relacionarse, y de la solidez y fortaleza de los vínculos que puedan surgir entre ellas.

66. Adicionalmente, observa la Sala que el marco jurídico aplicable a la custodia de menores de edad, en especial, aquellos que se encuentran bajo los presupuestos de la norma demandada, se enmarca en un

posibilidad de asignar la cust
progenitora privada de la libertad, privilegiando la red familiar, sin que esto implique que se puedan estudiar condiciones de otras personas cercanas al menor de edad. Anota la Sala que las decisiones que adopte cualquier autoridad administrativa o el juez de familia competente, sobre la custodia y cuidado personal del niño se funda y se debe fundar siempre- en el interés superior del menor, por lo cual, son estos los llamados a analizar el interés superior del menor de edad y evaluar de manera oportuna las pruebas idóneas que le permitan ponderar la situación económica, social, psicológica y cultural, en aras de determinar quién es la persona más idónea para asumir la custodia del menor.

67. Como consecuencia de lo anterior, no se pone en duda que la expresión acusada desconoce el deber constitucional impuesto al Estado de garantizar, a los menores de edad, el derecho a preservar sus relaciones familiares, a crecer en una familia en la que puedan desarrollarse en dignidad, pues la norma acusada no permite que niños, niñas y adolescentes puedan crecer con personas con quienes han mantenido lazos afectivos y de convivencia, como puede ser el caso de nietos, sobrinos e hijos de crianza, lo que no presupone necesariamente una relación de consanguinidad, vulnerando de esta forma lo dispuesto en los artículos 13, 42 y 44 Superiores, ya que la norma demandada se refiere

exclusivamente a aquellas personas con las que se evidencie un vínculo de consanguinidad sin incluir a aquellas familias de crianza o un concepto amplio de familia.

68. En consecuencia, considera la Corte que ante los problemas de constitucionalidad a los que se ha hecho expresa referencia, resulta apropiado declarar la inexequibilidad de la

88 de la Ley 1709 de 2014, tal y como lo solicita el demandante, pues una decisión contraria limitaría el alcance del derecho a la familia, y la especial protección de los niños, niñas y adolescentes (arts. 42 y 44 de la Carta), que ha sido reconocido ampliamente por la jurisprudencia constitucional. Cabe resaltar que, la declaratoria de inexequibilidad en modo alguno tiene como fin excluir a los familiares consanguíneos de la custodia de estos menores, quienes en todo caso, y siguiendo con la normatividad vigente, son los primeros llamados a ejercerla, sino que adicionalmente reitera que la familia también se proyecta en condiciones de igualdad a todas aquellas familias que responden a la evolución y dinamica de las relaciones humanas (tal como lo son las familias conformadas por padres e hijos de crianza, y aquellas caracterizadas y conformadas a partir de la convivencia y en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia), al margen de limitarse exclusivamente a la existencia de vínculos de consanguinidad o vínculos jurídicos. Por lo anterior, reconoce la Corte que le corresponde al juez o la autoridad administrativa competente otorgar la custodia del menor a cualquier persona capaz e idónea (que cuente con lazos de consanguinidad o no), siempre que dicha persona demuestre con suficiencia y rigor probatorio lazos estrechos de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor.

Resumen: Teniendo en cuenta el mandato de protección especial previsto en la Constitución y en distintos tratados internacionales, la jurisprudencia constitucional ha reconocido a lo

satisfacción de sus derechos e intereses debe constituir el objetivo primario de toda actuación,

La protección especial de los niños en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales que se refieren al tema se justifica por la necesidad de garantizar su dignidad humana, en virtud de la cual debe reconocerse a las personas como sujetos autónomos de derechos. A los niños, como todas las personas, les es inherente el principio de la dignidad humana (Preámbulo de la Constitución), el cual les garantiza, entre otras, la posibilidad de tener un plan de vida y de tomar decisiones de acuerdo con este plan. El adecuado desarrollo durante la niñez es una condición indispensable para que la persona pueda trazarse un proyecto de vida y actuar de acuerdo con él, por lo cual se le exige al Estado adoptar medidas especiales de protección durante esta etapa.

Esta protección especial reconocida a favor de los niños se concreta en principios más específicos. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño, encargado de aplicar la Convención sobre los Derechos del Niño, ha identificado cuatro principios generales que deben regir la actuación del Estado para proteger a los niños:

o principio general es el de respeto a las opiniones del niño.

En adición a los cuatro principios mencionados anteriormente, la jurisprudencia constitucional ha hecho referencia constante a uno adicional, diferenciable de los principios generales de la protección especial a los niños antes mencionados y que por lo tanto merece ser destacado. Se trata del principio de protección del menor frente a riesgos prohibidos, el

cual ha sido derivado especialmente del inciso 1 del artículo 44 de la Constitución, que

r a los niños de todo

tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que

(COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia del 19 de octubre de 2016. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo. (Sentencia Número C-569/16), págs. 14,15, 18, 19. Copia tomada directamente de la Corporación.).

2.3. Análisis Jurisprudencial Sentencia C-177-14

Corporación: Corte Constitucional.

Tipo de Sentencia: Constitucionalidad.

Fecha: 26 de marzo de 2014

Autor: Nelson Pinilla Pinilla

Problema Jurídico: ¿Permitir que las entrevistas forenses en casos de delitos sexuales en los que se vean involucrados menores de edad sean consideradas como elementos materiales probatorios desconoce el principio de igualdad, el derecho a la defensa material y técnica y principios integrantes del debido proceso en materia penal y probatoria, como la inmediación y la contradicción?

