

LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN EL DELITO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO CON MENOR DE 14 AÑOS

por Maria Camila Fierro Cardoso

Fecha de entrega: 12-dic-2022 09:38a.m. (UTC-0500)

Identificador de la entrega: 1979126441

Nombre del archivo: AL_EN_DELITO_DE_ACCESO_CARNAL_VIOLENTO_CON_MENOR_DE_14_A_OS.docx
(132.54K)

Total de palabras: 9670

Total de caracteres: 52411

**LA DISCRECIONALIDAD
JUDICIAL EN ¹⁴ EL DELITO DE
ACCESO CARNAL VIOLENTO
CON MENOR DE 14 AÑOS**

por Maria Camila Fierro Cardoso



UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL

**LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL ¹ EN EL DELITO DE ACCESO CARNAL
VIOLENTO CON MENOR DE 14 AÑOS**

Estudia las diversas herramientas que tiene el juez para dictar fallo, en razón a ³⁶ un proceso judicial por el delito de acceso carnal violento con menor de 14 años.

MARIA CAMILA FIERRO CARDOSO

Director Temático y Metodológico

Dr. Edgar Fabián Garzón Buenaventura

Bogotá D.C.

7

LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN EL DELITO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO CON MENOR DE 14 AÑOS¹

MARIA C. FIERRO CARDOSO²

RESUMEN

66

La Discrecionalidad Judicial es la potestad otorgada al Juez para que adopte la decisión que en base a su raciocino considera pertinente proferir al momento de dictar un fallo judicial, de manera que, la legislación y jurisprudencia han creado normas, precedentes, doctrina propiciando un profundo análisis de lo que conlleva la discrecionalidad judicial, identificando cuales son las herramientas que puede emplear el operador judicial en la etapa procesal correspondiente.

En consecuencia, el estudio de las herramientas judiciales es amplio, vinculando los criterios auxiliares de Justicia, criterios de interpretación que determinan y facilitan el desarrollo de la justicia. Sin embargo, es importante precisar que la decisión que adopte el Juez no debe desconocer el ordenamiento jurídico debe existir legalidad en la misma, respetando los postulados del debido proceso.

Reconociendo que, si existe esa libertad basada en su discrecionalidad judicial, aplicando los principios de seguridad jurídica, principio del derecho a la defensa, principio del debido proceso que son postulados constitucionales que a la hora del desarrollo de un proceso judicial deben estar presentes en el desarrollo del procedimiento judicial.

19

¹ Este artículo se presenta con el propósito de optar por el título de Especialista en Derecho Procesal.

33

² Artículo de grado para optar el título de Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre de Colombia por Maria Camila Fierro Cardoso, Abogada egresada de la Universidad Surcolombiana.

De tal manera que, al indagar en profundidad lo que es la Discrecionalidad en el ámbito del Derecho Penal, identificamos que el legislador se ocupó en estricto sentido de constreñir al Juez, que dicha discrecionalidad judicial debe hallarse delimitada sin prescindir de las garantías constitucionales.

En base a lo anterior, surgió la duda a manera personal, como desarrolla la función de impartir justicia, por el operador (Juez) en un delito que atenta directamente contra la integridad de ser humano, pero aun, de una persona menor de edad, encontrándose en una posición que debe velar por el cumplimiento de la Justicia asegurando descubrir la verdad, justicia y reparación, y el óptimo funcionamiento de administrar justicia.

PALABRAS CLAVES: *Discrecionalidad; Judicial; Motivación; Proceso; Acceso; Carnal.*

INTRODUCCIÓN

Este artículo pretende resolver el interrogante referente en la fundamentación de su decisión, las diversas herramientas que influenciaron su decisión, por ejemplo, criterios interpretativos, jurídicos, normativos, empleados por el Juez al momento de administrar justicia, haciendo mención del proceso penal en especial el Delito de Acceso Carnal Violento en menores de 14 años, identificando lo que se entiende por el delito, la postura del jurista, la relevancia probatoria dentro del mismo.

De tal manera, que se procedió a analizar la discrecionalidad del juez de su función como juez, las herramientas de interpretación empleadas, la lógica jurídica, implementación de Silogismos, Criterios Auxiliares de Justicia. Además, se reconoció, que es parcialmente cierto, que los Jueces están sometidos todo el tiempo al imperio de la Ley, este postulado normativo posee

excepciones al mismo, en razón, a que, en caso en estudio, una vez, analizado, dependiendo de los hechos probados, el valor probatorio que el juez considere pertinente dar relevancia a la misma, son una serie de elementos que conlleva a determinar su decisión. De manera que, manifiesta que la discrecionalidad judicial no es absoluta, por tanto, el juez puede emplearla siempre reconociendo el ordenamiento jurídico, esto no significa que por su potestad puede quebrantar las disposiciones constitucionales, legales y jurídicas, por consiguiente, se exige que los fallos que se profieran por el juez deben estar fundamentados y/o motivados en forma debida, esto no implica que no presenten casos difíciles en los cuales existan vaguedades y/o vacíos normativos.

Esta obligatoriedad se impone, asegurando el principio constitucional del debido proceso, ya que estamos inmiscuidos dentro de un Estado Social de Derecho en el que todos somos sujetos de Derechos y Obligaciones, en el caso del juez, por ejemplo, es preservar y respetar las garantías procesales del sujeto de quien se pretende determinar su responsabilidad o de lo contrario su absolución.

Se observó, en cuanto al ²⁶ Delito de Acceso Carnal Violento con menor de 14 años, son sujetos de especial condición, por tanto, se consideran personas con falta de madurez, sin duda el Juez dependiendo del género, identificándose en mayor proporción, jueces de sexo femenino, profiriendo su decisión basada en su identificación con el caso en estudio.

En consecuencia, se analizó que en el ⁷ Delito de Acceso Carnal Violento y se observe, de cierta manera, se creería que la prueba conducente en determinar la conducta punible efectuada por el victimario sería el Examen Médico, sin embargo, se detalló que el Juez le otorga un valor distinto y prevalente al testimonio del menor, debido a que la víctima en su sentir demuestra el grado de afectación que le ocasionó el actuar contravencional.

HIPÓTESIS

El delito de acceso carnal violento en menor de 14 años, sin duda menoscaba los derechos e integridad de la persona víctima de este actuar contravencional, por tal razón, el juez en su labor de impartir justicia, está en la obligación de garantizar la protección de sus derechos fundamentales, por cuanto en el proceso judicial que se lleva en razón de este delito, la víctima queda expuesta en todo su sentir, prejuicios por parte de quienes estén vinculados al proceso o su entorno más cercano, afectaciones psicológicas y físicas. No obstante, se determinó que los Jueces Penales, en parte, pueden hacer uso de la discrecionalidad para proferir el fallo declarando o no la responsabilidad del procesado, por tal razón, surge el interrogante el cual el juez al ser aplicar la discrecionalidad, de cierta manera su criterio se ve influenciado por su moralidad, creencias, posturas como el machismo, enorme crueldad y en la forma en que exigen a las víctimas sobre como sortearían una u otra situación de acuerdo con las reglas de la experiencia.

Sin embargo, la discrecionalidad judicial al momento de dictar sentencia no es suficiente también se ve inmerso en el delito en mención la interpretación que realiza el juez penal, es una ardua labor, pende de quien cometió la conducta, nivel de parentesco, desconocido, un familiar o amigo y/o persona cercana a su círculo social, el material probatorio presentado, testimonios y el que tiene más relevancia en este caso como lo es el examen médico realizado por alguien especializado con el objetivo de determinar si efectivamente se accedió carnalmente de manera violenta al menor.

ESTRATÉGIA METODOLÓGICA

La investigación realizada tiene una metodología deductiva – analítica, en razón a que el objetivo principal de la investigación es indagar las diferentes herramientas interpretativas y/o criterios auxiliares que el Juez acude al momento de fallar en un proceso judicial de naturaleza

penal, permitiendo identificar como los jueces penales motivan el sentido del fallo, actuando dentro de los parámetros y/o límites establecidos por el legislador en el ejercicio de sus funciones de impartir justicia, específicamente en el Delito de Acceso Carnal Violento con menor de 14 años, delito denigrante que menoscaba los derechos de las personas víctimas del mismo, que sin duda involucra el lo que es llamado el “sentir” del juez.

