

La ineficacia social - jurídico en los niños, niñas y adolescentes víctimas de los delitos sexuales.

Marlene González Calderón¹.

Raquel Roncancio².

Universidad Militar Nueva Granada

Facultad de Derecho

Especialización en Procedimiento Penal, Constitucional y Justicia militar

2013.

Resumen.

Los actos sexuales con menor de 14 años, son más frecuentes cada día más de lo imaginable, esto se presenta en todo el territorio nacional, y el Estado Colombiano aún no tiene una estructura lo suficientemente eficaz para poder prestar el acompañamiento y la ayuda necesaria a los niños y niñas víctimas de estas conductas delictivas, las cuales producen en los menores, depresión, tristeza, ansiedad, etc., afectándoles de sobre manera su desarrollo social presente y futuro. Si bien es cierto se han llevado a cabo grandes esfuerzos y existen entidades tales como “Creemos en ti” que dedican a esta resocialización y acompañamiento de los menores, enfrentando uno de los lineamientos del problema el gran cúmulo del número de víctimas y, muy pocas las entidades para atenderlos tales como fundaciones similares a la antedicha, tanto que esta es la única cuyos objetivos se enfocan en la rehabilitación de los menores perturbados debido al abuso sexual; aunque las entidades del Gobierno y del Estado tratan de co-ayudar dentro de sus políticas públicas con algunas actividades ante el tema, y aunado a la poca estructura enfocada a la rehabilitación de los menores de edad se haya la ineficacia por parte de algunos funcionarios tanto de entidades estatales y privadas en el acompañamiento para con los niños, niñas, adolescentes. Corroborándose con estadísticas y los

¹ Abogada egresada de la Universidad la Gran Colombia.

² Abogada egresada de la Universidad la Gran Colombia.

estudios realizados al respecto, por ejemplo, de acuerdo a información de esta entidad son más de 2000 niños que son víctima de este tipo de delitos al mes³, es donde se considera necesario contar con más apoyo, más acompañamiento, con funcionarios con ética dispuestos a entender, ayudar, acompañar, a sobresaltar constantemente el reconocimiento constitucional especial de estas personitas víctimas para que puedan tener una recuperación completa e integral social y/o jurídica, porque al incrementarles o el generar credibilidad a las futuras generaciones la efectividad de la Ley y al enseñarles que a través del apoyo emocional por parte del Estado y de la sociedad, pueden llegar a superar estos tipos de problemas, y es así como se forjará buenos ciudadanos.

Palabras claves: actos sexuales, ayuda, el menor de edad, Estado colombiano, víctima y sociedad.

Abstract

Sexual acts with child under 14 years, are more common every day more than imaginable, this occurs throughout the country, and the Colombian government has not yet efficient enough structure to provide the support and help needed to children victims of this criminal behavior, which occur in children, depression, sadness, anxiety, etc., affecting you in on

³ Fundación creemos en ti (2012) Recuperado el día 27 de junio de 2013 de <http://www.asocreemosenti.org/> Habla al respecto en un informe, así: existe una realidad paralela en la ciudad: cada mes llegan en promedio 195 niños y niñas víctimas de abuso sexual a la Asociación Creemos en ti, responsable de recoger todos los casos de abuso en Bogotá y Cundinamarca. Desde muy temprano, 35 psicólogos asumen la tarea de entrevistar a víctimas y victimarios que habitan en las 20 localidades de la ciudad. Cada mes realizan mínimo 5.000 sesiones. El número de denuncias por abuso sexual ha ido en aumento progresivamente: en 2011 la entidad registró 2.002 casos y en 2012, 2.358. A corte de junio de 2013 la Asociación ha recogido 1.184 casos de abuso sexual, una cifra mayor a las de 2012 y 2011 en el mismo período; el año pasado se registraron 1.105 abusos y en 2011, 1.067. Desde 1998, la Asociación Creemos en ti (contratada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) es la única entidad que busca rehabilitar a los victimarios y a los niños que han sido abusados. En lo que se refiere a 2012, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses registró 3.326 casos de violencia sexual infantil en Bogotá, lo que quiere decir que no todas las víctimas fueron atendidas. El panorama es más preocupante si se tiene en cuenta que, según la Fiscalía, el 70% de los casos no son denunciados.

how your present and future social development. While there have been great efforts and there are entities such as "believe in you" that engaged in this re-socialization and support of children, facing one of the guidelines of the large cluster problem in casualties and very few entities such as foundations to serve them similar to the above, while this is the only one whose objectives focus on the rehabilitation of disturbed children due to sexual abuse, although government entities and the state try to co-assist in their public policies with some activities to the issue, and coupled with the little structure focused on the rehabilitation of minors is ineffective by some officials of both state and private entities in the accompaniment to children, adolescents . Corroborating with statistics and studies about, for example, according to information of this entity are over 2000 children who are victim of these crimes a month, where it is considered necessary to have more support, more support, with ethics officials willing to understand, help, accompany, constantly startling special constitutional recognition of these little people victims to make a full recovery and comprehensive social and / or legal, because generating, increasing or credibility to future generations to effectiveness of the Act and to teach them to overcome these types of problems, forge good citizens.

Keywords: sexual acts, help, minor, Colombian, victim and society.

Introducción.

El niño no es propiedad de la familia. Ésta no puede hacer con él lo que quiera.

El niño es un ser humano: pertenece a la sociedad y representa su futuro.

Eduardo Galeano.

El abuso sexual constituye una experiencia traumática y es vivido por la víctima como un atentado contra su integridad física y psicológica, y no tanto contra su sexo, por lo que constituye una forma más de victimización en la infancia, con secuelas parcialmente similares a las generadas en casos de maltrato físico, abandono emocional, etc. Si la víctima no recibe un tratamiento psicológico adecuado, el malestar puede continuar incluso en la edad adulta. Los abusos a menores de edad se dan en todas las clases sociales, ambientes culturales o razas, pero

especialmente se evidencia en contextos de falta de recursos (Echebúrua, & Guerrica, 2005)⁴. En donde la mayoría los padres de familia también son personas de un nivel educativo mínimo tanto académico como moral y son familias muy numerosas y por esto tienen que vivir prácticamente en hacinamiento, lo que hace que se presente con mayor frecuencia este tipo de conductas contra los menores, perfectamente en una sola habitación vive una familia completa, de cinco (5) o seis (6) integrantes. Es así como se puede analizar que de los niños abusan los padres, los padrastros, los tíos los hermanos e incluso por persona de la misma edad o menores; sin dejar atrás el gran porcentaje los niños no viven con sus dos padres sino con uno de los dos y la pareja actual de este.

Hasta principios del siglo XX, la definición de abuso sexual a menores desde las dos ópticas: la jurídica y la psicológica, las cuales no siempre coincidían, por cuanto la valoración jurídica de esas conductas sexuales está condicionada por el criterio objetivable del grado de contacto físico entre los órganos sexuales de agresor y víctima, algo que no necesariamente correlaciona con la variación en el grado de trauma psicológico, pero con los nuevos ordenamientos jurídicos estas dos ciencias de estudio se han ido acogiendo la una a la otra con más razón, al sobresaltar la ley a los niños (as) y adolescentes a un mayor rango de valoración con relación a los derechos de los demás, pues los niños que son víctima de este tipo de delitos crecen con una cantidad de traumas los cuales en su gran mayoría influyen en su vida futura, pues un niño que ha sido víctima de un delito de estos y no ha sido tratado de forma integral para que pueda superarlo, en un futuro puede actuar de una forma igual o peor de cómo lo trataron a él (Grosman, & Mesterman, 1992)⁵.

⁴ Echebúrua, Enrique & Guerrica Echevarría, Cristina (2005). Según estudios recientes, estos comportamientos crueles están estrictamente relacionados con conocidos factores sociales y económicos que tienden a aumentar el nivel de estrés y de tensión en el hogar. La pobreza, el desempleo, los conflictos en la pareja, el abuso de drogas o de alcohol.

⁵ Grosman, Cecilia & Mesterman, Silvia (1992). Maltrato al Menor. Editorial Universidad, 1992. Después de ser violado (a) un niño, niña y adolescente, experimenta profundos sentimientos de vergüenza, degradación, miedo, rabia y desconcierto. Muchas víctimas padecen el síndrome de estrés post-traumático y sufren los efectos de pesadillas constantes o de imágenes muy vividas y obsesivas de los detalles de la agresión. El trauma de la violación llega a impregnar tanto los planes futuros como el día a día de la víctima.