Tesis: las normas demandadas no desconocen el principio de igualdad, como tampoco los derechos al debido proceso y a la defensa, pues tratándose de niños, niñas o adolescentes víctimas de delitos sexuales, deben recibir un tratamiento diferenciado que garantice el interés superior del menor consagrado en el artículo 44 superior y demás normas

concordantes, sin que ello implique afectar el derecho a controvertir las pruebas, pues tal actividad puede efectuarse durante el juicio, debatiendo incluso el informe rendido por el profesional encargado de efectuar la entrevista al menor.

Ratio Decidendi: Las normas demandadas no contrarían el derecho a la igualdad, habida cuenta que no todo trato diferenciado constituye discriminación, siempre que se fundamente en criterios razonables y objetivos, como en el presente evento, bajo los parámetros del interés superior del niño, permitiendo que la entrevista se efectúe en un momento procesal distinto, tratándose de una víctima de delitos sexuales, precaviendo someterlo al ejercicio de interrogatorio.

Tratándose del presunto desconocimiento del derecho a la defensa y a la contradicción, no existe un real conflicto entre esas garantías y los derechos del menor de edad, en tanto la defensa no puede conllevar la realización de preguntas y contra preguntas a la víctima para pedirle describir en detalle un comportamiento al cual fue sometido.

El objetivo que persigue la excepción introducida por la norma impugnada es constitucional porque pretende la salvaguarda de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido víctimas de algún delito contra su integridad sexual.

Resumen: Protección constitucional a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra su libertad, integridad y formación sexuales. Tratándose de la niñez, por mandato constitucional consagrado en el artículo 44, sus derechos prevalecen sobre las garantías de los demás, siendo entonces sujetos de especial protección en favor de quienes existe la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistirlos y protegerlos con preeminencia, para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, al tiempo que cualquiera puede exigir a la autoridad competente su cumplimiento y la sanción a los infractores.

El artículo 44 ibídem señala dentro de los derechos fundamentales de los niños, entre otros, la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, el cuidado y el amor; además, se indica expresamente que serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, abuso sexual y explotación, al tiempo que gozarán de todos los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Entre estos Tratados destaca la Declaración Universal de Derechos Humanos (diciembre 10 de 1948), que consagra entre otras las garantías a la igualdad, la dignidad y la vida (arts. 1º, 3º y 7º), siendo importante lo referente al acceso a la administración de justicia, tanto para los adultos como para los menores de edad, acorde con la cual se tiene el derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, para el amparo contra actos que conculquen derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o en la ley (art. 8º).

También en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (abril 30 de 1948) se habían realzado los derechos a la vida, la igualdad y la dignidad (arts. I y II) y que todo niño tiene derecho a protección, cuidados y ayuda especiales (art. VII).

De otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (marzo 23 de 1976) exhorta a los Estados Partes a respetar y a garantizar, sin distinción alguna (art. 2º), entre otros, los derechos de todo niño a que se adopten las medidas de protección necesarias que su condición requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado. Se consagra además el derecho de todas las personas a la igualdad, sin distinción, y la prohibición de cualquier forma de segregación (art. 26).

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (noviembre 22 de 1969) reiteró la obligación de los Estados americanos de proteger los derechos de los niños y adoptar las medidas de protección que su condición requiere (art. 19). Lo propio señala el

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (diciembre 16 de 1966) con relación a los derechos de la niñez y de los adolescentes, donde se reitera que se deben adoptar medidas especiales para su protección (art. 10).

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador de noviembre 17 de 1988), contiene una serie de innovaciones, pues además de insistir en que los Estados partes se comprometen a brindar una adecuada protección al grupo familiar y, en especial, a adoptar medidas especiales de protección para los adolescentes, a fin de garantizar la plena maduración de su capacidad física, intelectual y moral (art. 15).

Se refuerzan además los derechos de los niños, reiterando que tienen derecho a las medidas de protección que su condición requiere, por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, debiendo en principio crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres (art. 16 ib.).

El primer texto internacional en este ámbito en la historia de los Derechos Humanos, es la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño (diciembre 26 de 1924), donde se reconoce por primera vez en su favor la existencia de derechos específicos y la responsabilidad de los adultos hacia ello, señalando en su preámbulo que los hombres y mujeres de todas las naciones reconocen que la humanidad debe al niño lo mejor que tiene y refrendando que debe ser el primero en recibir ayuda en momentos de angustia (art. 3º).

Se exigen mayores esfuerzos para la protección de las prerrogativas de la niñez en la Convención sobre los Derechos del Niño (noviembre 20 de 1989), reiterando que los menores de edad deben crecer en el seno de la familia, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

En la referida Convención se reconoce el denominado interés superior del niño, el cual deberá ser atendido primordialmente en todas las medidas que les resulten concernientes, adoptadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos (art. 3.1.), conminándose a los Estados

c) Autorizar la presentación y consideración de las opiniones, necesidades y preocupaciones de los niños víctimas en las actuaciones en que se vean afectados sus intereses personales, de una manera compatible con las normas procesales de la legislación nacional;

d) Prestar la debida asistencia durante todo el proceso a los niños víctimas;

e) Proteger debidamente la intimidad e identidad de los niños víctimas y adoptar medidas de conformidad con la legislación nacional para evitar la divulgación de información que pueda conducir a la identificación de esas víctimas; se pondrá especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en esta ley. Igualmente velará porque no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo de proceso judicial de los responsables.

