

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE ABUSO SEXUAL

ISBN 958-701-650-5

© JESÚS ANTONIO MUÑOZ, 2006

© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2008

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 85 No.11-96 pisos 6 y 7

www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: marzo 2006, con un tiraje de 3.000 ejemplares

Segunda edición: septiembre de 2008, con un tiraje de 2.500 ejemplares

Corrector de estilo: Dra. Gladys Jaimes de Casadiego

Diseño de carátula: Stephan Acuña Aguirre

Diagramación electrónica: Imprenta Nacional de Colombia

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia

Carrera 66 No. 24-09. Teléfono 456 8000

www.imprenta.gov.co

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS
DE ABUSO SEXUAL

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
Y CAPACITACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

JESAEI ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
Presidente

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
Vicepresidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
HERNANDO TORRES CORREDOR
RICARDO MONROY CHURCH
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

ESCUELA JUDICIAL
"Rodrigo Lara Bonilla"



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

JESÚS ANTONIO MUÑOZ

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS
DE ABUSO SEXUAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA SOBRE EL SISTEMA ACUSATORIO PENAL

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los Módulos de Aprendizaje Autodirigido en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal, construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y su enfoque curricular integrado e integrador de casos reales de la práctica judicial, constituye el resultado del esfuerzo articulado entre magistrados, magistradas, jueces, juezas, empleados y empleadas incorporados al Sistema Acusatorio Penal, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, el Comité Nacional Coordinador, los Grupos Seccionales de Apoyo y su autor el doctor Jesús Antonio Muñoz, quien con su gran compromiso y voluntad, se propuso responder a las necesidades de formación planteadas para el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal.

El módulo Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Abuso Sexual que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la Independencia del Juez o Jueza, en cuyo contenido el lector encontrará las siguientes unidades: (i) Precisiones Conceptuales; (ii) Niños, Niñas y Adolescentes Sujetos Plenos de Derechos; (iii) Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas; (iv) Delitos de Abuso Sexual en los Niños, Niñas y Adolescentes; y, (v) Proceso Penal Acusatorio y Delitos de Abuso Sexual en Niños, Niñas y Adolescentes.

La construcción del módulo responde a las distintas evaluaciones que se hicieron con magistrados, magistradas, jueces, juezas, empleados y empleadas, con la finalidad de detectar las principales áreas problemáticas de la implementación del Programa, alrededor de las cuales se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos como apoyo a los funcionarios, funcionarias, empleadas y empleados de la Rama Judicial. Los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sirvieron para determinar

los problemas jurídicos más delicados y ahondar en su tratamiento en los módulos. Posteriormente, el texto entregado por el autor, fue enviado para su revisión por los magistrados, magistradas, juezas y jueces que participaron en el proceso, quienes leyeron los textos e hicieron observaciones para su mejoramiento. Una vez escuchadas dichas reflexiones el doctor Jesús Antonio Muñoz, complementó su trabajo para presentar un texto que respondiera a las necesidades de formación jurídica especializada para los jueces y juezas colombianos.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

ENFOQUE PEDAGÓGICO DE LA ESCUELA JUDICIAL

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del juez y la jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

Es *participativo*: más de mil jueces, juezas, empleadas y empleados judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso como de cualificación de las servidoras y los servidores públicos.

Es *integral*, en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico* porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo *se basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamenta sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio*, pues las acciones que se adelanten para el progreso de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial se hacen teniendo en la mira un progreso sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial, ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos, de gestión o de ambos, implique una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de las y los administradores de justicia, fiscales y los procuradores y procuradoras, que requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

APRENDIZAJE ACTIVO

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo*, diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización, es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancia de su misión y de sus usuarios y usuarias; que invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los jueces, juezas y demás servidores y servidoras no son simples animadores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

APRENDIZAJE SOCIAL

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje* (“*learning societies*”), *organizaciones que aprenden* (“*learning organizations*”), y *redes de aprendizaje* (“*learning networks*”)¹. Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en su devenir histórico, independientemente del sector en que se ubiquen.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: a) nivel individual; b) nivel organizacional; c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes busca

1 *Teaching and Learning: Towards the Learning Society*; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

convertir esa información y conocimiento personal en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales y contribuyen al proceso de creación de *lo público* a través de su apropiación social, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

CURRÍCULO INTEGRADO-INTEGRADOR

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos temáticos y problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que, alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a su solución. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora será formativo solamente en el caso de que el o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