RESULTADOS Y CONCLUSIONES

I. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL AL MOMENTO DE PROFERIR UNA SENTENCIA

LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

En un principio, antes de ahondar en el tema en mención, es menester precisar, la definición de la Discrecionalidad Judicial en el mundo y como ha evolucionado a través de los años, esto con el fin de que exista claridad en el tema y que facilite la comprensión de los siguientes capítulos en los cuales se profundizará aun más el asunto materia de investigación.

Nuestro país, Colombia, es un Estado Social y Democrático de Derecho, en el cual prevalece los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de Colombia, la cual dispone normas, reglas, principios y valores. Esta es definida como normas de normas, prevaleciendo sobre las demás (ordenanzas, reglamentos, Leyes Ordinarias, Decretos Ley, Leyes orgánicas y Especiales).

Por tal razón, los Jueces en Colombia están sujetos a lo establecido en los postulados constitucionales específicamente en el artículo 230 el cual indica: *“Los jueces en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”*. Es decir, en Colombia, los jueces deben someterse a lo ordenado por la ley, sin embargo, este postulado no es absoluto.

Lo anterior, se debe a los parámetros que evolucionaron a través de la historia; los jueces colombianos acogieron en estricto sentido los postulados iuspositivistas, no obstante, esto ha cambiado en razón a que los jueces han aplicado en sus labores diarias las diversas fuentes formales y materiales del Derecho, permitiendo al juez que imparte justicia ⁶⁵ la discrecionalidad en la aplicación de principios o estándares ante la indeterminación o el carácter abierto ante la norma jurídica a aplicar.

Es decir, que la decisión judicial en potestad del juez no es limitada como en un principio lo fue, en la actualidad, la discrecionalidad del juez depende en mayor parte a su análisis e interpretación, silogismos jurídicos, ponderación de principios y reglas, métodos deductivos e inductivos y la aplicación ⁷² de la doctrina probable y el precedente judicial constitucional.

Endicott (2006) sostiene ⁶ “la vaguedad es un rasgo esencial del Derecho (...) no podemos concebir una comunidad regulada por leyes precisas”. En consecuencia, el legislador está facultado para crear, modificar y/o proferir leyes que estén en armonía con el Ordenamiento Jurídico, no obstante, esta potestad no puede ser entendida bajo la magnificencia de su actividad legislativa, es decir, que la discrecionalidad judicial surge como una herramienta en razón a la vaguedad de las normas en ⁷⁵ el ejercicio de la función legislativa.

Al encontramos dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, regido ²¹ por los postulados establecidos en la Carta Magna, los Tratados Internacionales, y demás ²⁷ leyes, decretos, ordenanzas que están en nuestro Ordenamiento Jurídico, es claro, que ¹ la discrecionalidad judicial debe estar en armonía con lo establecido en el mismo, legítima.

Bell (1992) asegura que la mencionada legitimación “es la consecuencia de conceder un poder, es la llamada discrecionalidad fuerte o explícita. A manera de ausencia, indeterminación o vaguedad del derecho o del material jurídico, es la llamada discrecionalidad informal, instrumental o implícita”.

Se puede inferir de lo expuesto que existe un parámetro previo establecido, sin embargo, se le brinda esa libertad para que deliberadamente ejerza su discrecionalidad en razón a un error que afectan las normas o por el contrario, la aplique de acuerdo a las reglas establecidas en la misma que previamente determinó, por tal motivo, la discrecionalidad esta precedida por la racionalidad de quién imparte justicia (Juez).

Es importante para el estudio en mención, analizar las características que posee la discrecionalidad judicial que son las siguientes, la primera, es la libertad de decisión, la segunda, es la indeterminación del derecho y la tercera, la noción de poder.

En primer lugar, la libertad de decisión, comprende diferentes conceptos, pero existe uno, el cual se refiere a libertad respecto de un tercero, según, D’Angello Scheller (2017, p.197), es entendido bajo dos términos, “la primera falta de control o enjuiciamiento del tercero en la decisión discrecional” y la segunda “si es una decisión que es discrecional, precisamente no puede estar sujeta a control”

En efecto, la libertad discrecional, debe ser entendida bajo el presupuesto que puede tener como resultado diferentes connotaciones, una de ellas es positiva y la otra por el contrario negativa, en el sentido de que al entenderla de manera positiva es el derecho de decidir que tienen todo individuo sobre sí mismo y en el aspecto negativo, es que la libertad absoluta conllevaría a una serie de quebrantamientos, desconocimientos de derechos y arbitrariedades, entonces, no puede ser absoluta porque se estaría violando el principio de seguridad jurídica.

En segundo lugar, la indeterminación del derecho, la determina Rentería (2001, Como se citó en D'Angelo 2017), cuando decimos que el juez tiene discrecionalidad en sus acciones, ello significa que él (o ella) tiene las diversas posibilidades de escoger entre diferentes alternativas acerca de la estrategia para conseguir un determinado. En cuanto, a la indeterminación del derecho se puede presentar dos situaciones frente a la misma, una de ellas, es la falta de información y la segunda es la indeterminación a través de un caso.

Consecuentemente, en las situaciones en que los hechos no son claros, le permiten que la actividad del juez se base en la aplicación de las presunciones que establece la ley, solucionando en cierta parte, la ausencia de información, posibilitando la función judicial de los Jueces de la República y en lo correspondiente a la indeterminación por motivo de las vaguedades o la dificultad de la semántica son las matemáticas y la lógica la soluciona el problema en mención.

De manera que la indeterminación del derecho depende también de cada caso, no obstante, esta genera incertidumbre debido a que adolece y/o carece de verdad, por lo cual, ocasiona que no exista claridad si dispone o no del derecho que está en controversia.

La Discrecionalidad judicial respecto de la indeterminación recaen sobre cuatro pilares, según D'Angelo Scheller, (2017) son, primero, por las lagunas por falencias en la completitud del derecho por generalidad o limitación de contenido, segundo, por la indeterminación directa o intencional de la norma sobre la aplicación por parte del fallador, tercero, por la imprecisión o vaguedad —indeterminación semántica— y cuarto, por la incertidumbre referida a la indeterminación de la decisión, por indeterminación en la norma, a estos dos eventos finales la doctrina los reconoce como antinomias, que se presentan como contradicción entre normas (p. 202).

Ahora bien, la tercera característica ¹ de la Discrecionalidad Judicial, es la noción de poder en la discrecionalidad judicial, esto hace referencia al poder que existe en cabeza de quien pueda emplear la discrecional judicial, en cuanto a que dicha potestad discrecional puede ocasionar afectaciones a terceros en razón a que trae consigo consecuencias jurídicas relevantes, por tal motivo, debe emplearse con estricta observancia.

Por otra parte, ⁵⁸ el Juez en el ejercicio de su función judicial, podrá acudir a otros criterios que facilitarían su ardua labor como lo es impartir justicia, uno de estos es el Silogismo, es un mecanismo de interpretación hermenéutica, que dentro de la misma también se ve inmersa junto el uso de la lógica jurídica.

Fernández (1988 como se mencionó en Londoño, 2015) manifiesta que el Silogismo Jurídico ¹³ no es más “que un juicio lógico realizado por el juez quien partiendo de (i) una norma general (premisa mayor); lo correlaciona con (ii) un hecho relevante (premisa or) para tomar una (iii) decisión conclusión)”, es decir, que el juez al emplear los silogismos jurídicos, hace uso de herramientas que facilitan la interpretación de la norma permitiendo la aplicación de la lógica jurídica obteniendo como resultado una decisión judicial.

Al aplicar el silogismo jurídico, el juez debe acudir a esta herramienta que le otorga un orden al analizar la norma jurídica, sin dejar atrás su raciocinio y aplicando la lógica jurídica de acuerdo al caso, no dejando a un lado sus funciones judiciales, pero sin desconocer lo plasmado por el legislador, esto implica el reconocimiento de que no es absoluta la discrecionalidad del juez, debe existir un balance entre la labor legislativa y judicial.