Es por ello que se quiere analizar hasta qué punto el Estado Colombiano le brinda apoyo y acompañamiento a estas víctimas para que logren tener una recuperación total, crezcan sin odio y a futuro sean unas personas sin ningún tipo de resentimiento y útiles a la sociedad y a sus familia, se detallará si las entidades con las que cuenta el Estado son suficientes o si por el contrario se debería prestar más atención a este tipo de situaciones, que se presentan todos los días en la sociedad, en todas las clases sociales, con un poco de mayor frecuencia en los niños y niñas de estratos más bajos, pero además recalcar la importancia deontológica en la credibilidad de la ley, en la eficacia, en su aplicación para condenar con severidad a quienes llevan a cabo actos delictivos sexuales contra los niños (as) y adolescentes, porque con ello el menor confiará en la ayuda promitente del Estado y de la Sociedad. Empezando, el estudio de lo antedicho, con dar a conocer los diferentes actos sexuales abusivos de los cuales son víctimas los menores de catorce (14) años en la ciudad de Bogotá y más exactamente en los niños y niñas de los estratos uno (1) y dos (2), de la localidad de Ciudad Bolívar (zona 19), población esta que por tener un nivel cultural mínimo, son más vulnerables y se presenta con más frecuencia este tipo de actos contra los menores.

Es importante aclarar a los lectores que para tener un mayor entendimiento durante la lectura de este artículo, deben remitirse a los pies de página para tener un mejor entendimiento del contexto.

I. El abuso sexual en los menores de edad y su afectación psicológica y física.

Cuando se habla de delitos sexuales, se ubica en el discurso jurídico y la referencia es la norma como pacto social y cultural que constituye a los llamados delitos sexuales es la violencia erótica (Martínez, 1982)⁶, pues el abuso sexual es toda acción que un adulto hombre o mujer, le

⁶ Martínez Roaro, Marcela (1982). Delitos Sexuales: Sexualidad y Derecho. Para abordar las causas generadoras de la violencia erótica hay que definirla analizar a los sujetos involucrados en los hechos, su definición esencial, los vínculos que establecen entre ellos y en los ámbitos en que ocurren (espacio social, territorial, normativo). Así, el ámbito de la violencia erótica y de los llamados delitos sexuales es en primer término la sexualidad, y no la drogadicción, la crisis, la desintegración familiar ni el hacinamiento. En todo caso, estos fenómenos inciden sobre hechos cuyas causas están en la sexualidad y son definidas por el poder.

impone a un niño con el fin de lograr placer sexual, con o sin contacto. Aunque hay que sobresaltar que el abuso no solo se limita a penetrar al niño, va mas allá, cuando el abusador se exhibe, cuando muestra al niño pornografía o lo hace protagonista de la misma, cuando lo integra a la prostitución, cuando lo obliga a tocar sus partes íntimas, cuando lo mira y le habla de forma indebida, cuando lo obliga a repetir comentarios eróticos o seductores, cuando le da instrucciones para tener actividad sexual, besos, caricias, sexo oral, frotamiento de los genitales, llamadas telefónicas, etc.

Para abordar las causas generadoras de la violencia erótica hay que definirla analizar a los sujetos involucrados en los hechos, su definición esencial, los vínculos que establecen entre ellos y en los ámbitos en que ocurren espacio social, territorial y normativo. En todo caso, estos fenómenos inciden sobre hechos cuyas causas están en la sexualidad y son definidas por el poder (Martínez, 1982)⁷. El tema del abuso sexual debe ser analizado dentro del contexto de violencia y maltrato infantil que incluye tanto el maltrato físico como el psíquico, y toda otra forma de explotación o abuso contra los menores (Álvarez, & Borzone, 1987)⁸. El abuso de los niños por los padres es tal vez, como dice Cloe Madanes (2000)⁹, es el problema de salud mental más insidiosa, más grave y más destructiva de cuantos deben enfrentar los terapeutas. Aunque a priori los autores están de acuerdo en considerar que el abuso sexual es una violencia, a veces se

⁷ Martínez Roaro, Marcela (1982). La violencia erótica sigue normas generales; no es natural, espontánea ni arbitraria: es histórica y se va dando sólo en ciertas circunstancias e involucra a sujetos específicos. Véase, así: 1. La violencia erótica es un hecho constitutivo de la sexualidad, aunque en el sentido común se considere que es anormal, exterior, disfuncional, y que no es parte de la sexualidad, 2. Es una expresión de poder, de ahí que sea ejercida por quienes tienen poder sobre quienes no lo tienen, y 3. Sintetiza varios poderes: el del género dominante en la sociedad conjugado con el que otorga la edad, con el que se deriva de la plenitud integral del sujeto y con el que emana de la autoridad.

⁸ Álvarez, Atilio, & Borzone, Graciela (1987). Bases para reorganizar la función protección al del Estado en materia de menores, VII Encuentro Nacional de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de Menores, Mar del Plata, Argentina. El planteamiento recién esbozado ha sido objeto de una serie de matizaciones, las que tienden a destacar, por una parte, la necesidad de tomar en cuenta las circunstancias en que se produce la actividad sexual precoz y, por otra, las reacciones que suscita el hecho en el entorno en que se desenvuelve el menor.

⁹ Madanes, Cloe (2000). Las Estrategias no ordinarias para la rápida solución de problemas complejos. Es la mejor herramienta para la solución de los problemas traumáticos, como la violación sexual.

produce de tal modo, que hasta la misma víctima duda que la violencia haya existido (Carrara, Francesco)¹⁰. La violencia contra el menor se caracteriza, en general, porque ocurre dentro de la familia y ésta la oculta en la intimidad, no permitiendo que trascienda hacia afuera (Álvarez & Borzone, 1987)¹¹. Es justamente este ocultamiento el que impide que la Justicia pueda intervenir, si no existe una denuncia concreta (Álvarez & Borzone, 1987)¹².

Recientes investigaciones revelan que en los últimos años han aumentado en forma alarmante los delitos contra los niños. La prostitución infantil y la explotación sexual de menores, es practicada por individuos u organizaciones de distintos niveles sociales. A veces son los propios familiares del menor quienes los prostituyen o los venden a organizaciones delictivas; en otros casos se trata de intermediarios, traficantes y clientes, especialmente hombres, que ejercen el vil comercio de la prostitución, el turismo sexual y la pornografía de menores. La gravedad del tema hace imprescindible que su abordaje sea interdisciplinario y que a través de la participación de distintas disciplinas se generen estrategias y políticas que permitan implementar tareas preventivas, educativas y de sensibilización comunitaria (Clemente, 2010)¹³. A pesar de la preocupación de los organismos internacionales por la infancia maltratada, sabemos que en todos los países del mundo se violan permanentemente los derechos del niño y

¹⁰ Carrara, Francesco: Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, p. 196. La violencia contra el menor se caracteriza, en general, porque ocurre dentro de la familia y ésta la oculta en la intimidad, no permitiendo que trascienda hacia afuera. Es justamente este ocultamiento el que impide que la Justicia pueda intervenir, si no existe una denuncia concreta.

¹¹ Álvarez, Atilio, & Borzone, Graciela (1987). En general, ya se dijo que toda la problemática del abuso sexual infantil queda oculta en el seno familiar o en el interior de una parroquia, como ocurrió en el caso que nos ocupa.

¹² Álvarez, Atilio, & Borzone, Graciela (1987). Cuando la denuncia se realiza ante las autoridades, esto es consecuencia de una crisis agobiante producida dentro del grupo familiar que rompe el pacto de silencio tácito existente entre las personas involucradas. En otros casos se descubre el hecho casualmente y entonces se denuncia para no cargar con un peso de conciencia.

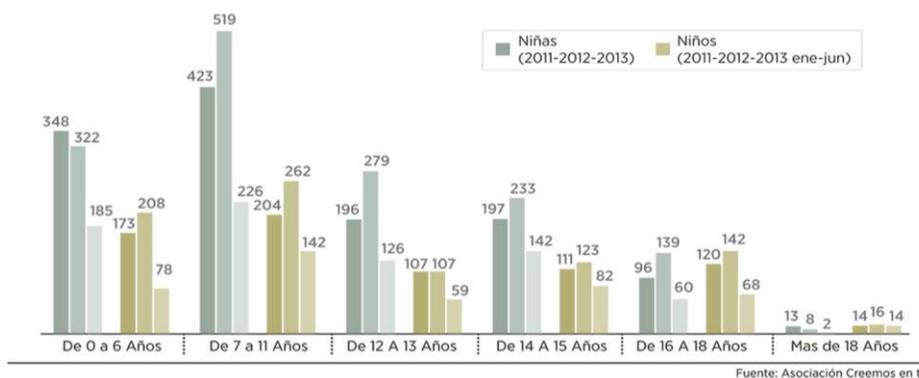
¹³ Clemente, José Luis (2010). Violación. Estupro. Abuso Deshonesto, Marcos Lerner Editora, Córdoba, pág. 68. Actualmente se nota una mayor predisposición a denunciar el maltrato y el abuso sexual, producto de la concientización que llevan adelante los especialistas en violencia familiar y los Centros de Atención de las Víctimas de Violencia Sexual dependiente de la Policía Nacional.

en ese sentido las múltiples declaraciones y los pactos existentes no son suficientes para detener este flagelo.