PLANES DE ESTUDIO

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de pedagogos y pedagogas vinculadas al proyecto, expertos y expertas en procesos formativos para adultos con conocimientos especializados y experiencia. Asimismo, participó la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por magistrados, magistradas, jueces,

juezas, empleados y empleadas, quienes con profundo compromiso y motivación exclusiva por su vocación de servicio se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los contenidos del programa con el propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes fases:

Fase I. *Reunión inicial*. Presentación de los objetivos y estructura del programa; afianzamiento de las metodologías del aprendizaje autodirigido; conformación de los subgrupos de estudio con sus coordinadores y coordinadoras, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Fase II. *Estudio y análisis individual*. Interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Asimismo, elaboración y envío de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los participantes y las participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a estos.

Fase III. *Investigación en subgrupo*. Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios o conversatorio, junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Fase IV. *Mesa de estudios o conversatorio*. Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos y expertas, así como la simulación de audiencias. Identificación de los momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y, a partir de estos, generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Fase V. *Pasantías*. Son experiencias concretas de aprendizaje, dirigidas a confrontar los conocimientos adquiridos, con la realidad que se presenta en los despachos y actuaciones judiciales (sean escritas u orales), mediante el contacto directo de los discentes y las discentes (pasantes), con las situaciones vividas en la práctica judicial en las diferentes áreas (civil, penal, laboral, administrativo, etc.),

bajo la orientación y evaluación de los magistrados y magistradas, jueces y juezas, titulares de los respectivos cargos.

Fase VI. *Aplicación a la práctica judicial*. Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial. Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta etapa en los subgrupos.

Fase VII. *Experiencias compartidas*. Socialización de las experiencias reales de los y las discentes en el ejercicio de la labor judicial, con miras a confirmar el avance en los conocimientos y habilidades apropiados en el estudio del módulo. Preparación de un resumen ejecutivo con el propósito de contribuir al mejoramiento del curso y selección de casos reales para enriquecer el banco de casos de la Escuela Judicial.

Fase VIII. *Actividades de monitoreo y de refuerzo o complementación*. De acuerdo con el resultado de la fase anterior se programan actividades complementarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Fase IX. *Seguimiento y evaluación*. Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los y las participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

LOS MÓDULOS

Los módulos son la columna vertebral en este proceso en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de magistrados y magistradas de las Altas Cortes y de los tribunales, de los jueces y juezas de la República y expertos y expertas juristas que ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata, entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan la temática de determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permiten abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre el Sistema Acusatorio Penal. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del Plan, que se articulan mediante diversos ejes transversales tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitan el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortalecen la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado:

1. Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan.
2. Tenga en cuenta las guías del discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura del plan educativo.
3. Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianeidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema o acceder a diversas perspectivas.

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los módulos de aprendizaje autodirigido en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre el Sistema Acusatorio Penal, que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Finalmente, agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial en la Calle 85 No. 11-96, pisos 6 y 7, de Bogotá, o al correo electrónico escujud@cendoj.ramajudicial.gov.co, que contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del Programa de Formación Judicial Especializada sobre el Sistema Acusatorio Penal.

PRESENTACIÓN

Nos complace poner a disposición de los funcionarios y funcionarias de la Rama Judicial el presente Módulo para la formación dentro del Sistema Penal Acusatorio, elaborado por Jesús Antonio Muñoz. Este trabajo es el resultado de la participación en distintos foros y escenarios sobre la incidencia del rol de los niños, niñas y adolescentes en nuestra sociedad.

Con este Módulo pretendemos otorgar herramientas conceptuales y metodológicas que permitan a los operadores judiciales tener en cuenta, debatir, y analizar el papel que los niños, niñas y adolescentes juegan dentro del proceso penal, directamente en lo relacionado con su condición de víctimas de abusos sexuales, atendiendo a la especial protección consagrada para este grupo poblacional en el artículo 44 de la Constitución Nacional, y el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño.

El Módulo consta de cinco unidades, en los cuales se procura que cada una de ellas se pueda estudiar y utilizar independientemente, de acuerdo con las necesidades del lector y de los formadores y formadoras. Cada unidad contiene ejercicios que facilitarán el autoaprendizaje, de manera que le permitirán autoevaluarse y prepararse para constituir grupos de estudio y discusión para desarrollar las temáticas planteadas.