Ahora bien, otro elemento que ayuda en el ejercicio del poder judicial son los principios constitucionales que en cierta manera limitan las disposiciones proferidas por el legislador, en razón a que los mencionados principios son mandatos emitidos por el juez constitucional, que siendo de carácter general ⁵⁴ son conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que su cumplimiento depende de las diversas posibilidades jurídicas.

Es decir, los principios constitucionales son ¹⁵ derechos fundamentales que todas las personas disponen y velar por el cumplimiento de los mismos recae principalmente en cabeza del estado, quien se encarga mediante las diferentes ramas del poder público efectuar la funciones de protección y control, resultando inmerso obligaciones tanto del estado como de los ciudadanos, encontrándose en posición de desequilibrio lo que conlleva a que dichos principios tengan cierto grado de aplicabilidad, a su vez, sean indeterminados.

Esto conllevaría, a que el juez entrara a estudiar la ponderación de los principios constitucionales, hace que sean cumplidos en diversos grados, cual tiene relación de prevalencia del otro de acuerdo con el caso en estudio, es por esta razón, que el juez puede interpretarlo y/o aplicarlo de diversas maneras.

Al momento de analizar la colisión de principios constitucionales e imponer uno sobre otro implica el menoscabo de un derecho, dicha afectación debe ser en menor proporción que al principio que prevaleció en razón a su trascendencia, Bernal (2005,) plantea la estructura de la ponderación o ley de ponderación hace alusión a cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro (p.584)

En parte, existe una confusión conceptual cuando se habla de los principios constitucionales, se entiende erróneamente que estamos aludiendo de manera implícita a las reglas, empero, no es correcto, debido a que existen diferencias significativas que han estudiado los filósofos del derecho.

En efecto, Zagrebelsky (1995, como se citó Ruiz, 2012) manifiesta que las reglas son por lo general, las normas legislativas son reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son predominantemente, principios. De manera que, las reglas son expedidas de manera que su cumplimiento es estricto, la regla es válida o no, son disposiciones definitivas, siendo divergentes con los principios, en fundamento a que es el juez mediante la ponderación de principios que le proporciona el valor conforme al grado en que se encontrasen sacrificando de “menor valor”.

Mediante la distinción de los enfoques estructural y funcional de los principios y reglas, las reglas son de carácter imperativo, por lo tanto, se cumplen o no. Ruiz Ruiz (2012, p. 9) menciona: “las reglas como razones para la acción, perentorias e independientes del contenido”. se infiere que, las reglas deben ser aplicadas por el juez cuando se atiende con el supuesto de hecho que la misma consagra.

Ahora bien, luego de realizar la distinción entre reglas y principios, es menester continuar con otro de los parámetros que pueden ser utilizados por el juez, al momento de estudiar cada caso, las herramientas jurídicas, que lo ayudan a determinar y/o establecer su decisión judicial dentro de los parámetros del derecho.

El método inductivo, se refiere a un método de interpretación, por el cual, permite extraer una conclusión que se encuentra implícitamente en las premisas; parte de una disposición normativa, es decir, se encuentra estrictamente dentro de un texto legal y se

puede inferir una conclusión de carácter general, De la Puente - Candamo (1945) considera:

² Como bases del juicio interpretativo existen dos entidades el caso en concreto y la norma genérica para este caso. Del hecho se pasa a la norma y para poder conocer si esa norma puede aplicarse al caso específico se inicia el procedimiento inductivo hacia las fuentes de la norma (p. 4)

Conforme a lo anterior, se busca en primer lugar, la analogía y/o similitud de manera generalizada previamente a realizar la inducción, una vez, se realiza esa analogía y/o similitud se procede con la inducción de lo señalado en la norma jurídica, si una vez estudiado la misma no determina u ofrece claridad, ⁵² se continúa con el método inductivo de los Principios General del Derecho, dejando por último la búsqueda en las fuentes formales de la ley.

En cuanto al Método de interpretación deductivo, se refiere a ir de lo general a lo particular, esto es la principal diferencia con el Método Inductivo, este método permite llegar a una conclusión particular a partir de una conclusión abstracta, partiendo de que ²⁷ si las premisas son verdaderas entonces la conclusión es verdadera. Agudelo Giraldo (2018, p. 4) precisa: ¹⁷ *“La relación entre premisa normativa y premisa fáctica corresponde a una relación deductiva donde la norma jurídica, que es general, se subsume frente a un caso particular”*.

⁵⁵ Con la aplicación de los Métodos Inductivos y Deductivos, permite al juez determinar el vigor de los conceptos jurídicos manifiestos en la legislación valiéndose de la existencia o no de un hecho probado o los casos cuando el Juez cuando el juez debe acudir a un grupo de conceptos específicos y/o particulares con el concepto General.

Ahora bien, es importante proceder a dar hablar acerca de la utilidad por parte de los Jueces de la Doctrina Legal en Colombia, esta es definida como un Criterio Auxiliar de la Justicia, de esta manera se entiende ¹⁰ el Juez en el ejercicio de su discrecionalidad pende la decisión que se espera proferir teniendo efectos jurídicos y legales que en gran parte están en el arbitrio del mismo.

La Doctrina Legal al ser un Criterio Auxiliar de la Justicia, su ejercicio de cierta manera genera un riesgo en la aplicabilidad de la misma, debido a que limita la discrecionalidad del juez, es decir, posee dos connotaciones, es un Criterio Auxiliar de Justicia que es una herramienta que se brinda al Juez para que facilite la función judicial que posee, sin embargo, se ha señalado que la misma genera una imposición sobre el operador judicial que es de estricto cumplimiento.

La Doctrina Legal en Colombia es entendida bajo el presupuesto de que son ¹⁹ tres decisiones uniformes proferidas por la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación sobre una misma decisión y/o mismo asunto jurídico que construyen lo que se considera bajo el ²¹ concepto de Doctrina Legal.

No obstante, tanto ⁵⁹ el legislador mediante el Congreso de la República de Colombia y la Corte Constitucional han conceptualizado lo que se refiere a la Doctrina Legal, en lo que se refiere al desarrollo normativo se ha señalado en ⁴ el Artículo 371 y 383 de la Ley 105 de 1980 *“Artículo 371. Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en dos decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga en dos decisiones uniformes para llenar los vacíos que ocurran, es decir en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso”*

Es contemplada en CC (Sentencia C-621/15, Col.): ⁶ La doctrina probable y el precedente judicial, son dos vías distintas para darle fortaleza a la decisión judicial y con ello contribuir a la seguridad jurídica y al respeto por el principio de igualdad. Mientras la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial, el precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutive de la decisión. (p, 1.)

Esta distinción es de gran importancia, en razón a que la doctrina probable y el precedente judicial son herramientas de apoyo por las cuales el juez puede interpretar de una manera que facilite el estudio de cada caso, por tal motivo, el juez al examinar el supuesto de hecho junto con la norma, en ocasiones, el operador judicial se limita a lo estrictamente señalado por el legislador, si bien es cierto, no es suficiente por lo que se obliga a acudir a la discrecionalidad judicial, haciendo uso de las consideraciones hechas a su raciocinio.

El juez en su discrecionalidad reconoce la obligatoriedad ⁴ del ordenamiento jurídico, en razón a que el ejercicio de la misma no puede violentar la seguridad jurídica del estado, por el contrario, la ejecución posibilita que el quien imparta justicia mediante las sentencias cree nuevos parámetros judiciales, se hayan reiterado en ciertos casos, en los cuales la parte resolutive de la jurisprudencia vincula lo dispuesto en ella.

Es lo que se conoce como Precedente Judicial y/o Constitucional, este precedente es un elemento que busca el cumplimiento de lo pactado en la carta magna y a su vez otorgar una armonía al ordenamiento jurídico de manera que posibilita la obligatoriedad de los sentidos de los fallos emitidos en reiteradas ocasiones y el cumplimiento de los postulados constitucionales.