En los casos en que un niño niña o adolescente deba rendir testimonio deberá estar acompañado de autoridad especializada o por un psicólogo, de acuerdo con las exigencias contempladas en la presente ley.

En las diligencias en que deba intervenir un niño, niña o adolescente, la autoridad judicial se asegurará de que esté libre de presiones o i

Bajo tales supuestos, la Constitución y la ley especializada en la protección de menores de edad, imponen a la autoridad judicial tener presentes tales criterios, entre otros, de modo que se garantice la satisfacción de sus intereses y se evite ponerlos en riesgo frente a eventuales nuevos actos de agresión.

Critica del Estudiante: Si bien es cierto, en primera medida podría parecer in-equilibrada y discriminatoria la posibilidad de que un

a entrevista forense sea tenida en cuenta no como información obtenida sino como elemento material probatorio e incluso podría parecer que se violenta el principio de igualdad de armas entre la defensa y la fiscalía, debe considerarse que esta excepción no aplica para todos los casos en los cuales se cometan delitos que vulneran la libertad e integridad sexual sino solamente para aquellos en los que la victimas es un menor de edad, lo cual nos remite de inmediato a una tutela mayor por parte del ordenamiento jurídico y a una innegable especial protección, a saber, tratándose de dichos delitos y en particular de dichas victimas el proceso admite un trato diferenciador en atención a la condición de ser menores sin que esto implique libertad para resquebrajar los limites procedimentales, pero sí abriendo la posibilidad de permitir excepciones a reglas generales, en este caso, la admisión de entrevistas forenses , en todo caso realizadas bajo todos los parámetros legales, como elementos materiales probatorios que además de esclarecer los hechos, eviten la re-victimización y la exposición del menor.

De igual manera, se es claro cuando se abre la posibilidad de que el profesional que realizo la entrevista pueda ser citado a rendir testimonio sobre a misma y el informe realizado, garantizado así el derecho a la contradicción.

En atención al cuidado especial de las victimas menores de edad, de su identidad, intimidad y la prevalencia que poseen sus derechos consideramos acertada la decisión de la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de los artículos demandados.

(COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia del 26 de marzo de 2014. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. (Sentencia Número C-177/14), págs. 21-34. Copia tomada directamente de la Corporación.).

Capítulo 3. Antecedentes legislativos

El 28 de julio de 2005 el senador en ese entonces Carlos Moreno de Caro presento ante el congreso de la republica el proyecto de ley 37 de 2005 con el objetivo primordial de introducir reformas al artículo 211 del Código Penal Colombiano (castración química para violadores reincidentes de menores de edad). Iniciativa sustentada en la necesidad inminente de responder antes las alarmantes cifras presentadas por el Instituto Nacional de Medicina Legal que registraron en ese año cada dos horas tres casos de violación a menores, arrojando una cifra de 14.239 dictámenes de violencia sexual de las cuales el 84,4% son mujeres menores de 13 años de edad.

Moreno expone: cárcel sirve para quitar de en medio a delincuentes y eso claramente lo cumple, pero no es el medio para devolverlos en condiciones saludables a la sociedad. La castración química es una oportunidad para que el delincuente por su propia cuenta intente salvar no solo su cuerpo si no también su mente y su alma.

El senador (Moreno, 2005) además, argumenta que tampoco existen graves efectos secundarios tras el tratamiento, y que tampoco perjudica la salud del paciente

Dicho proyecto es expuesto a continuación:

3.1. Proyecto de ley 37 de 2005 senado

Por la cual se modifica el artículo 211 del Código Penal Colombiano (castración química para violadores reincidentes de menores de edad).

El Congreso de Colombia

Decreta:

Artículo 1°. El artículo 211 de la Ley 599 de 2000 quedará así:

"Art. 211. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

1. La conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas.

2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.

3. Se produjere contaminación de enfermedad de transmisión sexual.

4. Se realizare sobre persona menor de doce (12) años.

5. Se realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo.

6. Se produjere embarazo.

En los casos en que se incurra en acto sexual violento y/o acto carnal violento de manera reincidente a persona menor de edad de catorce años, a una mujer, un anciano, una persona que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión, además de la pena privativa de la libertad que corresponda, se le aplicará, por solicitud del confeso, el procedimiento médico de castración química.

Parágrafo 1°. La solicitud del procedimiento de castración química deberá ser presentada por quien se le vaya a realizar la intervención. En caso debido a enajenación mental, disminución psíquica u otro motivo, se podrá autorizar el procedimiento a petición del padre, madre o esposo(a) del confeso.

Parágrafo 2°. Los reincidentes en los delitos sexuales descritos en el presente artículo que no se realicen el procedimiento de castración química, no tendrán derecho a fianza, indulto, perdón condicional, libertad condicional o disminución de la condena".

Artículo 2º. Esta Ley rige a partir de su publicación y deroga todas aquellas que le sean contrarias.

Carlos Moreno de Caro,

Senador de la República

(COLOMBIA. Congreso de Colombia. Proyecto de ley 37 de 2005. Por la cual se modifica el artículo 211 del Código Penal Colombiano (castración química para violadores reincidentes de menores de edad).En diario oficial Nº 481/05. Bogotá: imprenta nacional, 2005.).