El estudio de este Módulo es su responsabilidad, todas las actividades en que tome parte, en forma individual o grupal, se verán reflejadas en su trabajo judicial, en sus decisiones y, en general, en su participación activa en los espacios de capacitación.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLMENTACIÓN DEL SISTEMA ACUSATORIO PENAL EN COLOMBIA	9
PRESENTACIÓN	19
INTRODUCCIÓN	27
PROPÓSITO DEL MÓDULO	29
RECOMENDACIONES	30
UNIDAD 1	
PRECISIONES CONCEPTUALES	31
INTRODUCCIÓN	31
I. DEBATE HISTÓRICO	33
II. UN CONCEPTO DE NIÑO	36
A. Niño	36
B. La adolescencia	37
C. Rangos de edad de la niñez en la legislación	40
D. Niños y niñas, concepto en construcción	44
III. CONCEPTO DE SEXUALIDAD	45
A. Elementos históricos de discusión	45
B. Sexualidad	48
C. Derecho y sexualidad	50
IV. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	54
Para recordar	54
¿Qué he aprendido?	55
A. Análisis de caso	55
V. GLOSARIO	55
VI. ANEXOS	56
UNIDAD 2	
NIÑOS, NIÑASY ADOLESCENTES SUJETOS PLENOS DE DERECHOS	57
Introducción	57
Desarrollo	58
I. APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA	59
II. NIÑOSY NIÑAS SUJETOS DE DERECHOS	62
III. PRINCIPIOS QUE REGULAN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑASY ADOLESCENTES	64
	21

A. Interés Superior y Primacía de Derechos	65
B. Ejercicio Responsable de los Derechos	69
C. Integralidad	70
D. Corresponsabilidad	71
E. Criterio Pedagógico	73
IV. SEXUALIDAD Y DERECHOS DE LOS NIÑOS	74
V. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	81
A. Para recordar	81
B. ¿Qué he aprendido?	82
C. Análisis de caso	82
VI. GLOSARIO	84
VII. ANEXOS	86
UNIDAD 3	
NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS	87
Introducción	87
Actividad Exploratoria	88
Desarrollo	88
I. VÍCTIMA	88
A. Definición de víctima	89
B. Víctima con derechos prevalentes	93
II. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS	94
A. Derechos de las víctimas en general	94
1. Derecho interno	94
2. Derecho internacional	100
B. Derechos particulares de los niños víctimas	111
III. CONCLUSIONES DE LA UNIDAD	118
Para recordar	118
¿Qué he aprendido?	119
Análisis de Caso	119
IV. GLOSARIO	121
V. ANEXOS	123
UNIDAD 4	
DELITOS DE ABUSO SEXUAL EN LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	125
Introducción	125
Actividad Exploratoria	126
Desarrollo	126
I. EL ABUSO SEXUAL	126
A. Concepto de abuso sexual y violencia sexual	127

B. Abuso sexual para el Derecho Penal	130
II. ANÁLISIS DOGMÁTICO	131
A. Bienes jurídicos con significación constitucional	131
B. Circunstancias especiales de los delitos	138
Acceso Carnal Violento	138
Acto Sexual Violento	139
Acceso Carnal o Acto Sexual en Persona Puesta en Incapacidad de resistir	139
Actos Sexuales Abusivos	140
Proxenetismo	142
Omisión de Denuncia	145
C. Circunstancias especiales comunes que deben tenerse en cuenta en los delitos sexuales	146
III. ABUSOS SEXUALES A NIÑOS QUE NO SON PUNIBLES	151
La Trata con Fines de Prostitución	151
El Turismo Sexual	152
El Acoso Sexual	152
IV. EL SISTEMA DE PENAS	153
V. CONCLUSIONES DE LA UNIDAD	157
Para recordar	158
¿Qué he aprendido?	159
Análisis de caso	159
VI. GLOSARIO	161
VII. ANEXOS	162

UNIDAD 5

PROCESO PENAL ACUSATORIO Y DELITOS DE ABUSO SEXUAL EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	163
INTRODUCCIÓN	163
ACTIVIDAD EXPLORATORIA	164
I. ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO	164
II. EL PROCESO COMO ESCENA	164
III. PRINCIPIOS APLICABLES EN PROCESOS POR ABUSO SEXUAL	166
IV. LÍMITES DEL ESCENARIO PROCESAL	167
A. Fase de Indagación e Investigación: Protocolos	173
1. La admisión del caso	173
2. La entrevista	173
a. La víctima	173
b. El acompañante	174