Es importante resaltar que la actividad judicial es considerada por el ordenamiento jurídico como un criterio auxiliar, de conformidad en lo artículo 260²³ de la Constitución Política en el cual señala que los Jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley, empero, Escobar (2006) plantea:

⁸ Si los jueces están sometidos al imperio de la ley, pero la “ley” no son únicamente los actos emanados del Congreso de la República sino todas las normas que hacen parte del derecho positivo colombiano (...) (...) ⁸ entendida la expresión ley en sentido amplio, la disposición judicial constitucional es compatible con la obligatoriedad del precedente constitucional. (p, 4.)

⁴⁷ El juez puede apartarse del precedente judicial, siempre y cuando de cumplimiento a los valores y principios constitucionales, debe respetarlos no se puede desconocer lo que está allí reglado, si considera apartarse de los pronunciamientos judiciales y que han sido contemplados como precedentes judiciales, el fundamento jurídico de dicha decisión exige estrictamente una argumentación especial.

Por ello, muchas veces es criticada la postura de que el juez pueda apartarse del Precedente Judicial, por el motivo de que presuntamente desconocería los postulados constitucionales, de todos modos, al otorgarle al juez la potestad de crear mediante la jurisprudencia precedente a los posteriores fallos que se emitan en derecho por el juez, se estaría señalado de cierta manera, de una limitación a la función judicial, pese a que en ciertas providencias establecen la limitación condicionada de la misma, en cuanto a que se refiere sus efectos, alcance, los sujetos legitimados, su validez

II. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y/O MOTIVACION DE LOS FALLOS EN MATERIA PENAL ESPECIFICAMENTE EN LOS CASOS DIFICILES:

El Derecho Penal surgió por la necesidad de otorgarle un orden a la Sociedad y en imponer limitaciones al poder del estado, de esta manera permitiría una armonía entre las disposiciones normativas junto con el respectivo control impartido a la Sociedad estableciendo reglas que limitaran comportamientos contravencionales que atentaran o ubicaran en riesgo a las demás personas.

Por tal razón, en la época del siglo XIX los postulados iuspositivistas, impregnaron el Derecho Penal, en ese sentido, El Legislador promulgaba normas de estricto cumplimiento, las cuales serían de observancia y acogencia por parte de la sociedad, la aplicabilidad de las mismas estaba emanada por el juez.

Es necesario precisar que el fin que posee esta Rama del Derecho, bifurcan en dos situaciones, la primera, esta relacionada con los límites del poder del estado, que consiste en un riguroso obediencia de las reglas y en el segundo, si el fin es hallar la verdad de lo sucedido deberán acudir a los llamados estándares.

Para eso, los Estándares en Derecho Penal por Larsen (2021) postula:

⁵ Si bien tanto las reglas como los estándares imponen límites, los estándares, al tratarse de límites poco precisos que operan caso a caso, pueden ser insatisfactorios para quienes consideren que, cuando se trata del proceso penal, esos límites deben ser particularmente fuertes. Y es aquí donde las reglas pueden cumplir un papel central para diseñar el proceso penal de un modo tal que se acerque más a ese objetivo (p.25)

En consecuencia, tanto las reglas como los estándares al ser parte de ordenamiento jurídico imponen ciertos parámetros en el comportamiento humano

mediante sanciones que su objetivo es controlar, prohibir y evitar conductas que contraríen las disposiciones legales y son obligatorias observancia, quien infrinja, cometa y/o cumpla con los postulados de hecho.

Ahora bien, ya identificamos en que consiste los estándares, procederemos a hablar de las reglas en materia del Derecho Penal son postuladas así:

Schaur, Alexander y Serwin, Braithwaite, Parchomovsky y Stein (2009, 2001, 2002, 2015 como se citó en Larsen 2021) definiéndolas como "las normas jurídicas que se caracterizan por emplear terminaciones específicas, o de otra manera, concretas y/o determinadas".

En efecto, las reglas son normas jurídicas ⁴⁹ que, en el ámbito del Derecho Penal, facilitan ⁵³ la actividad judicial, al momento de aplicar los supuestos de hecho consagrados en la norma, normas precisas, que establecen parámetros a quienes disponen de poder de decisión.

Empero, las cosas cambian cuando existe vacío normativo o la ausencia de reglamentación en la materia penal ocasionando vaguedades y de cierta manera causando inseguridad jurídica, por lo general, es donde sucede lo cuestionado respecto a la discrecionalidad judicial, al existir esa penumbra normativa permitiría al Juez si en su caso lo considera extralimitarse en sus funciones, actuando con arbitrariedad al ordenamiento jurídico. Teoría postulada por quienes aseguran que además de causar arbitrariedad, el Juez estaría creando Derecho.

De manera que estos son los llamados y/o denominados casos difíciles, en razón a que el Juez está frente a un caso que dificulta su estudio y en cierta manera obstaculiza el poder determinar la decisión jurídica mediante un fallo y/o sentencia judicial, por tal motivo, deberá acudir a las diferentes criterios auxiliares en el ejercicio de su

discrecionalidad, en lo que considere razonable actuando dentro de los límites legales y que dicho actuar no puede llevar el quebrantamiento de los principios, valores, reglas constitucionales.

MOTIVACIÓN DE LOS FALLOS EN MATERIA PENAL:

La motivación de los fallos en materia penal parte de ser un postulado que garantiza los principios constitucionales contemplados en la Carta Magna como son el debido proceso, derecho de defensa junto con la posibilidad de impugnación, principios de valoración probatoria, conocimiento sobre los acontecimientos por los cuales se da inicio a la investigación.

La motivación de los fallos impone al juez la obligatoriedad de fundamentar en estricto sentido su decisión construyendo a través de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, de manera que al limitar la discrecionalidad del juez es imperativo a encontrarse dentro de los parámetros legales y/o jurídicos, profiriendo pronunciamientos justos, generando confianza en la ciudadanía.

En efecto, El juez al proferir un fallo sin una justa fundamentación fáctica, de carácter probatorio, legal, estaría contraviniendo los postulados y principios constitucionales, de tal manera que, al desconocer los hechos que ocasionaron la ocurrencia del delito, la no valoración probatoria y la inaplicabilidad y/o aplicabilidad condicionada de la legislación, sin duda estaría violando el Derecho al Debido Proceso.

Colombia es un Estado Social de Derecho reconocido en el Preámbulo de la Constitución Política de 1991, dispone también en ella, herramientas que contienen normatividad internacional (Tratados Internacionales) que mediante el Bloque de Constitucionalidad permite la aplicabilidad en el territorio nacional Colombiano.

Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado a los postulados de la motivación que corresponde al Juez obligatoriamente cumplir, como se citó en (CIDH, 2011, Caso López Lone y Otros Vs Honduras) ha señalado de manera puntual que no basta con enumerar y enunciar de las normas de derecho aplicable o que se está sancionando, por cuanto debe realizarse una correcta explicación entre los hechos y su adecuación en la norma señalada.

Es decir, que es imperativo al Juez motivar su decisión, por el motivo de que si no lo efectúa estaría frente a una inadecuada motivación que consecuentemente conllevaría al no cumplimiento de su responsabilidad como operador de la justicia, no se estaría actuando dentro de los postulados garantista, administrando justicia por el contrario estaría contraviniendo el ordenamiento jurídico

Así pues, se habla de falta de la motivación, en el Derecho Penal, partiendo de los postulados anteriormente mencionados, los constitucionales, en Colombia son las Constituciones de 1886 y 1991, sin embargo, en el texto normativo no mencionaron en estricto sentido que ocasionaba jurídicamente la falta de motivación, por tal razón, la Corte Suprema de Justicia mediante la Sala de Casación Penal se han pronunciado manifestando que la motivación de sus fallos están consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política, señalando que toda persona deberá ser juzgada conforme a las leyes preexistentes.

Resulta que es comprendida la falta de motivación como un defecto de carácter procedimental, no obstante, pese a que es cierto, existen disidencias; primer lugar, en cuanto el juez a no emplear efectivamente estaría desconociendo el debido procedimiento legítimo, en segundo lugar, la falta de motivación suscita la inobservancia del Derecho Sustancial.