II. Situación actual de actos delictivos contra la integridad, en la localidad Simón Bolívar reporte actual.

La alcaldía de Ciudad Bolívar, ha informado que durante los dos (2) primeros meses del año se han registrado 20 casos de abuso sexual en la localidad, siendo las mujeres entre 3 y 38 años, la población más afectada. Aunque reveló que la cifra representa una reducción del 54% frente al mismo periodo del año anterior, también reconoció que el número de casos es escalofriante, por lo cual dijo que es necesario redoblar los esfuerzos para acabar de una vez por todas con el problema.

Ilustración 1. Estado actual de abuso sexual de menores en la ciudad de Bogotá D.C.



Fuente: información obtenida de la fundación Creemos en ti, 2013.

Los barrios en donde se registran mayor número de agresiones sexuales son San Francisco, Vista Hermosa, Lucero, Perdomo, Santo Domingo y Candelaria donde se han registrado siete capturas por estos hechos. Con el fin de contrarrestar este delito que afecta a la sociedad, la alcaldía de Ciudad Bolívar inició el día tres de julio del año en curso, una campaña preventiva contra el abuso sexual de niñas, niños y jóvenes en donde se motiva a la comunidad a denunciar estos actos sexuales y trabajar para evitar que nuevos menores sean víctimas del flagelo. Esta campaña en primera medida se realizará en las calles de la localidad, pero afirmó

que de manera sistemática se ampliará a los colegios y sitios deportivos donde la presencia de jóvenes y menores sea considerable.

III. La ausencia en la normatividad colombiana sobre la rehabilitación y resocialización de los menores abusados sexualmente y las organizaciones enfocadas a ello.

El Código de Infancia y adolescencia, con relación a la norma anterior y gracias a los fundamentos internacionales, se caracteriza por ser una norma con una finalidad garantista por los derechos de los niños, niñas y adolescentes en su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, prevaleciendo el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna.

Pero en medio de ello, con respecto al tema de la rehabilitación y resocialización de los niños víctimas y especialmente a causa de los actos sexuales, no se encuentra tácito como si lo enseña en el caso que el menor es quien ha actuado anti-jurídicamente; olvidando de resaltar que también una víctima con problemas mentales generados por actos de abuso sexual puede ser un futuro riesgo para la sociedad.

Con relación a las organizaciones en pro y cuyos enfoques sólo estén a tratar lo antedicho, actualmente existe una, la Asociación Creemos en ti (contratada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) es la única entidad que busca rehabilitar a los victimarios y a los niños que han sido abusados, siendo una situación de gran preocupación, en razón al gran incremento diario de las víctimas menores de edad, por abuso sexual.

IV. Procesamiento de los delitos sexuales en Colombia.

La violencia sexual es una problemática que cada día cobra más importancia entre la opinión pública. Día a día los medios de comunicación reportan la ocurrencia de casos y situaciones que resultan reprochables para la ciudadanía. Por su parte, diversas autoridades tanto

a nivel central como en los municipios y departamentos han venido anunciando medidas de protección a los menores de edad desde diversos frentes, atacando flagelos como, justamente, la comisión de delitos sexuales en su contra.

Sin embargo, los resultados de la acción institucional no han tenido la misma visibilidad que los anteriores aspectos. Por este motivo, vale la pena examinar cuáles han sido los resultados de los procesos penales tramitados bajo el sistema penal acusatorio, en relación con dicho tipo de delitos (Corporación por la excelencia en la justicia. Fiscalía General de la Nación)¹⁴.

De acuerdo con la información obtenida por la excelentísima Alta Corte de Justicia, en el marco de un proyecto realizado con el apoyo de la Embajada Británica, para el año 2012 ingresaron a la Fiscalía General de la Nación 28.342 noticias criminales por delitos sexuales en todo el país, siendo los más representativos: los actos sexuales con menor de 14 años (37%), el acceso carnal abusivo con menor de 14 años (23%), el acceso carnal violento (16%) y el acto sexual violento (9,9%). Un 76% de dichas noticias criminales ingresaron por vía de denuncias, mientras que 16% correspondió a actuaciones iniciadas de oficio y solo un 6% lo hizo por actos urgentes (Corporación por la excelencia en la justicia. Fiscalía General de la Nación)¹⁵. En razón de que la mayoría de los procesos evacuados en dicho año por la Fiscalía, corresponden al archivo de las diligencias de indagación, forma de terminación que fue aplicada a 4.298 noticias criminales. En cuanto a la causal del archivo, llama la atención que en un 46% de los casos en

¹⁴ Corporación por la excelencia en la justicia. Fiscalía General de la Nación (2012). Fiscalía General de la Nación - SPOA, Cálculos: Corporación Excelencia en la Justicia, 2013. Proyecto de Fortalecimiento de la persecución de los delitos sexuales contra las mujeres realizado con el apoyo de la Embajada Británica. Nota: Se excluyen las sentencias relacionadas con la ley 1098 de 2006, Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes. Recuperado el día 13 de julio de 2013 en la página web <http://www.cej.org.co/index.php/todos-los-justiciometros/3534-procesamiento-de-delitos-sexuales-en-colombia>.

¹⁵ Corporación por la excelencia en la justicia. Fiscalía General de la Nación (2013). Esta situación tiene el efecto de aumentar la posibilidad de absoluciones, especialmente por la complejidad probatoria que implica para la Fiscalía desvirtuar la presunción de inocencia de los procesados bajo estos delitos en la etapa de juzgamiento: mientras que las absoluciones en juicio oral solo constituyen un 23% de las sentencias totales, al compararlas únicamente con las condenas en juicio es decir, excluyendo las providencias por aceptaciones de cargos y preacuerdos, la proporción pasa a un 62% de condenas frente a un 38% de absoluciones.

que se aplicó esta salida se invocó la atipicidad de la conducta, mientras que otro veintisiete por ciento (27%) de estas noticias criminales fueron archivadas por inexistencia del hecho (Corporación por la excelencia en la justicia. Fiscalía General de la Nación)¹⁶.

Estas cifras indican que, ante el hecho de que más procesos por delitos sexuales deban ser llevados a juicio frente a la falta de disposición de los procesados por acceder a su terminación temprana, se incrementa el riesgo de que la Fiscalía pierda los casos en esta instancia. Así mismo, el hecho de tener que llevar mayoritariamente las causas a juicio implica a su vez la necesidad de contar con una fuerte capacidad investigativa por parte del Estado, siendo este justamente uno de los aspectos más críticos en el funcionamiento de nuestra justicia penal, que garantice a la Fiscalía contar con sustento probatorio sólido para acreditar la responsabilidad penal del procesado. En caso contrario, se podría propiciar el efecto totalmente contrario al que todas las autoridades persiguen: la impunidad frente a los casos de delitos sexuales (Corporación por la excelencia en la justicia. Fiscalía General de la Nación)¹⁷.

V. Tipo de medidas para mitigar y atacar los delitos sexuales contra los menores de catorce (14) años.

¹⁶ Corporación por la excelencia en la justicia. Fiscalía General de la Nación (2013). Estas cifras indican que, ante el hecho de que más procesos por delitos sexuales deban ser llevados a juicio frente a la falta de disposición de los procesados por acceder a su terminación temprana, se incrementa el riesgo de que la Fiscalía pierda los casos en esta instancia. Así mismo, el hecho de tener que llevar mayoritariamente las causas a juicio implica a su vez la necesidad de contar con una fuerte capacidad investigativa por parte del Estado, siendo este justamente uno de los aspectos más críticos en el funcionamiento de nuestra justicia penal, que garantice a la Fiscalía contar con sustento probatorio sólido para acreditar la responsabilidad penal del procesado. En caso contrario, se podría propiciar el efecto totalmente contrario al que todas las autoridades persiguen: la impunidad frente a los casos de delitos sexuales.

¹⁷ Corporación por la excelencia en la justicia. Fiscalía General de la Nación (2013). La mayoría de los procesos evacuados en dicho año por la Fiscalía, corresponden al archivo de las diligencias de indagación, forma de terminación que fue aplicada a 4.298 noticias criminales. En cuanto a la causal del archivo, llama la atención que en un 46% de los casos en que se aplicó esta salida se invocó la atipicidad de la conducta (es decir, por no tratarse de conductas proscritas bajo el Código Penal), mientras que otro 24% de estas noticias criminales fueron archivadas por inexistencia del hecho.