El 10 de agosto de 2005 se realizó el primer debate que estuvo a cargo del senador Rodrigo Rivera Salazar a partir de la cual se formuló como resultado el siguiente pliego de modificaciones:

3.1.1. Pliego de modificaciones al proyecto de ley número 37 de 2005 senado.

Por la cual se adiciona un artículo al Código Penal Colombiano.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. Adiciónese un artículo al Código Penal del siguiente tenor:

Artículo 212ª. El Estado proporcionará el tratamiento psicológico hasta su rehabilitación tanto a las víctimas como a quienes resultaren condenados por las conductas descritas en los capítulos anteriores de este título.

Artículo 2º. Esta ley rige a partir de su publicación y deroga todas aquellas que le sean contrarias.

Rodrigo Rivera Salazar, Senador.

(COLOMBIA. Congreso de la república. Ponencia para primer debate al proyecto de ley 37 de 2005 senado. Por la cual se modifica el artículo 211 del Código Penal Colombiano. En diario oficial Nº 539/05. Bogotá: Imprenta nacional, 2005.)

Sin embargo el proyecto fue archivado el 14 de agosto de 2006, entre otras por las siguientes razones expuestas por el senador Rodrigo Rivera Salazar:

1. El proyecto se aleja de la realidad socio- económico y jurídico del país.
2. A pesar de que el proyecto contenía la salvedad de ser voluntario, el mismo aseveraba que en caso que el reincidente no se realizaba el procedimiento de

castración se restringía más severamente el derecho a la libertad, constituyéndose en un elemento que interfiere directamente en que la decisión sea voluntaria y legitima.

3. La puesta en práctica de esta forma de intervenciones en los cuerpos de las personas con el fin de cambiar actitudes y comportamientos, puede verse reflejada en la posibilidad futura de cambiar la manera de pensar de las personas cuando las vías sociales y legales no sean suficientes.

Capítulo 4. Aplicación de la medida en el derecho comparado

La castración química, bien sea obligatoria o voluntaria, es una medida usada para hacer frente al delito de violación sexual, l

Generalitat, determinó que el proyecto había fracasado, pues de los 40 internos que cumplían los requisitos para aplicarse dicho procedimiento, ninguno quiso acogerse a ésta opción dado a sus efectos secundarios (Depresiones, irritabilidad, aumento de las mamas, caída del vello), además agrega que ningún preso quiere ser el primero en someterse a la castración química

internos:

hasta ahora, ninguno de ellos ha aceptado seguir el programa, pensado para evitar que los violadores reincidentes vuelvan a delinquir cuando abandonan la cárcel.

Por otro lado Odette Terol, doctora en Psicología Clínica y Forense, ha mencionado pueden producir terror entre los internos, remarca que, al ser un tratamiento voluntario,

ría funcionar a la

(Garcia, 2012)

Podemos notar entonces que muy pocos países utilizan la medida de la castración química para prevenir los delitos sexuales contra menores de edad ya que esta medida resulta completamente ineficiente y además genera desconfianza tanto a nivel de la víctima como del victimario.

Capítulo 5. Análisis jurídico sobre la implementación de la castración química

Este proyecto de ley aún se encuentra en trámite en la cámara de representantes para su próximo debate, sin embargo el senado de la república ya emitió concepto favorable respecto al mismo, por lo tanto, fue aprobado en primer y segundo debate con las siguientes anotaciones:

5.1. Texto definitivo aprobado en sesión plenaria al proyecto de ley 197 de 2016 senado

TEXTO DEFINITIVO APROBADO EN SESIÓN PLENARIA EL DÍA 25 DE ABRIL DE 2018 AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 197 DE 2016 SENADO ACUMULADO CON PROYECTO DE LEY NÚMERO 200 DE 2016 SENADO por medio de la cual se formulan medidas que permitan prevenir y sancionar los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de los niños, niñas y adolescentes.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. *Objeto*. La presente ley tiene por objeto formular medidas que permitan prevenir y sancionar los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de los niños, niñas y adolescentes. Se crean los tipos penales autónomos de acceso carnal violento sobre menor de edad y acto sexual violento sobre menor de edad, se establece el tratamiento voluntario de inhibición hormonal de deseo sexual, se crea el registro de violadores y abusadores de menores y se dictan otras disposiciones.

Artículo 2º. Inclúyase el artículo 205A a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 205A. *Acceso carnal violento con menor de edad*. El que realice acceso carnal con persona menor de edad mediante violencia, incurrirá en prisión de trescientos (300) a quinientos (500) meses.

Artículo 3º. Inclúyase el artículo 206A a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 206A. *Acto sexual violento con menor de edad*. El que realice acto sexual con persona menor de edad mediante violencia, incurrirá en prisión de ciento ochenta (180) a trescientos sesenta (360) meses.

Artículo 4º. *Tratamiento voluntario de inhibición hormonal o castración química*. El Gobierno nacional ofrecerá a través de las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud y de manera gratuita, el tratamiento de inhibición hormonal o castración química, acompañado del tratamiento psicológico o psiquiátrico que corresponda, a las personas que hayan sido condenadas por los delitos contemplados en los artículos 205A y 206A de la Ley 599 de 2000, y que lo soliciten de manera voluntaria, con posterioridad al cumplimiento de la pena privativa de la libertad.