En el Materia Penal, en la Ley 906 de 2004 en sus artículos 139 numeral 4, artículo 162 numeral 4, artículo 381, señalando los deberes específicos de los jueces penales dentro del procedimiento judicial en ocurrencia la comisión de un delito, además, señalan el contenido de una sentencia penal, esto evita que el Juez suprima elementos que la conforman con el fin de que no se configure la falta de motivación violentando los derechos del procesado.

La seguridad jurídica, la garantía procesal, derecho de defensa, se ve preservado ²² en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 el cual postula que el Juez podrá dictar sentencia una vez se surta el debate ²⁹ en Audiencia de Juicio Oral, es decir, la norma impone la carga ²⁴ de analizar, interpretar e inferir de conformidad a lo desarrollado y/ probado en la Audiencia de Juicio Oral, para posteriormente sentenciar en derecho.

Se habla también de la Falta de Motivación Absoluta según Velásquez (2012 como se cita en Toro, 2021) quien imparte justicia pasa por alto la justificación razonada y conforme a la Sana Crítica, o por el contrario, no fundamenta de manera adecuada y/o correcta su decisión.

La falta de motivación absoluta implica que no exista armonía en el Ordenamiento Jurídico, provocando errores en las actuaciones procesales, viciando de nulidades lo ordenado por el Juez o impidiendo que se surtan las demás etapas dentro del procedimiento, impidiendo que el fallo sea proferido.

Existe otra clase de Falta de Motivación Incompleta, en su estudio ⁶⁰ la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia (STC146740-2018, Col) ha señalado:

³ La motivación incompleta se configura cuando dentro del sustento de la providencia judicial se omite el juicio razonado sobre cualquiera de los dos aspectos en referencia, o en su defecto se pronuncia de manera vaga sin entrar en precisiones

que permitan deslindar realmente los fundamentos de la decisión, o inclusive habiéndose pronunciado sobre ambos tópicos, la misma no satisface de manera coherente los mínimos de controversia surgidos dentro del proceso penal.

De conformidad con lo anterior, esta clase de Falta de Motivación Incompleta alude cuando el juez pasa por alto su juicio en aspectos que están en estudio, o si se pronuncia es vago la fundamentación jurídica que soporte la decisión, o cuando pese a que se pronuncie no satisface la problemática que originó el proceso.

Del mismo modo, existe la Motivación denominada Contradictoria Toro (2021) afirma;

³ “Estas formas de motivación se configuran cuando la argumentación choca con la realidad procesal, o en su defecto existe contradicción entre las premisas argumentativas de la respectiva providencia judicial, lo cual hace ininteligible el sentido del fundamento de la providencia judicial”

Bajo este entendido, se puede indicar que la motivación denominada contradictoria, es aquella en la cual el Juez toma como fundamento de su decisión argumentos que son diferentes a la actualidad del proceso, o de otra manera, es cuando sucede contradicciones en las premisas que soportan su decisión de la sentencia judicial, causando inconcebible e ilegal los argumentos jurídicos.

Entonces, pese a que el Juez dispone de diversas herramientas jurídicas para motivar su decisión, dentro de su discrecionalidad, su raciocinio, reconociendo lo ordenado en la legislación, la jurisprudencia, los principios constitucionales, cometen el error de no motivar en derecho la decisión judicial prescindiendo de los principios constitucionales, incluso suscitando error y/o vicios en el desarrollo del proceso judicial.

III. DELITO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO CON MENOR DE 14 AÑOS:

El delito Acceso Carnal, Martínez (1972) significa unión, penetración. Conjunción significa unión... vale decir, reducir dos cosas a una sola; la unión de dos cosas acaece aun con la introducción parcial de una de ellas en la otra y por ello hay una conjunción carnal aun si la introducción del órgano genital masculino en el femenino es parcial (p. 137.138)

Para adentrarnos a profundidad el tema en investigación, es importante estudiar las modificaciones a través de los años de la codificación penal en Colombia, prevaleciendo tres disposiciones relevantes consagradas en los Códigos Penales de los años 1936, 1980 y 2000.

El Código Penal del año de la Ley 95 de 1936 estableció en el Título XII (De los delitos contra la libertad y honor sexuales), Capítulo I, (Artículo 316, Col) "el delito de violencia carnal" "el que someta a otra persona al acceso carnal, sin su consentimiento y mediante el empleo de la violencia física o moral" (...) "A la misma sanción está sujeto el que tenga acceso carnal con un menor de 14 años de edad, o con la persona a la cual haya puesto por cualquier otro medio en estado de inconsciencia"; infiere que el delito de acceso carnal violento, se puede perpetrar de tres maneras, la primera de ellas, es acceso de un sujeto activo al sujeto pasivo, mediante violencia física o moral, la segunda, efectuar el delito a una persona menor de 14 años, tercera, que lo haya puesto por diferentes medios en incapacidad de resistir y/o estado de inconsciencia.

Por consiguiente, en el delito de acceso carnal violento con menor de 14 años, el legislador estableció una presunción de derecho; las personas que tengan la edad de 14 años, no son personas capaces de discernir y/o entender lo que conlleva la práctica de las relaciones sexuales, se entiende que no han obtenido la madurez mental, en

consecuencia, el legislador decide prohibir ¹⁸ las relaciones sexuales con menores de 14 años.

Este Código aporta grandes avances en cuanto especifica tres elementos que componen el delito, el primero, es el elemento principal, el consentimiento, el segundo, ⁷ es la calidad del sujeto pasivo, es la edad de 14 años y la tercera, el sujeto pasivo se ha inducido a un estado de inconsciencia (patología que le impide defenderse o fue puesta en ese estado).

Otro que tuvo gran influencia ¹ en la materia es el Código Penal del año 1980 estableció: ⁴² “El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia” (...). Con este Código el verbo rector de violencia hace parte del delito mismo al dar su definición. Elimina la palabra “sin su consentimiento” de la normativa, entendiendo que, al ejercer la violencia, el sujeto pasivo es víctima de la misma que no fue consentida por este.

Otro aspecto relevante que hace este código es la separación de las conductas violentas y/o abusivas, quedando textualmente así ⁶ “el que acceda carnalmente a persona ⁷⁴ menor de 14 años (...)”, brindando protección integral a la víctima que, por lo general, se encuentran en condición de inferioridad.

Pese a que en el Código el verbo rector de violencia se instauró en la definición del tipo penal, el legislador dispuso que no es un factor determinante en la comisión del delito, lo que buscaba el legislador sancionar a quién efectuara relaciones sexuales con una persona que no estaba en las mismas condiciones de desarrollo psíquico, emocional, madurez de un sujeto de la mayoría de edad.

Con esta modificación realizada en este Código proporciona al menor de 14 años, de una calidad especial, manifestando que la conducta ejercida contra un menor con

violencia (independientemente de cuál sea) y la víctima expresa su desacuerdo, desagrado o repugnancia, se clasifica como delitos sexuales abusivos.

Con este nuevo parámetro del delito se modifica el verbo rector aprovechamiento que no media violencia alguna, pese a que la víctima repeló su acción, no fue atendido por el sujeto activo ejecutando la comisión del delito abusando del estado en el que se encuentra la misma.

⁶⁸ El Código Penal del año 2000, es la Ley 599 del 2000 (artículo 139, Col), en el capítulo, ³¹ delitos de acceso carnal violento y acceso carnal abusivo con menor de 14 años, ²⁹ continua con lo que se había tipificado con el Código Penal de 1980. Es decir, que los elementos constitutivos del tipo penal seguirían siendo los mismos, acceso carnal, violencia, sin consentimiento, ausencia de la manifestación de consentimiento.

No obstante, la mayor contribución que el legislador se materializo es ¹¹ el artículo 212 manifiesta: *“Acceso Carnal: se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto”.*

Esta fue la mayor importancia y modificación normativa que trajo consigo el Código del año 2000, en cuanto al delito de ⁷ acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

El legislador, sigue fijando parámetros en los cuales determina que no es relevante que exista o no violencia, sino que por el contrario el victimario se aprovecha del estado de inferioridad que le impide aceptar o comprender la práctica de relaciones sexuales con otra persona, sin embargo, en este tipo penal, la víctima no expresa su consentimiento positivo de dichas prácticas.