El Estado Colombiano desde el día veintiséis (26) de enero de 1990, en que firmó la convención sobre los derechos del niño, y al proyectar una de las constituciones políticas con mayor garantías a nivel mundial y especialmente el reconocimiento al grupo de personas con mayor vulnerabilidad física y psicológica, los niños, niñas y adolescentes, especialmente menores de catorce (14) años; se ha esmerado en crear diferentes organizaciones e instrumentos para combatir los actos de contravención y delictivos que incurran en el bienestar de las futuras generaciones. Y los delitos sexuales, sobre estas personas de especial protección constitucional, y estas conductas antijurídicas han influido en el bienestar presente y futuro de los menores de edad.

Por ello, los organismos del Estado en los diferentes regiones del país, recalcándose a la Alcaldía de Bogotá D.C., al Consejo Distrital y la Fiscalía General de la Nación. Este último ha aunado fuerzas junto con los dos primeros órganos rectores de la política pública, han diseñado políticas orientadas en la prevención y superación en las problemáticas a causa de los actos contra la libertad individual, integridad y formación sexual de los menores de edad, procurando la atención total en las áreas de justicia, salud, educación y protección a las víctimas de violencia intrafamiliar y sexual para lograr el restablecimiento de sus derechos vulnerados; fundamentada en tres ejes: 1. La protección de la vida, que se incluye el inicio de una vida digna, ciudad segura para niños, niñas y adolescentes y seguridad alimentaria; 2. La generación de escenarios propicios para el desarrollo, que incluye, relaciones propicias para el desarrollo, ambiente amigo de los niños, las niñas y los adolescentes, y niños y niñas a la escuela, adultos (as) al trabajo y 3. Condiciones para el ejercicio de la ciudadanía (Consejo distrital para la atención integral a víctimas de violencia intrafamiliar, violencia y explotación sexual (noviembre 15 de 2007)¹⁸.

¹⁸ Consejo distrital para la atención integral a víctimas de violencia intrafamiliar, violencia y explotación sexual (noviembre 15 de 2007). Dirección poblacional, subdirección para la familia, Secretaría Distrital de Integración Social, Bogotá D.C. Para el mismo efecto se considera víctima de violencia sexual la persona obligada a tener contacto físico de tipo sexual, o a participar en otras interacciones sexuales, mediante la fuerza, la amenaza, el chantaje, el soborno, la intimidación o cualquier otro medio que anule o limite su voluntad. También lo es la persona sometida y que no tiene forma de defenderse por ser menor de edad, joven, adulto mayor, y/o con limitaciones físicas, mentales, sensoriales y múltiples.

VI. La Imposibilidad de beneficios a las personas procesadas por delitos sexuales contra menores de edad.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha prolijado la tesis según la cual es inviable el instituto de la libertad provisional en tratándose de delitos sexuales contra menores de edad. En efecto en fallo de fecha 30 de mayo de 2012, con radicación 37668 la Corte dijo: 1. No procederán las rebajas de pena con base en los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004. 2. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.

La Sala, en pretérita oportunidad, se refirió al alcance de esta preceptiva precisando que el descuento punitivo previsto por razón del allanamiento a cargos también está incluido en la prohibición. Dentro de la argumentación expuesta, dijo también: “En su interpretación natural y obvia, es claro que el precepto atrás destacado busca cerrar cualquier puerta que en la delimitación exhaustiva de los siete numerales anteriores pueda quedar abierta, haciendo inequívoco el interés del legislador en que a la persona imputada, acusada o condenada por esos delitos señalados en el inciso primero del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, que arrojen como víctimas a infantes y adolescentes, no se les otorgue ningún tipo de beneficio, rebaja o prebenda legal, judicial o administrativa, con la sola excepción, porque expresamente se dejó sentada ella, de los beneficios por colaboración eficaz.”

Y basta verificar el contenido íntegro del artículo 199 en cita, en particular sus 8 numerales y el párrafo, para definir inconcuso el querer del legislador, que se extiende al inicio mismo de la investigación penal, en punto de las medidas de aseguramiento a imponer y su imposibilidad de sustitución; el desarrollo de la misma, con limitaciones respecto del principio de oportunidad y las formas de terminación anticipada del proceso; el contenido del fallo, restringiendo la posibilidad de conceder subrogados; y la fase ejecutiva de la pena, impidiendo la libertad condicional o la sustitución de la sanción.

VII. Régimen de prohibiciones que actualmente operan desde la perspectiva del proceso, cuando se investiga y procesa por conductas que lesionan los derechos de los niños (as) y adolescentes.

La afiliación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño a los sistemas jurídicos nacionales latinoamericanos ha producido a nivel normativo cambios legislativos significativos, que se expresan tanto en lo relativo a la protección de los derechos de los niños, en el sentido de deberes de prestación positiva del Estado, cuanto en lo que se refiere específicamente a la respuesta que el Estado debe dar a la situación en la que se imputa delito a un menor de edad (Sentencias T-460 de 2007)¹⁹.

Con el tiempo, la presencia de los niños en los grupos humanos ha provocado un creciente y evolutivo interés de parte de la comunidad internacional, en tanto se ha impuesto la necesidad de reconocer, precisar, proteger y consolidar sus derechos al amparo de unas categorías políticas y sociales que otorguen suficiente soporte al discurrir de su crecimiento, desarrollo e integración fundamental en la sociedad, que de suyo abrea desde antiguo en la irradiación de esa sorprendente inteligencia y demoledora capacidad de cuestionamiento que protagonizan los niños. Tal cambio supera la concepción tutelar clásica, pues al estar constituidos por nuevos estándares internacionales en materia de derechos humanos de la infancia (Beloff, 2004)²⁰ nuestra legislación, si bien revelan ciertas dificultades a la hora de dar contenido a la noción de “protección especial”, son muy precisos respecto de las características que debe tener un sistema de justicia que trate los casos de jóvenes menores de dieciocho (18) años imputados de infracciones penales, o cuando de estos se han afectado sus derechos.

¹⁹ M.P. Monroy, Maro Gerardo (2007). Sentencias T-460 de 2007, consideración jurídica No. 8. Al lado de las madres, de las personas de la tercera edad, de las personas en condiciones de discapacidad, de los refugiados y los desplazados, están los niños como sujetos de especial protección.

²⁰ Sobre las características de ambos modelos ver Beloff, Mary, Un modelo para armar y otro para desarmar: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular, en (Beloff, Mary 2004), Los derechos del niño en el sistema interamericano, Buenos Aires, Del Puerto, Capítulo 1.

El procedimiento penal actual acusatorio, al establecer la oralidad como uno de sus fundamentos, ha permitido mayores garantías con relación al antiguo sistema, en la eficacia de los principios procesales tanto para la víctima como para el procesado. Característico por ser un sistema garantista, y así lo ha confirmado las Altas Cortes Suprema de Justicia y Constitucional en su jurisprudencia, debido a las situaciones constantes de abusos sexuales hacia los menores de edad.

VIII. El valor probatorio del testimonio del niño, niña y adolescente como víctima, en el sistema penal acusatorio.

En el procedimiento para los niños, niñas y adolescentes afectados por los delitos sexuales, los funcionarios judiciales que intervienen deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, su protección debe ser más grande, su testimonio debido a su situación en particular debe tener un gran valor probatorio. Así lo ha expuesto la doctrina de la Corte Constitucional cuando enseña que las autoridades judiciales que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos. El testimonio hoy en día y especialmente en el nuevo sistema acusatorio, ya ha de ser creíble; la inconsistencia es cosa del pasado hoy en día, al tiempo que el proceso de visualización del fenómeno de abuso sexual infantil cobra trascendencia en todos los niveles, particularmente en el reconocimiento que la jurisprudencia ha hecho del testimonio de los menores de edad en los casos de abusos sexuales.

Es así como la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia del 26 de enero de 2006 (*radicación 23706*), retomó, ratificó y complementó sus líneas jurisprudenciales en cuanto a la impropiedad de descalificar *ex ante* el testimonio de un menor alegando supuesta inmadurez, especialmente si se trata de niñas y niños víctimas de abuso sexual. En esa ocasión la Corte sostuvo que a partir de investigaciones científicas es posible concluir que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su

memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales; ha dicho la Corte Suprema de Justicia, sobre el tópico²¹:

“Es igualmente equivocado calificar de falso un testimonio tan solo por provenir de un menor de edad. Es cierto, que la psicología del testimonio recomienda analizar con cuidado el relato de los niños, que pueden ser fácilmente sugestionables y quienes no disfrutan de pleno discernimiento para apreciar nítidamente y en su exacto sentido todos los aspectos del mundo que los rodea; pero, de allí no puede colegirse que todo testimonio del menor sea falso y deba desecharse. Aquí, como en el caso anterior, corresponde al juez dentro de la sana crítica, apreciarlo con el conjunto de la prueba que aporten los autos para determinar si existen medios de convicción que lo corroboren o apoyen para apreciar con suficientes elementos de juicio su valor probatorio”.