Parágrafo. El Gobierno nacional tendrá seis (6) meses a partir de la publicación de la presente ley para reglamentar lo relacionado con este tratamiento voluntario, incluyendo la duración del mismo, incentivos para quienes se sometan al tratamiento y para conformar un comité técnico-científico encargado de realizar el control y seguimiento a la implementación, aplicación y efectividad de las medidas contempladas.

Artículo 5º. *Tratamiento integral intramural y seguimiento pos penitenciario*. El Ministerio de Salud, en coordinación con el Ministerio de Justicia y del Derecho, diseñarán e implementarán un programa de tratamiento intramural y seguimiento pos penitenciario para los agresores sexuales de menores de edad. Este tratamiento tendrá como fin identificar los factores de riesgo de reincidencia e implementar las acciones que resulten necesarias para reducirlos, así como mantener un ejercicio permanente de verificación del riesgo que estos agresores puedan representar para su entorno una vez hayan cumplido la pena impuesta.

El tratamiento integral deberá incluir el empleo permanente del medio tecnológico más adecuado que permita el monitoreo pos penitenciario las 24 horas del día, el cual solo podrá ser retirado previo concepto favorable del programa de seguimiento para los agresores sexuales de menores de edad al que hace referencia el inciso anterior.

Parágrafo. El Gobierno nacional tendrá seis (6) meses a partir de la publicación de la presente ley para reglamentar lo relacionado con este programa.

Artículo 6º. Adiciónese al artículo 211 de la Ley 599 de 2000, el siguiente parágrafo:

Parágrafo. La causal contemplada en el numeral 4, no será aplicable a los delitos tipificados en los artículos 205, 205A, 206 y 206A del presente código.

Artículo 7º. *Registro de violadores y abusadores de menores de edad*. Créese el registro de violadores y abusadores de menores de edad, como herramienta del seguimiento pos penitenciario al que se hace referencia el artículo 5º de la presente ley, el cual tendrá como objetivo la realización del control y seguimiento permanente de aquellos sujetos que hayan sido condenados por la comisión de las conductas contempladas en los artículos 205A y 206A de la Ley 599 de 2000.

El fallo condenatorio por Comisión de Delitos Sexuales contra menores de edad, será enviado a la Policía Nacional para que esta entidad ingrese los datos del condenado a la plataforma digital Registro de violadores y abusadores de menores de edad.

Parágrafo Primero. En el desarrollo, interpretación y aplicación del presente artículo, se aplicaran de manera armónica e integral los siguientes principios:

1. Dignidad Humana. Las personas que sean objeto de inscripción en el registro a que se refiere el presente artículo, serán tratadas con respeto a la dignidad humana.

2. Prelación de los Tratados Internacionales. Prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción.

3. Prelación de los Derechos de los Niños. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

4. Intimidad. Toda persona tiene derecho al respeto de su intimidad. Nadie podrá ser molestado en su vida privada. En consecuencia, en ningún caso podrá hacerse público el contenido del registro al que se refiere el presente artículo ni su certificado de antecedentes. Ninguna persona natural o jurídica que no esté autorizada por la presente ley o por aquellas

disposiciones que la desarrollen, podrá solicitar información del registro al que se refiere el presente artículo.

5. Derecho a la Intimidad de las Victimas. Por lo anterior, no podrá el registro incluir en ningún caso información de la víctima, salvo su sexo y edad para efectos estadísticos.

6. Buen Nombre y Honra. Únicamente podrá realizarse el registro que trata el presente artículo cuando haya sentencia condenatoria ejecutoriada relacionada con alguna de las conductas punibles a que se refiere este artículo.

Parágrafo Segundo. El gobierno Nacional tendrá seis (6) meses para reglamentar las disposiciones contempladas en el presente artículo.

Artículo 8º. *Vigencia y derogatorias*. La presente ley rige a partir de la fecha de publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Con el propósito de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 182 de la Ley 5ª de 1992, me permito presentar el texto definitivo aprobado en sesión Plenaria del Senado de la República del día 25 de abril de 2018, al Proyecto de ley número 197 de 2016 Senado, *por medio de la cual se formulan medidas que permitan prevenir y sancionar los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de los niños, niñas y adolescentes. (*COLOMBIA. Congreso de la república. Texto definitivo aprobado en sesión plenaria el día 25 de abril de 2018 al proyecto de ley número 197 de 2016 senado acumulado con proyecto de ley número 200 de 2016 senado por medio de la cual se formulan medidas que permitan prevenir y sancionar los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de los niños, niñas y adolescentes. En diario oficial Nº 190/18.Bogota: Imprenta nacional, 2018).

Los delitos sexuales son los actos que vulneran la libertad así como el normal desarrollo psicosexual del menor sin su consentimiento, a base de engaños y regularmente con actos de violencia. Para prevenir y sancionar la comisión de este tipo de conductas se ha buscado aumentar las penas, actuar que ha tenido diversos efectos, pero que sigue resultando

medidas contempladas en el mencionado proyecto, lo que representa un volcamiento de recursos pertenecientes a la salud y un desgaste estatal prácticamente innecesario teniendo en cuenta que el tratamiento tiene la característica de ser voluntario y apelando al derecho comparado se ha demostrado que gracias a esta salvedad son pocos quienes acuden a este procedimiento, además de que los efectos secundarios generados limitan el deseo por parte del infractor de someterse al mismo, lo que conlleva a una fallida solución frente a la comisión de estos delitos.