En las anteriores disposiciones normativas han generado un impacto en el desarrollo tanto legislativo como judicial del delito, erigiendo la tipificación del delito,

analizando la conducta, quién es el sujeto activo de la misma, la sanción penal, permitiéndole al juez penal realizar el estudio y procediendo a que este imparta justicia, verdad y reparación de la víctima del delito.

Con el Código Penal del año 2000 se implementa los conceptos referentes a los Principios como el Principio de Dignidad Humana, de Integración, de Carácter Teleológico de las Sanciones Penales, de la Necesidad de la Pena, de Proporcionalidad de la Pena, de Razonabilidad, Funciones de la Pena, de las Medidas de Seguridad, de Legalidad y Reserva, de Favorabilidad, de Exclusión de Analogía, de Igualdad, de Prohibición de la doble incriminación, del Acto, de Determinación, de Lesividad, de Culpabilidad, de relevancia de las normas rectoras; humanizando el Código Penal.

En el análisis conceptual del delito de acceso carnal se entendía en un principio como una modalidad comisiva como un caso de violencia presunta, afirmando que cuando se cometía acceso carnal con un menor, aunque no hubiese concurrido violencia física o moral, había violencia presunta que se basaba en el estado mental del menor y su edad cronológica (Gutiérrez Jiménez, Derecho Penal Especial, Op. Cit, Pág. 331).

Ahora bien, en cuanto a los elementos constitutivos del delito de acceso carnal violento Pérez, (1991) la introducción del órgano masculino en la cavidad natural de la víctima” Este es uno de los elementos del tipo penal, el acceso carnal a otra persona, se ejerza violencia, y un elemento imprescindible es ejecute las acciones anteriores junto con la víctima como manifestación de ausencia de consentimiento.

Con las modificaciones desarrolladas legislativamente al Código Penal a través de los años, en especial con el Código Penal 599 del 2000, en su artículo 212, adicionó que se cometía el delito acceso carnal violento no solo con la introducción del miembro

viril por la vía anal, vaginal, oral sino con un otra parte del cuerpo u objeto. Permite que la mujer sea también reprochada como sujeto activo del delito.⁶⁴

PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL REFERENTE A LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN EL DELITO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO⁵⁰

El delito se tipifica en la legislación colombiana como penetración del miembro viril o de una cosa, ya sea por vía oral, vaginal, anal. En cuanto a la penetración Buenahora, N, (2010)¹⁶ en lo relativo a cuatro aspectos: “profundidad de la misma, partes del órgano reproductivo femenino comprometidas, objetos con que se realiza, y relación mecánica entre penetración y eyaculación”.

Ahora bien, existe otra definición que se conoce como delito de acceso carnal violento, en la cual Barrera (1963) señalo que se “ha distinguido la violación propia y la violación impropia, entendiendo por esta última el trato sexual con persona que por motivos de orden síquico o físico se encuentren en imposibilidad de resistir”.²⁶

No obstante, dicho autor al realizar el desarrollo jurídico del delito mencionado, expresamente manifiesta que la persona victimaria despliega dicha conducta con un menor de 14 años, la acción delictiva, que anteriormente se entendía que estaba cometiendo nada más que corrupción de menores.

De esta manera Barrera (1963) define la presunción de violencia es una supuesta incapacidad del menor de 14 años, por ausencia de comprensión de las consecuencias de las relaciones sexuales (...), ese trato erótico con menores de 14 años, a quienes la ley presume impúberes, más constituye corrupción de menores, como delito de peligro contra la seguridad sexual, que violación (p. 69, 70)

Los diferentes estudios de doctrinantes en el tema, lo sostiene el autor Cauling (1998, como se citó en Hoyos, 2019) señalando que el acceso carnal hay que entenderlo como la introducción del pene en erección en la vagina, lo que se ha llamado coito vagina.

Existen posturas de autores que simplifican y ejercen con mayor precisión su posición en cuanto al delito que se estudia en este trabajo Caruso (2006) "independientemente de la intención que mueva al actor a realizar la conducta, se produzca una efectiva lesión al bien jurídica libertad en el ámbito sexual, si el legislador al crear el tipo legal no ha incluido ningún elemento subjetivo (...) será el dolo, que deberá abarcar el conocimiento de todos los elementos que integran el tipo penal (p, 100)

Por consiguiente, es menester precisar que el delito de acceso carnal violento se configura no solamente mediante la penetración de un miembro viril también con un objeto material o con los dedos del victimario.

Cuando se comete esta clase de conducta en algunos no hay rastro alguno de lo sucedido, (A.D.N. y/o flujos corporales, etc.), aquí prevalece la prevalencia de la persona que fue víctima partiendo del material probatorio y/o pruebas solicitadas ejemplificado el testimonio de la víctima posteriormente se procede a estudiar el valor probatorio.

Así las cosas, toda persona víctima se le debe brindar según CIDH, 1997 (Genie Lacayo Vs. Nicaragua) "...el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera"

Es decir, que debe ser respetado el debido proceso otorgándole y garantizándole las oportunidades procesales a que tiene derecho, decretando ³² las pruebas solicitadas

que considere conducentes y pertinentes para demostrar su ausencia de responsabilidad, a su vez y practicándolas en la Audiencia de Juicio Oral.

Así las cosas, quién cometa este delito (victimario) con menor de 14 años, despliegan esta conducta y atenta contra la integridad de un menor, en la mayoría de los casos, el victimario posee un vínculo cercano con su víctima, es una variable constante en esta clase de delitos sexuales, el victimario, de cierta manera tiene relación cercana a su círculo (familiar, amistad, laboral) .

Es, así pues, que se debe salvaguardar los derechos de la víctima en cuanto a que en este caso se verán menoscabados y se encontrara en un estado de vulneración aun mayor por tratarse de una persona cercana (revictimización de la víctima).

De esta manera, los menores de edad al ser víctimas del actuar ilegal de una persona que pertenece a su círculo cercano o en algunos de los casos, con vínculo de consanguinidad, su afectación es gran proporción, incluso mayor y requiere que las autoridades judiciales les brinden una alta protección en el proceso judicial.

Esto implica un especial tratamiento por parte de profesionales en el sector de la salud, es decir, médicos, enfermeras, psicólogos, con sus conocimientos provean de herramientas a la víctima que posibilite sobrellevar lo acontecido, a su vez, les posibilite surtir todas las etapas judiciales y procesales, protegiendo su derecho a ser escuchado y el derecho al acceso a la justicia, y al tratarse de un menor de edad, se restablezcan sus derechos.

Sin duda, al verse involucrada la integridad de la víctima el delito atenta contra el Derecho a Salud, Derechos Sexuales y Reproductivos, de manera que, surge la inquietud de precisar qué se entiende por sexualidad, Valencia (1998) la define la sexualidad como

la capacidad de actuación que le asiste al individuo con el solo imperio de su voluntad de disponer ante sí y frente a los demás integrantes de la comunidad de su propio sexo.

Por tal motivo, la valoración probatoria en este delito posee un gran aporte de elementos de prueba que vislumbran la responsabilidad penal de quién presuntamente es el victimario, como es el caso mediante la apreciación técnico científica del peritaje psicológico en los delitos contra la integridad y formación sexual de los menores de edad, la prueba científica a través de los años ha adquirido una gran importancia.

No obstante, los métodos científicos no originan nuevos medios de prueba (tanto para su formación como para determinar su veracidad), sino que son de adecuada forma de averiguar o precisar la verdad (Denti, 1972)".

Es así que la Corte Constitucional de Colombia mediante (CC, Sentencia T-843/11) señala: la normativa interna, la jurisprudencia constitucional y varios organismos internacionales han sentado importantes directrices que deben guiar los procesos judiciales penales en los que los niños intervienen como víctimas y testigos, con la finalidad de promover la realización de sus derechos. Estas directrices deben orientar no solamente el trámite del proceso, sino también las decisiones que se adoptan en materia de decreto y práctica de pruebas -como exámenes médicos y testimonios.