c. El Informe	174
d. Medidas de Protección	175
e. Denuncia	176
f. Las situaciones de flagrancia	176
3. Rol de la víctima en el proceso	177
A. Rol de la víctima en audiencias preliminares	177
B. Rol de la víctima en audiencia de acusación	182
C. Rol de la víctima en la audiencia preparatoria	183
D. Rol de la víctima en la audiencia del juicio oral	183
E. Rol de la víctima en la terminación del proceso por negociación o principio de oportunidad	186
F. Incidente de reparación integral	188
G. Mediación	189
H. Mecanismos de protección	189
V. CONCLUSIONES DE LA UNIDAD	191
Para recordar	192
¿Qué he aprendido?	192
Análisis de caso	192
VI. GLOSARIO	193
VII. ANEXOS	193
Conclusiones y recomendaciones del módulo	195
Recomendaciones	197
BIBLIOGRAFÍA	200
NOTAS DE ACTUALIZACIÓN DEL MÓDULO POR PARTE DEL COMITÉ ACADÉMICO DE LOS PROGRAMAS DE OFRMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA DEL ÁREA PENAL DE LA ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”	203
1. Testimonio de niños y niñas víctimas de delitos sexuales	205
2. Derechos de las víctimas	206
3. Evolución del concepto de víctima	236
4. Oportunidad para determinar la calidad de víctima	245
5. Discriminación positiva a favor de los niños víctimas	247

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE ABUSO SEXUAL

CONVENCIONES

Og

Objetivo general

Oe

Objetivos específicos

At

Actividades de taller

Ca

Cuestionarios de autoevaluación

INTRODUCCIÓN

El presente módulo, junto con el proceso presencial de capacitación en la formación de los operadores y operadoras judiciales, y los documentos y lecturas que le sirven de sustento (anexos), constituye un apoyo central para el desarrollo de las habilidades de los servidores y servidoras judiciales en la exploración del tema del abuso sexual en niños, niñas y adolescentes.

Los temas del módulo se desarrollan dentro de los retos planteados por el nuevo sistema penal acusatorio. Uno de ellos es el tratamiento a los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual, desde la perspectiva de sus derechos, su rol en el proceso, su protección, los deberes del funcionario judicial, entre otros.

Las unidades se sintetizan así:

Unidad 1

Precisiones conceptuales. Establece un marco conceptual que hace posible el análisis profundo sobre la problemática de niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente.

Unidad 2

Niños, niñas y adolescentes sujetos plenos de derechos. Trata de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos prevalentes, que dentro de cualquier situación especial como el abuso sexual deben ser protegidos prioritariamente, para generar un marco teórico de análisis.

Unidad 3

Niños, niñas y adolescentes víctimas. Analiza la situación especial de los niños cuando son víctimas de delitos, los problemas y derechos que surgen de tal condición, así como los deberes del Estado, la sociedad y la familia frente al restablecimiento de sus derechos vulnerados

Unidad 4

Delitos de abuso sexual en los niños, niñas y adolescentes. Crea un espacio de análisis dogmático penal sobre cada uno de los tipos penales que entran dentro de la categoría de abuso sexual a niños, niñas y adolescentes.

Unidad 5

Proceso penal acusatorio y delitos de abuso sexual en niños, niñas y adolescentes. Trata brevemente del desarrollo del proceso penal dentro del Sistema Penal Acusatorio, desde la perspectiva de la víctima del delito, así como del rol de los niños, niñas y adolescentes en desarrollo de la escena procesal.

Desde el punto de vista metodológico, reconociendo las dificultades que presenta el tema, se desarrollan conceptualizaciones que permiten la apropiación de los análisis por parte del lector. Adicionalmente se cuenta con ejercicios que facilitan el autoaprendizaje y la autoevaluación. Así, cada unidad temática inicia con la presentación de un supuesto hecho, que solamente invita al lector a mirar la complejidad y talante del tema por tratar en la unidad. Los ejercicios complementarios son de tres tipos: actividades exploratorias, tendientes a que el lector realice algunas actividades previas a la lectura de la unidad, con el fin de generar y ambientar la discusión; análisis de casos, con los cuales el lector podrá aplicar las herramientas conceptuales aprendidas, y continuar con las discusiones planteadas sobre el tema, dentro de un caso práctico y actividades de autoevaluación, con el fin de apreciar las habilidades desarrolladas durante la lectura y demás ejercicios de la unidad.



- Orientar el trabajo de autoaprendizaje de los operadores judiciales, en torno al tema de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente, a través de las unidades temáticas que integran el módulo.