Aduciendo a la definición que indica que: Los delitos sexuales son aquellos que vulneran el bien jurídico de libertad e indemnidad sexual de la persona, consideramos necesario enfatizar en que con la castración química se trataría únicamente lo concerniente a acceso carnal y/o penetración, por tratarse del procedimiento que disminuiría la capacidad de reacción del miembro viril ; sin embargo, no es correcto afirmar que bloqueando el deseo sexual la persona carezca de respuesta eréctil, porque el mecanismo de la erección no tiene nada que ver con la testosterona, su mecanismo de acción es distinto, pues la erección se produce a partir de un estímulo proveniente del cerebro. Es un vaso dilatación de los cuerpos cavernosos.

El uso de la castración química no evita la función eréctil, aunque si está asociado que al tener bajos niveles de testosterona no se pueda producir una erección; agregado a lo anterior, lo relacionado a actos sexuales, abusos y todos aquellos actos que se incluyen dentro de delitos sexuales quedarían casi que por fuera del espectro de acción de este procedimiento e incluso podrían fortalecerse los deseos, ansiedades y todo aquello que se ve reprimido al no poder responder sexualmente , no se puede olvidar que violencia sexual no es solo el acceso carnal, y que los estudios demuestran que los abusadores sexuales, no buscan placer en el sexo sino en el uso del poder sobre el otro (el abusado), lo que nos lleva a afirmar que el problema debe ser tratado desde otra perspectiva y no desde lo meramente hormonal.

Debe traerse a colación que la causa del problema del violador radica en la formación de la persona, este es un problema de orden social más que médico. No debe atacarse un problema mental por medio de una manipulación hormonal.

Si se ha comprobado a través de diversos estudios psicológicos que el placer del abusador sexual se deriva del sufrimiento que le hacen padecer a la otra persona, que ellos no sienten culpa, ni arrepentimiento al ejercer estas conductas, en términos generales sería casi imposible que ellos, por voluntad propia, sintieran la necesidad de acceder a este procedimiento o incluso que el endurecimiento de las penas les representara un freno para su actuar.

No hay un patrón que resulte común para todos los abusadores, su accionar es cambiante en razón de su medio ambiente, condiciones familiares, socioculturales, etc.; por lo tanto, pretender homogenizar esta situación y aplicar un mismo tratamiento hormonal para solucionar una problemática que radica en la subjetividad del ser humano es ilógico.

Además de considerar ineficaz la aplicación de la castración química como sanción y de resaltar la poca aceptación por parte de la población objeto de este procedimiento, hemos tenido a bien señalar la posible vulneración del principio de dignidad humana y derechos como: la libertad sexual del infractor una vez haya cumplido su pena privativa de la libertad; esto teniendo en cue

pena de prisión y cualquier tratamiento adicional, sea psicológico; medico; psiquiátrico, debería ser incluido dentro del término de la pena ya que este es precisamente en el que debe surtirse el proceso de resocialización, que inevitablemente debe garantizar la no reincidencia. Cualquier limitación a sus derechos posterior al cumplimiento de la pena deber ser considerada como vulneración e incluso como doble sanción, lo cual no es aplicable en nuestro ordenamiento jurídico.

Por otro lado, Iván Rotella, sexólogo y portavoz de La asociación Española de

un pederasta tras haberle practicado la castrac

Por lo que cada caso es distinto, no se les puede aplicar a todos en el mismo método, sino que es un problema que exige un tratamiento individualizado que incluya a psiquiatras, médicos, psicólogos, criminólogos etc.

Un estudio realizado por la fundación Víctor Grifols I Lucas del País Vasco, Una vez rota la inhibición para no forzar la voluntad de otras personas en el ámbito sexual, la probabilidad de nuevas agresiones sexuales tiende a aumentar. Los violadores tienden a ligar las fantasías de la masturbación con las conductas de violación anteriores, lo que hace más probable la aparición ulterior de estas conductas. Los pensamientos negativos, como el temor a ser detenidos, o el recuerdo de la cara de pánico o de la conducta de resistencia mostrada por la víctima, tienden a ser cuidadosamente relegados de su mente. Es decir, los agresores sexuales no realizan la conducta pensando en la posibilidad de ser detenidos o en la cuantía de la pena que habrá de imponerse, esto debido precisamente a la ausencia de autocontrol. (Fundación Víctor Grífols I Lucas del país Vasco. S.f. (Citado en informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley 197 de 2016 senado.2017).

Procurar responder con endurecimiento de penas (conociendo que la historia ha dejado ver que esto resulta ineficaz) o con procedimientos químicos voluntarios a una situación que es de orden sociocultural, mental y físico denota una ineficacia del rigor penal del Estado y de la poca o ausente investigación jurídica sobre la realidad social para dar paso a la creación de la norma que apunte a dar solución a tales problemas.

Es cierto, nuestra sociedad se ve fuertemente afectada por un problema que involucra a la niñez. Sin embargo; esto no da lugar a que la solución pueda ser arbitraria o producto de la ley del más fuerte, la regulación de tal conflicto debe ser objetiva e incluir a todas las partes

del mismo, de lo contrario, toda práctica jurídica que no conozcan a ciencia cierta la realidad a la que se refieren, están plenamente destinadas al fracaso.