Pese a que el principal testigo de lo ocurrido es el menor de edad, existe pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional en el que en el delito de Acceso Carnal Violento se examinan otros elementos probatorios, valoraciones profesionales y se da el indicio de oportunidad como lo la Corte Constitucional de Colombia mediante (CC, Sentencia T – 698/2016)

44 “ En estos procesos cobran especial importancia determinados medios de prueba, tales como: i) los dictámenes periciales, que le permiten al juez incorporar máximas de la experiencia ajenas a su conocimiento profesional por su carácter técnico y especializado; ii) los indicios, dado que el abuso suele producirse en circunstancias en las que no hay testigos directos ni rastros fisiológicos de los hechos; y, muy especialmente, iii) el testimonio de las víctimas, pues frecuentemente es el único elemento probatorio disponible, también por las condiciones en que ocurren los hechos.”

No obstante, se puede inferir que, en el delito de acceso carnal violento con menor de 14 años, el juez debe acudir al caso en concreto con los diferentes medios de prueba, con el objetivo de hallar elementos probatorios que soporten y lo ayuden a tomar una decisión.

En ciertas ocasiones, a la víctima se le toma la prueba medica con el fin de examinar evidencia alguna del delito acceso carnal, así pues, el examen médico físico no es el medio probatorio idóneo que demostrar la ocurrencia del hecho, por cuanto, no se obtiene ningún resultado, lo anterior, no se puede tener como el único elemento probatorio y brindarle el valor determinante de certeza.

Mal haría en señalar que las pruebas medico legales, es el único y excepcional medio probatorio, sin embargo, algunos jueces le otorgan un valor probatorio alto al testimonio de la víctima por cuanto al proceder a presentar las denuncias ante las autoridades judiciales y/o administrativas correspondientes, ocasiona hechos que victimizan a la víctima y se terminan por menoscabar su integridad como persona, al victimizarse, no es posible que lo haga con el fin de perjudicar al victimario.

En conclusión, es oportuno manifestar que el juez penal dentro del procedimiento, posee un deber funcional garantista y protector de los postulados normativos y constitucionales, asegurando un debido proceso judicial, escuchando a cada una de las partes, decretar y practicar las pruebas que a bien lo considere y las mismas presentadas ante el despacho.

Que al tratarse de un procedimiento de naturaleza penal, con el material probatorio recaudado el funcionamiento del proceso, ayuda a vislumbrar su decisión referente a la responsabilidad judicial del caso, no sin antes, manifestar que los jueces siguiendo el ejercicio de sus funciones y el estricto cumplimiento de la ley, la decisión se puede estar influenciada por diferentes factores, uno de ellos el caso en estudio de la discrecionalidad judicial, depende de su raciocinio, criterio y/o subjetividad que cada persona posee y el juez no es la excepción

Es un hecho cierto que el juez es quien dispone de su poder jurisdiccional, posee la obligación de fundamentar su decisión, debe ser coherente, consecuente con lo solicitado, probado dentro del proceso judicial no a su arbitrio, esto implica que debe ser motivada jurídicamente según Ibañez (1992):

³⁵ “a quaestio facti y su tratamiento en la sentencia, más que cobrar otro sentido, pueden llegar a adquirir el reconocimiento explícito del que efectivamente tienen: que ser el momento del ejercicio del poder judicial por antonomasia. Puesto que en la reconstrucción o en la elaboración de los hechos donde el juez es más soberano, más difícilmente controlable, y donde, por ende, puede ser – como ha sido y en pocas ocasiones sigue siendo – más arbitrario (p, 261)

CONCLUSIONES

Después de haber efectuado un amplio análisis de la Discrecionalidad del Juez, en diversos campos, sus herramientas, el campo legitimado para efectuarla, se determinó que el Juez tiene un amplio margen de discrecionalidad judicial, debido a que la mayoría de las veces se enfrentan a vacíos normativos, vaguedades o casos difíciles que dependen del raciocinio del Juez para proferir una decisión y fallar en conforme a derecho. Que la prevalencia de la Constitución Política se ve inmersa en todas las ramas del poder judicial, por cuanto, el juez, se torna como garantista de los postulados constitucionales. Se reconoce también la prevalencia de los principios constitucionales, en razón a que los mismos están en similares posiciones, que, si alguno menoscaba los derechos fundamentales de las personas, se le dará prevalencia al más garantista. En la actualidad, los Jueces, dejaron a un lado los postulados luspositivistas otorgando importancia al sentir, a lo humano. Es decir que el Juez, la decisión del juez obedece a distintos factores de interpretación, lógica, legislativos, jurídicos, de exhausto análisis, al material probatorio allegado, decretado y/o practicado. En materia penal, se emplean las mismas herramientas y/o criterios auxiliares del derecho, preservando el cumplimiento de la constitución, motivando en debida forma los fallos, sin omitir o dejar vacíos que pongan en duda su administración de justicia. Los Jueces Penales sus fallos deben estar fundamentos en correcta forma, respetando el Código Penal y las etapas surtidas dentro del procedimiento. En lo referente al Delito de Acceso Carnal Violento con Menor de 14 años, el material probatorio indispensable en este tipo de delito del testimonio, en especial, el de la víctima, quien es la sujeto pasivo de la acción penal y quien resulta vulnerada su integridad y su sentir, de esta manera queda de cierta manera desvirtuada la creencia de que el Examen Médico es la prueba fidedigna de que cometieron el delito, debido a que la misma Corte Suprema de Justicia se ha

pronunciado manifestando que en ciertos casos esta no es la prueba conducente para demostrar la comisión del delito en razón a que no consta rastro fisiológico del acceso a la víctima.

REFERENCIAS

Agudelo Giraldo, O. (2018). *El Método Jurídico entre la Ciencia Legal y Las Ciencias Auxiliares del Derecho*. <https://core.ac.uk/download/pdf/213560452.pdf>

Barrera, H. (1963), *Delitos Sexuales*, Bogotá, Pág. 69, 70)

Bell (1992) *Discretionary Decision – making jurisprudential*. Keith. (Obra publicada en 1992)

(Buenahora, N, 2010, Serie Acceso a la Justicia 3, Bogotá, p. 54.55
<https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/51288/9789589947104.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Hoyos Negrete, Benítez Flórez, (2019) *Análisis Jurisprudencial: Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años en el Sistema Penal Acusatorio*, (p 20)
https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/8172/1/2019_acceso_carnal_abusivo.pdf

Caruso, V. (2006). *Nuevas Perspectivas Sobre los Delitos Contra la Libertad Sexual*, Valencia, p. 199

Corte Constitucional de Colombia [C], 30 de Septiembre de 2015, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub Sentencia T – 698 /2016, [COL].

Corte Constitucional de Colombia [C], 21 de Abril, 2022, MP Gloria Stella Ortiz Delgado Sentencia T – 698 /2016, [COL].

Corte Constitucional de Colombia [C], 08 de Noviembre de 2011, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub Sentencia T – 843/2011, [COL].

Corte Constitucional de Colombia [C], 13 de Diciembre de 2016, MP Gloria Stella Ortiz Delga Sentencia T – 698/2016, [COL].

CIDH, Informe No. 10.792, 11.218b Fondo. Genie Lacayo vs Nicaragua. 29 de Enero, 1997

Corte Suprema de Justicia [CSJ]. Sala de Casación Penal, 25 de Julio 2018, MP Eyder Patiño Cabrera.

D' Angelo Scheller André (2017). Discrecionalidad, Ciencia y Sistema Del Derecho Penal. Página 197, 198. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/65672>

De la Puente Candamo, J. (1945). *El método inductivo y la interpretación legal*.

Endicott T. (2006) *La vaguedad en el Derecho*. (Alcala J., & Vega J.,.) . Dykinson. (Obra publicada en 2006)

Escobar, C (2006) "Prácticas constitucionales y Discrecionalidad judicial"
<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1515/1/RF-06-TC-Escobar.pdf>

(Ibañez, P, Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal, p.261)
https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10731/1/doxa12_08.pdf

Londoño Restrepo, A (2015). *La Discrecionalidad Judicial y El Imperio de la Ley en Colombia*, 68.