- Aportar un material didáctico adecuado a los procesos de capacitación y autoformación.
- Otorgar a los operadores judiciales conceptos y conocimientos frente a la categoría de niños, niñas y adolescentes.
- Lograr que los operadores judiciales tengan en cuenta en su trabajo la consideración sobre los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes.
- Generar un espacio de encuentro sobre la problemática del abuso sexual en niños, niñas y adolescentes.
- Otorgar herramientas de análisis sobre la problemática del abuso sexual en niños, niñas y adolescentes.

PROPÓSITO DEL MÓDULO

La implementación del Sistema Penal Acusatorio en Colombia ha despertado múltiples reflexiones sobre las novedades procesales que este conlleva. Sin embargo, no hay que olvidar el análisis de ciertas problemáticas de interés social, como lo es el abuso sexual de niños, niñas y adolescentes, para que el nuevo sistema realice una verdadera renovación en pro de la protección y prevención de estos delitos.

Este trabajo es un aporte a la labor desempeñada por los operadores judiciales, tendiente a incluir dentro de la discusión del Sistema Penal Acusatorio la condición de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente, de manera que se adquieran conocimientos y habilidades para el desempeño de su labor en el marco de protección de los derechos fundamentales de la infancia y la adolescencia.

Su impacto deberá medirse en las decisiones que los operadores judiciales tomen en torno a delitos de abuso sexual en los cuales se vea involucrado un menor como víctima. Si da los resultados previstos será una contribución importante a la defensa de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente.

RECOMENDACIONES

Para el estudio de este módulo de autoaprendizaje es necesario:

Trabajar en un espacio que le permita concentrarse, porque se requiere un ambiente tranquilo, sin distracciones e interrupciones continuas que entorpezcan el trabajo.

Utilizar apuntes adicionales cuantas veces sea necesario, guardar memoria de sus dudas, disertaciones, reflexiones y precisar los temas sobre los cuales le gustaría profundizar. Esto facilitará el trabajo de análisis grupal durante las mesas de trabajo, además de la posibilidad de recurrir a compañeros o expertos para la discusión de los tópicos planteados.

Mantener a la mano los **documentos anexos** al presente módulo, como herramientas fundamentales de consulta en el desarrollo de cada una de las unidades temáticas.

Llevar memorias escritas de cada uno de los ejercicios desarrollados dentro de los propuestos en este módulo. Esto le permitirá evaluarlos y consultarlos cuando sea necesario.

UNIDAD 1

PRECISIONES CONCEPTUALES



- Propiciar en el lector la discusión sobre la construcción histórica que tienen los conceptos de niños, niñas y adolescentes, y su incidencia en el entorno social.



- Otorgar al lector herramientas conceptuales que le permitan analizar el concepto de niños, niñas y adolescentes.
- Postular la construcción del concepto de niño, niña y adolescente, desde una perspectiva que englobe aspectos históricos y sociales.
- Analizar los aspectos que se entrelazan en la construcción del concepto de sexualidad.
- Desarrollar destrezas que permitan explorar la relación existente entre sexualidad y Derecho, desde los aspectos de ordenamiento y protección, en el ámbito penal.

INTRODUCCIÓN

Hablar de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales es insertarnos dentro de un campo doloroso, reprochable, angustiante y hasta desconsolador, pero solamente podremos realizar un análisis profundo de esta problemática si partimos del amplísimo campo de “los niños, niñas y adolescentes” y los pensamos desde su rol en la sociedad, desde sus derechos. Esta unidad pretende acercar al lector al mundo desconocido de los niños, niñas y adolescentes.

Imagínese que su hijo de 16 años le manifiesta su decisión de cambiar de sexo, ¿qué pensaría usted?, ¿cuál sería su actitud?, ¿se pondría iracundo?, ¿se negaría

rotundamente a la solicitud?, ¿consideraría que un niño no puede pensar claramente sobre su sexualidad?, o simplemente, ¿accedería a la solicitud bajo el entendido de que los niños, niñas y adolescentes también expresan su sexualidad?

La solución a un evento tan extremo no es fácil, estamos inmersos dentro de una cultura que nos ha enseñado que la opinión de los niños no cuenta, que aún ellos no entienden las consecuencias de sus actos. Pero si a usted como juez un niño, niña o adolescente le hace la petición para que le autorice cambiar de sexo, es necesario comprender el concepto de niños, niñas y adolescentes, y el reconocimiento que la sociedad tiene de ellos. Por último lo invitamos a pensar ¿cómo construiría la sentencia en sus partes de *obiter dicta* y *ratio decidendi*?