Frente a la problemática de los delitos sexuales cometidos en contra de menores debe existir un auxilio genuino de otras ciencias y disciplinas que permitan que la respuesta frente a tal hostigamiento sea producida con fundamentos y miras hacia una verdadera sanción eficaz, esta decisión no puede ser tomada únicamente por el congreso de la República, la psicología, la antropología, las diversas áreas de la salud; deben necesariamente intervenir en la búsqueda de un conflicto que excede a lo meramente normativo por su naturaleza psico-social.

Por otro lado, el sistema jurídico-penal no puede olvidar que dentro de los fines de la pena se encuentra un fin resocializador que lo que busca no es impedir física o anatómicamente a los trasgresores de la ley (cualquiera sea el delito) para evitar la reincidencia, sino, de conformidad con los principios humanistas, buscar la readaptación social del reo.

Ahora bien, dentro del orden constitucional colombiano, no se puede señalar penas que afecten la integridad física del condenado y se debe promover siempre la tutela del principio de dignidad humana.

Es bien sabido que la sociedad en general se está viendo afectada por el flagelo de la delincuencia en materia sexual y que han resultado mayormente afectados los niños, niñas y adolescentes (población de especial protección) razón por la cual, el Estado debe actuar de manera urgente; sin embargo, la atención de este tipo de situaciones debe ser integral para garantizar que sea realmente efectiva, y eso incluye tanto a la víctima como al victimario; no se deben adoptar medidas desesperadas, las políticas deben ser integrales, deben ser de fondo y no solo de formas. La voluntariedad de este procedimiento reduce casi a un uno por ciento

la probabilidad de que se acceda a él, y la obligatoriedad del mismo significaría una violación a los derechos fundamentales; es decir, esta es una solución altamente falible.

La Corte manifiesta: la pena, para tener legitimidad en un Estado democrático, además de ser definida por la ley, ha de ser necesariamente justa, lo que indica que, en ningún caso puede el Estado imponer penas desproporcionadas, innecesarias o inútiles. La castración química voluntaria a todas luces resulta contraproducente en materia de Estado democrático.

En cuanto a la pena y la imposición de la misma una vez cometido el delito, reafirma la decisión del Estado de proteger los derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda de nuevo ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural.

Si bien la pena, es una necesidad social y un presupuesto para la conservación de la armonía en la sociedad y una garantía de protección de los derechos de los ciudadanos, no puede usarse esta como instrumento de violencia y aunque debe ser ejemplarizante no puede chocar con el generar terror.

Para concluir, es necesario recordar que Colombia no cuenta con un sistema de salud adecuado para este tipo de tratamientos que necesariamente deben incluir salud mental; los tratamientos que brinda el sistema de salud no son acordes a las necesidades de los pacientes, en consecuencia consideramos que adicional a un apropiado tratamiento penitenciario es necesario establecer un tratamiento integro que permita al victimario y a la víctima superar esta serie de infortunios, convirtiéndolos en sujetos útiles para la sociedad, tratar desde la raíz (padres, entorno familiar, escuelas, universidades, entornos laborales) segando desde el origen la cadena de abusos y violaciones.

derecho penal de la prevención

Wolfgang Nauck.

cualquier momento se puede burlar esta medida, bien sea por no consumir adecuadamente el tratamiento o por alterarlo con la ingesta adicional de sustancias estimulantes.

Desde la perspectiva de las víctimas:

Evitar la erección masculina no es garantía de que toda una patología mental que provoca una conducta sexual desviada y todo tipo de vejámenes que no incluyen penetración únicamente del miembro viril, se vea cegada.

Los delitos sexuales no se resumen solo en acceso carnal, considerar la castración química como el medio óptimo para la prevención de estos delitos, deja sin cobertura todo tipo de abuso y acto sexual que no culmina en acceso carnal pero que afecta igualmente la libertad, integridad y formación sexual de los menores.

Someter al acusado a este tipo de procedimiento expone a la niñez no solo a violadores sino a personas frustradas, deseos contenidos que alteran temperamentalmente y convierten al individuo en una persona más violenta, agresiva e incluso estimula la búsqueda de otro tipo de comportamientos que les permitan saciar sus deseos reprimidos.

La salvedad de que este procedimiento sea voluntario y considerando los efectos secundarios que este produce en el organismo masculino, minimiza las posibilidades de que tras una eventual sanción de este proyecto, realmente se acuda a la aplicación del mismo, lo que se traduce básicamente en una situación que deja a los niños, niñas y adolescentes en la misma situación de no protección.

En el supuesto de que se acceda a la aplicación del mismo, este debe ser usado de forma permanente para que pueda producir el efecto deseado, en caso de que el sujeto suspenda su uso, los efectos cesan y la producción hormonal retoma su curso. En un país con un sistema de salud tan ineficiente es muy posible que dada la inoperancia del mismo y los costos que este representaría para el Estado, esta posible solución termine sin cumplir

ninguna de las expectativas que hoy se analizan en el claustro legislativo, dejando una vez a la niñez al descubierto.

Desde la perspectiva del infractor:

El procedimiento afecta directamente el desarrollo hormonal, proceso que se sale de las esferas del ámbito jurídico-penal y afecta directamente el funcionamiento físico chocando con los fines humanistas del derecho y uno de los principios fundantes del Estado social de derecho: respeto por la dignidad humana.

Es deber del Estado proteger a los Colombianos en su integridad física, las sanciones penales no pueden afectar la misma aun cuando el procedimiento fuere voluntario, teniendo en cuenta el carácter de irrenunciabilidad que reviste a estos derechos.