<https://ridum.umanizales.edu.co/xmlui/bitstream/handle/20.500.12746/2258/Andrea%20Lyzeth%20Londo%C3%B1o%20Restrepo-%20Trabajo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Ley 95 de 1936. Por medio de la cual se expide el primer Código Penal Colombiano. 27 de Junio de 1937.

La Ley 599 del 2000 por medio del cual se expide el Código Penal. 24 de Julio de 2004.

Larsen P. (2021, 08 de Julio) "*Derechos Fundamentales, discrecionalidad Judicial y proceso penal: cómo la reglamentación de los derechos puede afectar los objetivos del proceso*"

<https://dugi->

[doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/20401/01_Larsen.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/20401/01_Larsen.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Martínez, L. (1972), Derecho Penal Sexual, Bogotá, Pág. 137.138)

Pérez, L. (1991) Derecho Penal, t, v,).

Ruiz Ruiz, R. (2012). *La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación de derecho.* 109.

[https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/viewFile/4860/3952#:~:text=81%2D98\)%2C%20por%20su,fundamentales%20en%20el%20sistema%20jur%C3%ADdico.](https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/viewFile/4860/3952#:~:text=81%2D98)%2C%20por%20su,fundamentales%20en%20el%20sistema%20jur%C3%ADdico.)

Toro – Velásquez, C. (2021). Análisis del deber de motivación en el ámbito de la casación penal en Colombia (2016 – 2018) <https://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/1154/1672>

Valencia, J. (1998), Delitos contra la libertad integridad y formación sexuales, Bogotá, p.14 inciso 23 – 22.

LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN EL DELITO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO CON MENOR DE 14 AÑOS

INFORME DE ORIGINALIDAD

19%

INDICE DE SIMILITUD

19%

FUENTES DE INTERNET

4%

PUBLICACIONES

7%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	2%
2	Submitted to Unviersidad de Granada Trabajo del estudiante	1%
3	revistas.ugca.edu.co Fuente de Internet	1%
4	repository.urosario.edu.co Fuente de Internet	1%
5	revistes.udg.edu Fuente de Internet	1%
6	es.scribd.com Fuente de Internet	1%
7	repository.ucatolica.edu.co Fuente de Internet	1%
8	nanopdf.com Fuente de Internet	1%
9	revistas.usergioarboleda.edu.co Fuente de Internet	

1 %

10

revistas.uptc.edu.co

Fuente de Internet

<1 %

11

Submitted to Universidad de Guayaquil

Trabajo del estudiante

<1 %

12

Submitted to Universidad Externado de Colombia

Trabajo del estudiante

<1 %

13

ridum.umanizales.edu.co

Fuente de Internet

<1 %

14

www.elheraldo.co

Fuente de Internet

<1 %

15

www.researchgate.net

Fuente de Internet

<1 %

16

www.yumpu.com

Fuente de Internet

<1 %

17

publicaciones.ucatolica.edu.co

Fuente de Internet

<1 %

18

repository.usta.edu.co

Fuente de Internet

<1 %

19

Submitted to UNILIBRE

Trabajo del estudiante

<1 %

20

repositorio.uladech.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

21

qdoc.tips

Fuente de Internet

<1 %

22

goferediciones.com

Fuente de Internet

<1 %

23

legal.legis.com.co

Fuente de Internet

<1 %

24

corte-constitucional.vlex.com.co

Fuente de Internet

<1 %

25

dokumen.pub

Fuente de Internet

<1 %

26

fundacionmasi.blogspot.com

Fuente de Internet

<1 %

27

prezi.com

Fuente de Internet

<1 %

28

acnur.org

Fuente de Internet

<1 %

29

edictos.organojudicial.gob.bo

Fuente de Internet

<1 %

30

repositorio.unal.edu.co

Fuente de Internet

<1 %

31

vlex.com.co

Fuente de Internet

<1 %

32	doku.pub Fuente de Internet	<1 %
33	Submitted to Corporación Universitaria Iberoamericana Trabajo del estudiante	<1 %
34	Submitted to University of Kent at Canterbury Trabajo del estudiante	<1 %
35	www.slideshare.net Fuente de Internet	<1 %
36	www.tuseguridad.ec Fuente de Internet	<1 %
37	editorial.urosario.edu.co Fuente de Internet	<1 %
38	miputumayo.com.co Fuente de Internet	<1 %
39	Submitted to Universidad Santiago de Cali Trabajo del estudiante	<1 %
40	bib.minjusticia.gov.co Fuente de Internet	<1 %
41	www.clubensayos.com Fuente de Internet	<1 %
42	www.policia.gov.co Fuente de Internet	<1 %
43	www.radiosuperpopayan.com	

Fuente de Internet

<1 %

44

veeduriadisciplinaria.unal.edu.co

Fuente de Internet

<1 %

45

vlex.ec

Fuente de Internet

<1 %

46

manglar.uninorte.edu.co

Fuente de Internet

<1 %

47

repository.unilibre.edu.co

Fuente de Internet

<1 %

48

www.emagister.com.co

Fuente de Internet

<1 %

49

idoc.pub

Fuente de Internet

<1 %

50

kak.minimotostore.it

Fuente de Internet

<1 %

51

nelp.org

Fuente de Internet

<1 %

52

revistas.pucp.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

53

www.actualicese.com

Fuente de Internet

<1 %

54

www.anticorrupcion.gov.ar

Fuente de Internet

<1 %

55	www.culturaclasica.com Fuente de Internet	<1 %
56	www.derechocolombiano.com.co Fuente de Internet	<1 %
57	www.redcamaleon.com Fuente de Internet	<1 %
58	www.robertexto.com Fuente de Internet	<1 %
59	www.sdgfund.org Fuente de Internet	<1 %
60	www.serhos.com.co Fuente de Internet	<1 %
61	www.theibfr.com Fuente de Internet	<1 %
62	Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional. "Revista completa", Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional, 2020 Publicación	<1 %
63	addi.ehu.eus Fuente de Internet	<1 %
64	bdigital.uexternado.edu.co Fuente de Internet	<1 %

65	cefd.uv.es Fuente de Internet	<1 %
66	moam.info Fuente de Internet	<1 %
67	studylib.es Fuente de Internet	<1 %
68	www.derechos.org Fuente de Internet	<1 %
69	www.fundacioncarolina.es Fuente de Internet	<1 %
70	www.icbf.gov.co Fuente de Internet	<1 %
71	www.mincomunicaciones.gov.co Fuente de Internet	<1 %
72	www.suin-juriscal.gov.co Fuente de Internet	<1 %
73	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 36 (2020) (VOLUME III)", Brill, 2022 Publicación	<1 %
74	www.cancilleria.gov.co Fuente de Internet	<1 %
75	pt.scribd.com Fuente de Internet	<1 %

Excluir citas Activo

Excluir bibliografía Activo

Excluir coincidencias Apagado

LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN EL DELITO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO CON MENOR DE 14 AÑOS

INFORME DE GRADEMARK

NOTA FINAL

/0

COMENTARIOS GENERALES

Instructor

PÁGINA 1

PÁGINA 2

PÁGINA 3

PÁGINA 4

PÁGINA 5

PÁGINA 6

PÁGINA 7

PÁGINA 8

PÁGINA 9

PÁGINA 10

PÁGINA 11

PÁGINA 12

PÁGINA 13

PÁGINA 14

PÁGINA 15

PÁGINA 16

PÁGINA 17

PÁGINA 18

PÁGINA 19

PÁGINA 20

PÁGINA 21

PÁGINA 22

PÁGINA 23

PÁGINA 24

PÁGINA 25

PÁGINA 26

PÁGINA 27

PÁGINA 28

PÁGINA 29

PÁGINA 30

PÁGINA 31

PÁGINA 32

PÁGINA 33

PÁGINA 34

PÁGINA 35

PÁGINA 36

PÁGINA 37