En Colombia a raíz de la implementación de la ley 1098 de 2006 mucho es lo que se ha debatido en relación con la garantía de derechos de los menores y más aún en lo que respecta a los delitos que atentan contra la libertad e integridad sexual. De acuerdo a la mencionada ley y a la legislación internacional que versa sobre el tema las diligencias tanto administrativas como penales deben propender por evitar la revictimización (Rochel, 2005)²², (Palomero, S 2007), (Unicef, 2009) garantizar el cumplimiento de todos y cada uno de los derechos de los niños (as)

²¹ Auto del 9 de marzo de 1992, Radicado 7999.

²² Rochel, (2005). Esta pericia es testimonial, significa que no puede ser repetida porque no se puede revictimizar al chico. Por eso es grabada y filmada, remarcó y agregó que si el juez la quiere convertir en prueba la convierte, el tema es que no es solamente esa la prueba definitiva. A cerca de cómo reaccionan los chicos durante el proceso contó que a veces bien y se establece un buen rapport entre el psicólogo y el chico. Otras, se ponen a llorar y hay que suspender la prueba y aclaró que el chico comunica lo que quiere, no se trata de una entrevista guiada totalmente, es en parte guiada. Se puede ahondar en determinadas situaciones cuando el chico así lo dice, cuando son muy chiquitos hay papel, lápiz y juegos. También destacó que el especialista nota cuando un chico está preparado, es decir, cuando fue instruido a decir determinadas cosas. Del otro lado pueden estar presentes el juez o el secretario general, el abogado defensor y el acusador, puede estar el fiscal o asesor de menores y los peritos de ambas partes.

adolescentes. (Modelo solidario, lineamientos técnico administrativos ICBF, 2006)²³. De igual forma, las directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos, emitida por la Organización de Naciones Unidas en el 2004 es clara y pone de manifiesto las reglas, normas y principios que orientan a quienes trabajan con niños víctimas y testigos de delitos en sus actividades cotidianas de conformidad con la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. En ése sentido, en el ordenamiento jurídico colombiano mediante la ley 12 de 1991 se incorpora la Convención de los Derechos del Niño a la Constitución Política Nacional, realzando la prevalencia de los derechos del niño sobre cualquier otro derecho. Sin embargo dentro del sistema judicial aún cuando se han generado herramientas para dar el mayor cumplimiento a lo anterior se encuentra que los mecanismos de atención a los menores, víctimas y testigos de delitos siguen siendo poco efectivos y persiste el hecho de exponerlos a situaciones que atentan contra su recuperación emocional ante los sucesos ocurridos.

En particular la presente disertación tomará como referencia el procedimiento utilizado para desarrollar la práctica de testimonio en las audiencias de juicio oral de niños (as) adolescentes que son víctimas o testigos dentro de delitos sexuales cuando el presunto agresor es mayor de edad. Para empezar, es importante mencionar que dichos menores en algunas ocasiones son expuestos a largas horas de espera para desarrollar las diligencias correspondientes, en otros, luego de ese tiempo se aplazan las diligencias, se realizan varias entrevistas solicitando el mismo tipo de información en diferentes oportunidades (al momento de la denuncia en la respectiva URI, en las diferentes entidades de atención por psicología, en Medicina Legal, etc.) lo cual genera agotamiento e incertidumbre ante lo que pueda ocurrir sin mencionar las repercusiones que esto pueda causar frente a lo que se refiere al recuerdo y a posibles variaciones en el relato por la afectación a nivel de memoria tal como lo mencionaron (Myers, J; Saywitz, K y Goodman, F 1996).

²³ Modelo solidario, lineamientos técnico administrativos ICBF, (2006). Consideraciones respecto a la práctica de testimonio donde los niños (as) adolescentes son victimas dentro del sistema penal acusatorio en los juzgados de Paloque. Recuperado de <http://psicologiajuridicaicbf.org/archives/572>.

Desde la atención realizada en los juzgados de Paloquemao se encuentra que si bien se ha dispuesto una defensoría de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (artículo 79 ley 1098 de 2006) que cuenta con un espacio para dicha espera y un profesional en el área de psicología para realizar la preparación previo ingreso a la denominada Cámara de Gesell y acompañamiento dentro de la misma los recursos son insuficientes y no logran modificar las falencias dentro de lo que implica el ejercicio de este tipo de actividades, lo inadecuado de los espacios físicos, la presencia de estímulos externos que generan ansiedad y la posible situación de que en el caso de las víctimas estas se encuentren con el presunto agresor como en los testigos que sean vistos por los sindicatos desconociendo lo consagrado en el Artículo 194 del código de procedimiento penal sumado al tipo de interrogantes planteados por las partes en la diligencia, defensa técnica, fiscalía, jueces, ministerio público (Artículo 391, código de procedimiento penal)²⁴.

En particular frente a la cámara de Gesell se encuentra que esta es un instrumento diseñado con el propósito de poder observar a los niños en su ambiente natural y sin interferencias con el fin de aislarlos de un entorno que puede generar mayor alteración en particular frente a casos de delitos sexuales, se busca crear un espacio propicio para que los menores no se sientan presionados por la mirada de un observador (Zannetta, M,2008), sin embargo en el caso particular de los juzgados de justicia ordinaria en Bogotá, se encuentra que si bien el espacio diseñado para tal fin es denominado cámara de Gesell este se compone de un cuarto con una mesa, sillas, cámara con circuito cerrado de televisión, audífonos, micrófono el cual no se ajusta a los procedimientos establecidos por su creador de hecho dentro de las recepciones de testimonios de los menores se presenta por una parte que el volumen del micrófono de los participantes en sala de audiencias es tan alto que los niños, niñas y adolescentes pese a que el entrevistador tiene los audífonos puestos alcanza a escuchar lo que sucede en la otra sala lo cual genera ansiedad por las características del contexto legal (tono de voz elevado, objeciones, cuestionamientos a lo manifestado por el menor, entre otros) y por otro, el volumen del micrófono que utiliza el niño para dar sus respuestas es tan bajo que muchas veces no se escucha en la sala de audiencias solicitando de manera constante que este repita lo

²⁴ Artículo 391, código de procedimiento penal.

que ha relatado lo cual una vez más genera revictimización y altera emocionalmente a los participantes.

Dichas variables son difíciles de controlar por el contexto y escenarios que se manejan dentro del sistema legal, de igual manera a lo largo de los juicios se identifica que aún prevalecen las intenciones de las partes procesales antes que los mismos derechos de los menores, cada uno de los abogados presentes dentro del contexto de desarrollo de la audiencia en particular el fiscal y abogado de la defensa centran su atención en cumplir el objetivo sobre el cual recae su función, decisión condenatoria o absolutoria de acuerdo a la teoría del caso que presenten, antes que lo que las preguntas desarrolladas puedan generar. Si bien es cierto que el profesional de psicología actúa como traductor ante los interrogantes planteados, artículo 150 y artículo 193 numeral 12 ley 1098 de 2006, ajustando el lenguaje a la capacidad de entendimiento de los menores de acuerdo al momento de su ciclo vital y realizando contención ante el impacto emocional generado por las preguntas planteadas en la mayoría de las ocasiones no cuenta con autonomía para modificar ciertas interrogantes que son atentatorias ni para dar guía u orientación a los entrevistadores para disminuir el daño generado en las víctimas y poder obtener la misma información sin necesidad de exponer a los menores.

IX. El papel del juez constitucional de control de garantías y la imposición de las medidas de aseguramiento al sindicado por delitos contra la libertad individual, integridad y formación sexual con menor de 14 años.

El Juez de Control de Garantías²⁵ debe ponderar en diversos eventos el necesario ejercicio de la acción estatal de verificación de la sospecha, de búsqueda de la verdad y de acopio del material probatorio, con la preservación de los derechos y garantías constitucionalmente

²⁵ Aponte Cardona, Alejandro (2010). Manual para el juez de control de garantías en el sistema acusatorio penal. 2da Edición. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa Escuela “Rodrigo Lara Bonilla. El Juez de Control de Garantías debe ponderar en diversos eventos el necesario ejercicio de la acción estatal de verificación de la sospecha, de búsqueda de la verdad y de acopio del material probatorio, con la preservación de los derechos y garantías constitucionalmente previstos para la persona procesada. niños,, niñas y adolescentes víctimas de delitos de trata de personas y explotación sexual / laboral, manual de procedimiento penal y de Protección.

previstos para la persona procesada. En diversas actuaciones, el juez deberá ponderar el correcto y necesario desenvolvimiento de la función de la justicia penal, con la preservación de los derechos y garantías; deberá valorar la legalidad y legitimidad de la intromisión estatal en los derechos fundamentales, frente a las necesidades de la persecución penal.