Los conceptos de niño, niña y adolescente son construcciones sociales en constante evolución y por lo tanto inacabados. A pesar de que existen distintos rangos de edades, para finalidades distintas –laborales, responsabilidad penal, capacidad para contratar, ejercicio del comercio, ejercicio del derecho al voto, etc.– y que estos rangos continúan aplicándose, la Convención Internacional sobre Derechos del Niño unificó para todos los efectos el concepto de niño como toda persona menor de 18 años siempre que, de acuerdo con la legislación de cada Estado, no haya alcanzado la mayoría de edad antes.

A pesar de los avances, en especial de las normas internacionales sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, las normas nacionales, las prácticas sociales y jurídicas en nuestro país demuestran que en Colombia los niños todavía no cuentan como sujetos plenos de derechos. Esto significa que la exclusión, a la que históricamente han sido sometidos, aún determina su situación real.

Con esta actividad se busca que el lector se aproxime a los diferentes enfoques y problemas que genera el tema por tratar en esta unidad.

At

- Buscar en el Código Civil, Código del Menor y en el Código Penal aquellas normas que no respetan la dignidad de los niños, niñas y adolescentes o que les dan un trato discriminatorio.
- Identificar en las situaciones de la vida cotidiana, prácticas sociales que no respeten la dignidad de los niños, niñas y adolescentes o en las cuales se les dé un trato discriminatorio.
- Identificar las prácticas judiciales y administrativas que nieguen la dignidad humana de los niños, niñas y adolescentes o les den un trato discriminatorio.

“En casos determinados, es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de los menores, incluso contra la voluntad aparente de estos últimos, puesto que se considera que estos aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses.

Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de sus padres sino que él ya es una (persona) libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional.

La Corte considera que hay tres elementos centrales a ser considerados en situaciones de esta naturaleza, y que son: ... la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor... la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño. Y, finalmente, la edad misma del menor, puesto que no es igual la situación de un recién nacido y la de un adolescente que está a punto de llegar a la mayoría de edad. Con base en tales elementos, entra entonces la Corte a analizar si los padres podían autorizar, en este caso concreto, la llamada readecuación de sexo de su hijo”.

Sentencia T-477/95

I. DEBATE HISTÓRICO

La categoría niño ha generado debate entre otras razones porque no existe un concepto ontológico o naturalista¹ de él. Para la presente investigación consideramos que la niñez es un concepto socialmente construido. En este sentido, es pertinente el trabajo de Philippe Aries², retomado por García Méndez, junto con otros teóricos para plantear que *“un análisis histórico riguroso demuestra que la historia de la infancia es la historia de su control. Esta perspectiva parte del rechazo de considerar a la infancia como una categoría ontológica, sosteniendo, por el contrario, que la misma constituye el resultado de un complejo proceso de construcción social, cuyos orígenes pueden remontarse al siglo XVII”*³.

-
- 1 Consideramos un concepto ontológico o naturalista aquel cuya característica fundamental es inherente al ser, independiente del tiempo y el espacio, es decir, sería inmutable. La sola consideración de que las personas llegan a ser niños y después salen de esta condición permiten negar la existencia de un concepto ontológico o naturalista de niño.
 - 2 Véase ARIES, Philippe. “El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen”, Taurus, traducción de Naty García Guadilla, Madrid 1987.
 - 3 GARCÍA Méndez. Emilio. Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia. En Infancia, ley y democracia en América Latina. Temis – Depalma, 1998.

Según el estudio mencionado de Aries, en la Edad Media, las sociedades no podían representarse al niño, muchísimo menos pensarlo como sujeto social. Se era niño mientras se mantuviera una dependencia física con la encargada de la crianza; luego se ingresaba al mundo adulto. En este tiempo no había cabida para los niños. Esto no implica un desprecio por ellos, sino una indistinción con la sociedad de los adultos. Como consecuencia de este pensamiento, predominante, hasta el siglo XVII, la muerte de los niños era poco significativa y existían altas tasas de mortalidad. Sólo se contaba con los niños si lograban sobrevivir e inmediatamente ingresaban a la sociedad como adultos.