El procedimiento por ser hormonal, necesariamente trae cambios al cuerpo masculino, como desaparición de vello facial, cambios de humor, tendencia a depresión, aumento de glándulas mamarias, entre otros. Aplicar un tratamiento que genera cambios en la apariencia física del infractor es una clara violación a sus derechos y enmarca un trato degradante, prohibido por nuestra Carta magna.

La castración química trata únicamente su sistema hormonal, por mayor deseo de resocialización que se vea expresado en su voluntad de aplicarse el mismo, este será ineficiente sino se acompaña de un tratamiento integral que visto desde la realidad socio-cultural actual y desde la capacidad de respuesta del sistema de salud colombiano sería una vana utopía pretender hacer que funcione.

Basta solo con echar mano del derecho comparado para saber que lo que hoy se discute dentro del órgano legislador no es más que una búsqueda facilista, irrisoria e incompatible con la tan atroz realidad que debe ser enfrentada de manera inmediata pero eficaz. Esto sin mencionar el despilfarre económico que esto significaría para el país aun conociendo que será completamente inútil.

Referencias

Aristizabal, M. M. (2016). *leyes.senado.gov.co.* Obtenido de PL 197-16 - Castracion Quimica.pdf: http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2016%20-%202017/PL%20197-16%20-%20Castracion%20Quimica.pdf

Q

Bustos, J. E. (1999). Pena. En F. M. Tomás, *Diccionrio Juridico Espasa* (pág. 735). Epaña: Espasa calpe, S.A.

CABALLERO, A. M. (06 de 05 de 1993). *corte costitucional.* Obtenido de Sentencia No. C-176/93: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-176-93.htm

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia del 06 de mayo de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. (Sentencia Número C-176/93), pág. 15. Copia tomada directamente de la Corporación.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia del 12 de septiembre de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. (Sentencia Número C-430/96), Pág. 1. Copia tomada directamente de la corporación

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia del 29 de marzo de 2012. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. (Sentencia Número T-260/12), págs. 10-15. Copia tomada directamente de la Corporación

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia del 19 de octubre de 2016. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo. (Sentencia Número C-569/16), págs. 14,15, 18, 19. Copia tomada directamente de la Corporación.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia del 26 de marzo de 2014. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. (Sentencia Número C-177/14), págs. 21-34. Copia tomada directamente de la Corporación.

COLOMBIA. Congreso de la república. Ponencia para primer debate al proyecto de ley 37 de 2005 senado. Por la cual se modifica el artículo 211 del Código Penal Colombiano. En diario oficial Nº 539/05. Bogotá: Imprenta nacional, 2005.

COLOMBIA. Congreso de la república. Proyecto de ley 197 de 2016 Por medio de la cual se modifica la Ley 599 de 2000 y se di Nº1103/16. Bogotá: Imprenta nacional, 2016.

COLOMBIA. Congreso de la república. Texto definitivo aprobado en sesión plenaria el día 25 de abril de 2018 al proyecto de ley número 197 de 2016 senado acumulado con proyecto de ley número 200 de 2016 senado por medio de la cual se formulan medidas que permitan prevenir y sancionar los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de los niños, niñas y adolescentes. En diario oficial Nº 190/18.Bogota: Imprenta nacional, 2018

Congreso de la república. (2017). Colección Universitaria Código penal ley 599 del 2000. Bogotá, D.C., Colombia: Legis S.A

Congreso de la república. (2014). Códigos básicos, constitución política de Colombia 31ª edición. Bogotá, D.C., Colombia: Legis S.A

Correa, W. (15 de junio de 2016). *Derecho y Perspectiva*. Obtenido de Derecho y Perspectiva: http://derechoyperspectiva.es/la-castracion-quimica-como-pena-aplicable-en-delitos-sexuales-contra-menores/

Dudaslegislativas.com. (s.f.). *Dudaslegislativas.com*. Obtenido de Dudaslegislativas.com: https://dudaslegislativas.com/delitos-sexuales-del-codigo-penal/

Generalitat de catalunya. (18 de septiembre de 2009). *Sala de prensa generalitat de calalunya*. Obtenido de Sala de prensa generalitat de calalunya: http://premsa.gencat.cat/pres_fsvp/AppJava/notapremsavw/85180/ca/departament-justicia-presenta-protocol-tractament-farmacologic-coadjuvant-intervencio-delinquents-sexuals.do

RAE. (2018).

25803A007639C7/$FILE/2_INFORTEMA_10_2016_2017_CASTRACI%C3%93N_QUIMICA.pdf

Sentencia No. C-176/93, Sentencia No. C-176/93 (Corte constitucional 06 de 05 de 1993).

SILVA, G. (2001). En g. g. silva, *BREVE DICCIONARIO ETIMOLOGICO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.* (pág. 529). mexico: El Colegio de México Fondo de Cultura Económica.

Telano, J. E. ((s.f)). Obtenido de https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/10741/Talano%2c%20Julio%20Emanuel.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Velasquez, f. V. (2013). sentido y fin (teorias sobre la pena). En f. v. Velasquez, *manual de derecho penal parte general* (pág. 162). Bogota: Edicione Juridicas Andres Morales.

Vilajosana, J. M. (2008). EL DILEMA DE LA CASTRACIÓN QUÍMICA. En J. M. Vilajosana, *Castración química y determinismo* (pág. 504). DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Recuperado de: http://www.biblioteca.org.ar/libros/141554.pd