El juez de control de garantías al igual que el Fiscal Delegado o de Conocimiento, no interviene de forma directa en el abordaje único interdisciplinario del estado – AUIE²⁶-. Su labor en este abordaje coordinado de profesionales se concentra en garantizar que todas las actividades desarrolladas en el AUIE, al igual que durante toda la indagación e investigación, estén acorde con la ley en audiencias preliminares²⁷ o de control de legalidad²⁸. Además de garantizar la

²⁶ Naciones Unidas. Abordaje único interdisciplinario del estado. Manual de Procedimiento Penal y Protección Integral de niños, niñas y adolescentes víctimas de Trata de Personas y Explotación Laboral/Sexual.

²⁷ Artículo 154. modalidades. Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente: Se tramitará en audiencia preliminar:

1. El acto de poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos en registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones ordenadas por la Fiscalía, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.
2. La práctica de una prueba anticipada.
3. La que ordena la adopción de medidas necesarias para la protección de víctimas y testigos.
4. La que resuelve sobre la petición de medida de aseguramiento.
5. La que resuelve sobre la petición de medidas cautelares reales.
6. La formulación de la imputación.
7. El control de legalidad sobre la aplicación del principio de oportunidad.
8. Las peticiones de libertad que se presenten con anterioridad al anuncio del sentido del fallo.
9. Las que resuelvan asuntos similares a los anteriores.

²⁸ Artículo 237. Audiencia de control de legalidad posterior. Artículo modificado por el art. 68 de la ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente: Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al recibimiento del informe de Policía Judicial sobre las diligencias de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones, el fiscal comparecerá ante el Juez de Control de Garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado. Durante el trámite de la audiencia podrán asistir, además del fiscal, los funcionarios de la Policía Judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia. El juez podrá, si lo estima conveniente, interrogar directamente a los comparecientes y, después de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano sobre la

legalidad y pertinencia de las actividades encaminadas a obtener medios cognoscitivos de prueba, elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida, debe asegurar que ninguna de las actividades contravenga el bienestar de la víctima, como sujetos de especial protección de derechos.

La norma dispone que los jueces de control de garantías y de conocimiento puedan determinar que las audiencias sean públicas o privadas por tratarse de temáticas tan delicadas como el abuso sexual hacia un menor de edad; lo cual deberán decidir conforme a cada caso, atendiendo a su naturaleza y características, a las condiciones del adolescente y, en particular, a los posibles efectos psicológicos negativos de la publicidad de las audiencias sobre el mismo. La norma otorga así un voto de confianza al juez, como garante o como director del proceso, para lograr la efectividad de la protección especial del adolescente.

Con respecto a las medidas de aseguramiento, el juez para determinar sobre estos debe tener en cuenta los requisitos y los supuestos en que ellas resultan procedentes, así como las condiciones para su cumplimiento, adjunto a ello debe resaltar las decisiones que involucran consideraciones de política criminal, de conveniencia y de oportunidad que caen bajo la órbita de competencia legislativa. Sin embargo, no se trata de una potestad absoluta sino que ella encuentra su límite en los fines constitucionales y en los derechos fundamentales, y debe estar guiada por los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Es decir, las medidas de aseguramiento deben someterse al cumplimiento de estrictas exigencias fundamentales que estructuran su legalidad: 1. deben ser decretadas por intermedio de una autoridad judicial, en el desarrollo de un proceso al cual acceden o accederán; 2. con carácter eminentemente provisional o temporal; y 3. bajo el cumplimiento de los estrictos requisitos que la Constitución y la ley prevén. Adicionalmente, deben estar fundamentadas en alguna de las

validez del procedimiento. Parágrafo. Si el cumplimiento de la orden ocurrió luego de formulada la imputación, se deberá citar a la audiencia de control de legalidad al imputado y a su defensor para que, si lo desean, puedan realizar el contradictorio. En este último evento, se aplicarán analógicamente, de acuerdo con la naturaleza del acto, las reglas previstas para la audiencia preliminar.

finalidades constitucionalmente admisibles para su imposición. El artículo 250 numeral 1° de la Constitución destaca el criterio de necesidad como guía que debe orientar la imposición de una medida de aseguramiento, parámetro que se encuentra a su vez vinculado a las tres finalidades allí establecidas²⁹: 1. asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal; 2. la conservación de la prueba; y 3. la protección de la comunidad, en especial al menor víctima.

X. Análisis de la política criminal en torno a los actos de violencia sexual contra los menores.

Otorgarle ayuda psicológica a quien fue victimizado por un delito sexual, requiere con suma urgencia tener como plan dentro de la política criminal, en razón, que tal acontecimiento influirá de allí en adelante en su convivencia no sólo para con la sociedad sino también para con él o ella misma, tal categoría tiene que cuando el médico o psicólogo tienen conocimiento, directa o indirectamente, de una situación de abuso sexual contra un menor, lo asalta una serie de interrogantes cuya única respuesta la puede encontrar en la órbita de la ley y la Justicia (Perrone, & Martine, 1997)³⁰.

La intervención judicial permite a la víctima contar con la protección inmediata, y al agresor, asumir la responsabilidad de sus actos. En muchos casos se ha constatado que la ausencia de acción judicial puede constituir para el autor del abuso una justificación de su conducta transgresora, y para el niño, el no reconocer su condición de víctima le puede reforzar

²⁹ Dr. Córdoba Triviño, Jaime, nueve (9) de abril de 2008, Sentencia C-318/08. El margen de discrecionalidad con que cuenta el legislador para configurar los diversos procesos no es absoluto ya que el Congreso no puede configurar a su arbitrio o de manera caprichosa los procesos, pues -ciertamente- la Constitución reconoce a todo ciudadano el derecho a la igualdad, por lo cual las regulaciones legales deben ser razonables y proporcionadas, tal y como esta Corporación ya lo ha señalado en numerosas sentencias. De allí que, en la medida en que la propia Constitución atribuye al órgano legislativo la atribución de legislar en esta materia, es entendido que el Congreso tiene amplia discrecionalidad para regular los procesos y procedimientos judiciales, sin más limitaciones que las que surgen de la propia Carta Política.

³⁰ Perrone, Reynaldo & Martine, Nani (1997). *Violencia y abusos sexuales en la familia*. Cloe Madanes, Editorial Paidós Terapia Familiar. De la experiencia en la materia, la ley penal no es efectiva para los casos de maltrato y abuso en todas sus formas, cuando se trata de situaciones inter-familiares.

su sentimiento de culpa. La ausencia de sanción judicial por la transgresión cometida puede llevar al fracaso del trabajo educativo y terapéutico con el abusador y la víctima. La descalificación del trauma constituye a menudo un trauma complementario (Perrone, & Martine, 1997)³¹.

De la experiencia en la materia, la ley penal no es efectiva para los casos de maltrato y abuso en todas sus formas, cuando se trata de situaciones inter-familiares. Esto nos lleva a pensar que una intervención no represiva permite tal vez una mayor denuncia de estos hechos reprobables y este criterio es recogido por la Ley de Violencia Familiar, que permite a través de sus normas que el juez convoque a las partes a una audiencia de mediación, “instando a las mismas y a su grupo familiar a asistir a programas educativos o terapéuticos teniendo en cuenta un diagnóstico inter-familiar que previamente le permita conocer la situación de peligro y el medio socio ambiental de la familia” (Instituto Nacional de Medicina Legal & Ciencias Forenses 2010)³².

La deontología y la ontología siempre han estado en conflicto, y ello es lo que dificulta la eficacia de un programa, de un plan, de una ley, etc. Del documento a la realidad. Sin embargo, los casos no pueden ser generalizados, pero lamentablemente los argumentos por parte de los padres de las víctimas de abusos sexuales han manifestado la falta de cumplimiento en las políticas criminales en pro de estas, haciendo gran crítica no sólo al conducto inseguro que presenta el sistema acusatorio, sino las irregularidades del actuar de los funcionarios, y aún más al allanamiento de cargos, generando gran indignación no sólo a los familiares apoyo del menor sino esa personita que anhela creer en que su silencio no era la mejor alternativa.