Igualmente, otras instituciones como la Iglesia tampoco representaren al niño en su integralidad y fundamentalmente se preocupó por su alma, antes que por su cuerpo. Esto se evidencia en tres aspectos: primero, el rito del bautismo antes de la muerte; segundo, en las iconografías de la época donde el niño no aparece en vida sino una vez muerto (pinturas mortuorias) y tercero, la representación de los niños como las personas que van al cielo porque están libres de pecado y culpa. Este tipo de identificación “celestial” imposibilitó la consideración del niño como sujeto.

Ya en la época de los enciclopedistas, en el siglo XVI, se inicia una identificación de niño como categoría dentro de las edades de la vida, y en este sentido se establece la siguiente secuencia: la infancia (0-7 años, no hablante); puerilidad (7-14 años, es como pupila del ojo); adolescente (14-21 años, cuando se es lo suficientemente grande para engrandarse); juventud (21 hasta 45 años, época de mayor vigor); vejez (45-70 años, serio) y decrepitud (después de 70 años, caprichos por no razonar bien)⁴.

La niñez tenía la forma de lo que Aries llama el “*mimoseo*”. Esto significa que en las familias más selectas se consideraba como la primera etapa de la vida, donde el niño no era sujeto ya que tan solo se constituía en un objeto para la recreación de los adultos, a través de sus actos graciosos que ejecutaba.

A finales del siglo XVIII aparece la escuela como un medio de educación bajo el modelo del aislamiento de los sujetos. En consecuencia, se establece la cultura del internamiento, según la cual para cada problema social se utilizaba una institución cerrada. Así por ejemplo, para el problema de los delincuentes surgiría la cárcel, para el de los locos el hospital psiquiátrico, para los de la salud los hospitales, para los pobres el hospicio y para los problemas de la educación, la escuela “*En este proceso de*

4 Aries, Ob. cit. Pág. 67.

descubrimiento-invencción de la niñez, la vergüenza y el orden constituyen dos sentimientos de carácter contrapuestos que ayudan a modelar un sujeto al que la escuela dará forma definitiva. La escuela organizada bajo tres principios fundamentales, vigilancia permanente, la obligación de denunciar y la imposición de penas corporales, cumplirá conjuntamente con la familia, la doble tarea de prolongar el periodo de la niñez arrancándolo del mundo de los adultos; es el nacimiento de una nueva categoría⁵.

La evolución más reciente del concepto de niño lo vincula con la noción de menor estableciendo así una dicotomía entre estos dos conceptos: Por niño se entiende todo aquel que cuenta con las condiciones básicas de desarrollo (familia, escuela y salud), y por menor aquel que no goza de ellas, y por ende se encuentra en una “situación irregular” que lo hace potencialmente un delincuente. En ese sentido, el menor se convierte en objeto de cuidado y de protección de las políticas públicas.

En las primeras décadas del siglo XX, en especial con la crisis de los años treinta, las condiciones sociales generan un aumento de los niños en situación irregular, al tiempo que aumenta la preocupación por desarrollar mecanismos sociales que permitan controlarlos. Fue así como se desarrollaron, en el mundo entero, los tribunales de menores, para el control de los niños en situación irregular, en especial de los menores abandonados —delincuentes—⁶. Para estas doctrinas, la categoría más importante fue la de menor en situación irregular; y de ahí, que se les conozca con este nombre. En ellas el menor fue concebido como objeto de tratamiento y no como sujeto de derechos.

Estas concepciones del niño y del menor perduraron por largo tiempo, en medio del desarrollo de la doctrina de la “situación irregular”, hasta que se proclama la concepción del niño como sujeto de derechos. La superación de la consideración del niño como objeto de tratamiento es el resultado de un largo proceso que parte de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, concibe a todos los seres humanos —sin excluir a los niños— como personas. Continúa con la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y tiene su punto de no retorno en la Convención Internacional de los Derechos del Niño en 1989, en la cual se les considera como sujetos plenos de derechos.

En síntesis, la génesis del concepto de niño es importante para los propósitos del presente módulo porque es a partir del momento en que aparece su

⁵ Ibid., pág. 40.

⁶ Ibid., pág. 40.

conceptualización como nueva categoría, cuando surgen las primeras preocupaciones por la situación de los niños. Posteriormente se va ampliando a la concepción como personas y después como sujetos titulares de derechos prevalentes. En la actualidad, la búsqueda se orienta al establecimiento de mecanismos que permitan la eficacia plena de todos sus derechos. Esta evolución es incesante; no se agota, porque surgen nuevas interpretaciones, nuevas precisiones, como en el caso de la perspectiva de género, nuevos derechos y mecanismos para hacerlos efectivos.