³¹ Perrone, Reynaldo & Martine, Nani (1997). En la actualidad la Ley de Violencia Familiar constituye un importante adelanto en esta materia, fundamentalmente por que ha abierto otro camino que el del Código Penal y permite que el juez de familia pueda conocer los hechos de violencia, maltrato y abuso dictando las medidas cautelares necesarias para proteger en forma urgente al menor y al mismo tiempo que el grupo familiar asista a programas educativos o terapéuticos.

³² Instituto Nacional de Medicina Legal & Ciencias Forenses (2010), recuperado el día 10 de junio de 2013, de la página web <http://www.medicinalegal.gov.co>

XI. Cómo se evidencia la dinámica del proceso penal, del menor como víctima.

La Constitución consagra en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, como máximo órgano investigativo, específicos deberes en torno a la protección integral de los derechos de las víctimas de conductas punibles dentro de la actuación penal, siendo pieza fundamental en el propósito de alcanzar la verdad, la justicia y la reparación. Ahora bien, tratándose de delitos sexuales, a las víctimas de dichos abusos se les debe asegurar, además de la protección integral de sus derechos, un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades judiciales, quienes están obligadas a adoptar medidas para reducir los riesgos de la doble victimización que puedan ocasionarse en la práctica de pruebas o de otras diligencias judiciales, o en el manejo de la información sobre su identidad y los hechos del proceso (Sentencia C-209/07)³³.

La jurisprudencia de la Alta Corte Constitucional, amparada en disposiciones internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, ha señalado que se considera niño a todo ser humano menor de dieciocho años (18). En este sentido, ha dejado en claro que la protección especial de que son titulares los niños y niñas, se entiende referida, sin duda alguna, a todos los menores de dieciocho (18) años, dentro de los que se incluye a los adolescentes (Sentencia C-209/07)³⁴. La Constitución consagra que en cabeza de la Fiscalía General de la

³³ M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa (21 de marzo de 2007). Sentencia C-209/07, Referencia: expediente D-6396. “Cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente. No le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho sino al Estado, aún más en situaciones donde por razones culturales alguno de los padres considera como algo normal el ejercicio de la violencia sexual contra los niños o alguno de ellos considera ser titular de una especie de derecho sobre el cuerpo del menor”.

³⁴ M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa (21 de marzo de 2007). Sentencia C-209/07, “...en el pasado, el menor era considerado menos que los demás” y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo

Nación, como máximo órgano investigativo, específicos deberes en torno a la protección integral de los derechos de las víctimas de conductas punibles dentro de la actuación penal, siendo pieza fundamental en el propósito de alcanzar la verdad, la justicia y la reparación. Ahora bien, tratándose de delitos sexuales, a las víctimas de dichos abusos se les debe asegurar, además de la protección integral de sus derechos, un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades judiciales, quienes están obligadas a adoptar medidas para reducir los riesgos de la doble victimización que puedan ocasionarse en la práctica de pruebas o de otras diligencias judiciales, o en el manejo de la información sobre su identidad y los hechos del proceso³⁵.

XII. El menor de catorce años víctima de los delitos sexuales, en la sistematización legal de otros países del mundo.

Es menester, para conocimiento la relación de otras legislaciones vecinas, en donde se harán mención y/o recalcar en donde contempla tácito los actos delictivos contra la libertad individual y desarrollo sexual, pero una reforma llamativa sobre esta temática de estudio está en el país vecino Argentina.

Los actos delictivos sexuales, en el Código Penal de Venezuela están contemplados en la Ley 25087 de 2010.

algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.

³⁵ Ver Sentencia C-228 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa & Eduardo Montealegre Lynett. En dicha sentencia se hicieron las siguientes consideraciones que resulta pertinente recordar “tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia, no restringida exclusivamente a una reparación económica, fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.

El Código Penal chileno, tipificó la mayor parte de los delitos de significación sexual dentro del Título VII del Libro II, bajo la rúbrica Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública

Y el artículo 79 de la ley 63 de 28 de agosto de 2008 que contiene el Código Procesal Penal de Argentina (Código Procesal Penal - Argentina)³⁶, al ser modificado a partir del año 2010, incluyó dentro de su ordenamiento jurídico el término de prescripción para denunciar cualquier acto delictivo sexual ejercido sobre algún menor de edad, la nueva ley 234 de 2009 modifica el Código Penal y fija un nuevo criterio cuando la víctima de un delito contra la integridad sexual (como violación, corrupción de menores o prostitución infantil) sea menor de edad. Establece que en estos casos “los términos se computaran desde la medianoche del día en que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad”.

Conclusiones.

Para el Estado colombiano, ha sido de gran importancia tratar a los niños, niñas y adolescentes como fuertes participantes de la sociedad, en razón a que de ellos depende el futuro de esta, consiguientemente como se pudo detallar en el desarrollo de este artículo; antes de 1988, no existía un concepto de infancia y adolescencia y en consecuencia, los niños no eran considerados como sujetos de derechos, simplemente no eran apreciados, su voz no era valorada.

Actualmente el menor de edad, se reconoce como persona, condición que se logró con un avance vital en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, norma por el cual se deja tácito a los menores una categoría de personas con derechos privilegiados sin importar su raza, nivel educativo y estratificación.

Ante lo señalado, Colombia en su Carta Magna en el artículo 44 ha establecido la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás, dejándose este como derecho fundamental de aplicación inmediata, que establece una garantía mayor para los

³⁶ Código Procesal Penal de Argentina, artículo 79 de la ley 63 de 28 de agosto de 2008.

menores y una responsabilidad especial del Estado en la atención y defensa de sus derechos. Pues el niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos, como por ejemplo la condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo serían violatorias del principio (Sentencia No. T- 283 de 1994)³⁷, por actos delictivos como los de abuso sexual.

Los actos delictivos contra intimidad e integridad hacia un menor, se puede manifestar en cualquier contexto, pero con este documento se quiere resaltar, la ocurrencia de estos hacia los niños, niñas y adolescentes, cuyos habitas se ubican en estratificaciones muy bajas, como el sector de ciudad Bolívar, debido a la escases económica y falta de educación moral e intelectual, cuyas oportunidades en la calidad de vida son declives generando mayor debilitamiento a los menores ante algunas personas inescrupulosas.

Con el Nuevo Sistema Acusatorio, a pesar de ser un procedimiento con características de Justicia rogada, deontológicamente basa su objetivo garantista para las partes procesales, pero cuando está un menor de edad, trata el Estado por medio de sus funcionarios certificar el la eficiencia del procedimiento, tal como el debido proceso y su derecho de defensa aunado a la idea de la resocialización del menor como víctima de un abuso sexual por adulto o por alguien de su misma condición, ya que al niño, Niña y adolescente se le debe proporcionar la reparación justa y adecuada de los daños sufridos físicos, pero especialmente los psicológicos, la cual le deberá ser otorgada de carácter ágil e integral, mediante un trámite posterior al juicio. Ante ello, cabe dejar claro, si bien el Estado quiere resocializar al menor víctima de un delito sexual, en

³⁷ M.P. Dr. Cifuentes Muñoz, Eduardo (1994). Sentencia No. T- 283 de 1994. Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (CP art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla pro infans (CP art. 44). Se observa que el trato especial que se dispensa al niño, lejos de ser un intento de conferirle protagonismo, no es otra cosa que un ensayo de igualdad que realiza el mismo Constituyente: como el niño no sabe ni puede pedir, la Constitución autoriza a todos a que pidan por él; como el niño no puede hacer que sus derechos se impongan cuando entren en conflicto con los de los demás, la Constitución define directamente su prevalencia.

este momento, no se cuenta con los organismos competentes para tratar esta temática, detallándose sólo a una fundación para atender miles de casos de menores por abuso sexual.

La conceptualización de los niños, niñas y adolescentes como personas, empieza por el respeto a su integridad física y psíquica; continúa con su adaptación como sujetos en la comunicación, al escucharlos y tener en cuenta su opinión y tiene su culminación con el reconocimiento y efectividad de todos sus derechos, de tal forma que le permitan su desarrollo autónomo y el goce de sus derechos, conforme a las potencialidades que el nivel de desarrollo social les permita (Muñoz, 2006)³⁸.

En el panorama jurídico colombiano los niños merecen un trato especialmente protector, que debe reflejarse en todos los aspectos de la legislación, cuando quiera que el Estado identifique puntos de posible vulnerabilidad. Esta necesidad de considerar, en todos los aspectos de la realidad jurídica, que el derecho del menor tiene prevalencia sobre los demás, se conoce como el principio de interés superior del menor y constituye principio de interpretación de las normas y decisiones de autoridades que pueden afectar los intereses del niño. Este principio condiciona el actuar de la totalidad del Estado, así como de las instituciones privadas de bienestar social, a la hora de tomar decisiones en las que se vean afectados niñas y niños; siempre se ha de considerar, primordialmente, el interés superior del niño.

La importancia de aplicar el derecho a la reparación a las víctimas de delitos que son niños, niñas o adolescentes, consiste en que es la manera de lograr su reintegro a la sociedad y su recuperación física y de forma que en el resto de sus vidas puedan desarrollarse plenamente sin que el delito tenga en ellos mayores secuelas.

³⁸ Muñoz, Jesús Antonio (2006). Niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual. consejo superior de la judicatura sala administrativa escuela judicial, Rodrigo Lara Bonilla. Éstas y otras prácticas similares deben ser combatidas si queremos que los niños, niñas y adolescentes sean reconocidos como sujetos titulares de derechos prevalentes y que tales derechos sean efectivos.

Derecho al debido proceso. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados.

Todos los funcionarios, pero especialmente el fiscal debe tener en cuenta los intereses de la víctima y más aún si este es un menor de edad, desde el principio hasta fin de la actuación penal.

La víctima acude al proceso penal para obtener la satisfacción de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación; y así se reconoce en la misma Ley 906 de 2004. En el caso de los menores de edad víctimas de delitos sexuales, dicha protección adquiere un especial significado, pues el decreto y práctica de pruebas, así como la valoración de las mismas, deben estar siempre orientados hacia la protección del interés superior del menor, máxime cuando aquel es discapacitado y afronta las consecuencias del desplazamiento forzado. Así las cosas, la consagración constitucional de la víctima como sujeto que ocupa un papel predominante en el proceso penal, básicamente apunta al reconocimiento y protección de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, a través de su acceso a un recurso judicial efectivo, que se materializa en el hecho de que la actuación judicial se inicie y concluya con una decisión de fondo y, además, a que la misma se desarrolle con plena observancia de las garantías procesales, en particular, las de comunicación e información, que posibilitan el agotamiento de las acciones y los recursos judiciales, los cuales se constituyen en los mecanismos más efectivos para proteger y garantizar eficazmente los derechos de quienes han sido víctimas de una conducta punible.

Se resalta una vez más, la misión fundamental del proceso penal, la cual consiste en la realización del *ius puniendi*, el principio por el respeto al debido proceso. Pero en varios casos un gran cúmulo jueces ha omitido y también fiscales al no luchar y demostrar que los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre el derecho fundamental al debido proceso de sus victimarios. Pero al estar tan aunados estos funcionarios a la ley procesal, olvidan lo antedicho sólo por razones como el haber omitido darle a conocer al menor víctima a que no estaba obligado (a) a declarar

contra su tío, abuelo, hermano, etc. Y por ello los testimonios de estas víctimas de especial protección se descartan en el proceso penal porque no se le advirtió que podía abstenerse de acusar a su familiar.

Pues la entrevista forense a la víctima en el proceso penal es un elemento central al inicio de la actividad investigativa, ya que de la información obtenida de esta fuente primaria, la autoridad judicial se podrá formar una visión de los hechos, las personas que participaron, las posibles motivaciones y un sin número de antecedentes que le servirán para comenzar a desarrollar hipótesis de trabajo, y con ellas dar las instrucciones preliminares a los organismos auxiliares para que se efectúen las primeras diligencias investigativas y al no ser considerado lo dicho por el menor, el sistema penal no garantiza los derechos procesales de la víctima.

De lo antedicho, a pesar de que a través de diferentes instrumentos se ha tratado de velar por los derechos de los niños, niñas y adolescentes y más aún cuando son víctimas de delitos sexuales, aún se siente que en las normas jurídicas y en las prácticas sociales se excluyen a los niños, olvidándolos como sujetos de especial protección.

Es importante señalar que a pesar de los logros a nivel de los conceptos y de las normas a nivel internacional y nacional, la situación de exclusión de los niños aún continúa y se refleja en las normas. En consecuencia, es necesario promover el trabajo consciente y continuo en este sentido y especialmente ante la temática de la resocialización de ellos o ellas, y que sientan un verdadero acompañamiento, por parte de la sociedad y de funcionarios con la adecuada preparación y ética, en representación del Estado, dispuestos a entender, ayudar, acompañar, a sobresaltar constantemente el reconocimiento constitucional especial de estas personitas víctimas para que puedan tener una recuperación completa e integral social y/o jurídica, porque al incrementarles o el generar credibilidad a las futuras generaciones la efectividad de la Ley y al enseñarles que a través del apoyo emocional por parte del Estado y de la sociedad, pueden llegar a superar estos tipos de problemas, y es así como se forjará buenos ciudadanos.

Bibliografía.

Morillas Fernández, David Lorenzo (2005). Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil.

Calvo Bruzos, Socorro (1991). La educación para la salud en la escuela.

Díaz Cortés, Lina Mariola & Pérez Álvarez, Fernando (2012) Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información.

Martínez Roaro, Marcela (1982). Delitos Sexuales: Sexualidad y Derecho.

V. Intebi, Irene (2011). Proteger, reparar y penalizar.

Organización de Naciones Unidas (2005). Niñez y adolescencia: III Informe sobre derechos humano.

Téllez Rodríguez, Nelson Ricardo (2002). Medicina forense: manual integrado.

Avilés Gómez, Manuel (2009). Nicaragua. No más violencia sexual contra niñas.

J. Estes, Richard (2003). La Infancia como mercancía sexual: México, Canadá, Estados Unidos.

J. Freyd, Jennifer (2003). Abusos sexuales en la infancia: La lógica del olvido.

Montoya, Yván (2011). La impunidad en los delitos sexuales cometidos contra niñas, niños y adolescentes.

V. Intebi, Irene (1998). Abuso Sexual Infantil: En Las Mejores Familias.

Hernández Sánchez del Río, María del Carmen (2008). Educación sexual para niños y niñas de 0 a 6 años.

Echebúrua, Enrique & Guerrica Echevarría, Cristina (2005). Abuso sexual en la infancia: víctimas y agresores. *Un enfoque clínico*. Barcelona: Ariel 2ª edición, p. 1.

Grosman, Cecilia & Mesterman, Silvia (1992). Maltrato al Menor. Editorial Universidad, 1992.

Martínez Roaro, Marcela (1982). Delitos Sexuales: Sexualidad y Derecho.

Álvarez, Atilio, & Borzone, Graciela (1987). Bases para reorganizar la función protección al del Estado en materia de menores, VII Encuentro Nacional de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de Menores, Mar del Plata, Argentina.

Madanes, Cloe (2000). Las Estrategias no ordinarias para la rápida solución de problemas complejos.

Carrara, Francesco: Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, p. 196.

Clemente, José Luis (2010). Violación. Estupro. Abuso Deshonesto, Marcos Lerner Editora, Córdoba, pág. 68.

Documento de la Corporación por la excelencia en la justicia. Fiscalía General de la Nación (2012).

Documento del Consejo distrital para la atención integral a víctimas de violencia intrafamiliar, violencia y explotación sexual (noviembre 15 de 2007).

Sentencias T-460 de 2007, consideración jurídica No. 8 Auto del 9 de marzo de 1992, Radicado 7999.

Sentencia de tutela T-408 del 12 de septiembre de 2005. La jurisprudencia de esta Corporación, amparada en disposiciones internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Sentencia T-2418585 Acción de tutela instaurada por Néstor Iván Osuna contra la Fiscalía 21 de Cartagena y la Fiscalía Cuarta ante el Tribunal de Cartagena.

Perrone, Reynaldo & Martine, Nani (1997). Violencia y abusos sexuales en la familia. Cloe Madanes, Editorial Paidós Terapia Familiar.

Golding, Alexander & Stewart (2004). The effect of hearsay witness age in a child sexual assault trial, Volumen 5.

Chavenau De gore, Silvia (1990). Justicia de menores e inter-disciplina, Rev. "*Derecho de Familia*" N° 3, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Documento del Instituto Nacional de Medicina Legal & Ciencias Forenses (2010).

Sentencia C-209/07, Referencia: expediente D-6396, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa (21 de marzo de 2007). Sentencia C-228/02 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa & Eduardo Montealegre Lynett.

C- 828 del 20 de octubre de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto (2012). Colombia. Corte Constitucional

El siglo XXI es el siglo de los jueces y las víctimas, extraído el día 13 de junio de 2013, en: <http://www.eltiempo.com/>

Muñoz, Jesús Antonio (2006). Niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual. Consejo superior de la judicatura sala administrativa escuela judicial, Rodrigo Lara Bonilla.

M.P. Dr. Cifuentes Muñoz, Eduardo (1994). Sentencia No. T- 283 de 1994.