II. UN CONCEPTO DE NIÑO

A. NIÑO

Para el presente análisis es importante precisar conceptualmente a qué nos referimos cuando hablamos de niño, niña y adolescente. Aunque es un concepto muy polémico, en la actualidad no existe duda de lo que se entiende por niño, conforme a la Convención Internacional de los Derechos del Niño⁷ de 1989, que en su artículo primero expresa: “...se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

En la convención hay dos tendencias claras: la designación del sector de la población en edad inferior a 18 años como NIÑOS, desechando la pretensión de inferioridad de los conceptos de menor, chico, pequeño o cualquier otro. Y por otro lado, determina un derrotero cuantitativo para la estipulación de la niñez. Es importante destacar que la Convención establece este criterio cuantitativo, para definir al niño por dos razones: primero, porque comprende el tránsito de la niñez a la etapa adulta como un proceso en el cual no hay una ruptura fácilmente delimitable y de aplicación universal. Segundo, porque desde una interpretación adecuada de la niñez fácilmente se concluye que, desde el punto de vista cualitativo, los niños son personas y como tales son titulares como mínimo de los mismos derechos de los adultos, solo que ejercen esos derechos conforme al ciclo vital en el cual se encuentran.

Es importante aclarar que los derechos compartidos con la sociedad adulta son un mínimo en el caso de los niños y adolescentes. Estos tienen categorías de derechos específicos para garantizar su desarrollo, al tiempo que todo el conjunto de sus derechos son de rango privilegiado, como lo veremos posteriormente. Los

7 Adoptada por Resolución 44/25 del 20 de noviembre del 89, entró en vigor el 2 de febrero del 90, para Colombia el 28 de enero de 1991 Ley 12/91.

niños gozan de una superprotección, o protección complementaria de sus derechos, que no es autónoma sino fundada en la protección jurídica general⁸.

El criterio cuantitativo de la Convención, de definir al niño como toda persona menor de 18 años, no es solo un dato normativo, porque podemos afirmar que hace parte de la cultura universal, en la medida en que la convención ha generado un enorme consenso entre los Estados⁹. Por consiguiente se clausuró cualquier debate al respecto, por lo menos en el corto y mediano plazo. Pocos instrumentos poseen la virtud de la Convención: regular y especificar con alto nivel de detalle los derechos de la infancia y al mismo tiempo recoger un consenso casi planetario¹⁰.

La Constitución colombiana coincide con la Convención al declarar la mayoría de edad a los 18 años. Los artículos 44, 93 y 94 de la Constitución remiten a la normatividad internacional, y a los derechos no expresados taxativamente en la Constitución. Por consiguiente al interpretar esta norma en armonía con el artículo primero de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, resulta indiscutible que para Colombia niños son todas las personas que no han cumplido 18 años o en otras palabras que no han llegado a la mayoría de edad.

B. LA ADOLESCENCIA

De acuerdo con las normas internacionales, no hay duda de que el adolescente es un niño; esto es, la adolescencia es una subcategoría de la categoría de niño. Lo que aun se discute es el inicio de la adolescencia ya que las diferencias en torno a las dos categorías se han desarrollado a partir de los estudios psicológicos. En el propósito de unificar criterios, la psicología ha presentado al mundo importantes definiciones, principalmente desde la Psicología Genética, disciplina que se aproxima de manera más precisa y minuciosa al estudio profundo de este tema.

En efecto, la Psicología Genética nace hacia finales del siglo XIX con James Mark Baldwin *"preconizando dos procesos: La formación de hábitos y la acomodación"*¹¹

- 8 CILLERO Bruñol, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En "infancia, ley y democracia en América Latina", autores varios, Ed. Temis Depalma, Bogotá, Buenos Aires 1998.
- 9 La Convención ha sido aprobada por todos los estados miembros de las Naciones Unidas, menos Estados Unidos y Somalia.
- 10 MAURAS, Marta. De los menores en circunstancias especialmente difíciles a los derechos del niño. En derecho a meter derecho, UNICEF. Tomo III, 1990.
- 11 CASE ROBBIE. El Desarrollo Intelectual. Del nacimiento a la edad madura. Pág. 37. Paidós. Buenos Aires. 1989.

como esenciales en el desarrollo cognitivo del ser humano. Desde esta perspectiva, el ser humano pasa por tres etapas generales que son: la infancia, la adolescencia y la edad adulta. Según Piaget, la infancia ocurre en tres etapas: la lactancia, desde el nacimiento hasta los dos años¹²; la primera infancia que va de los dos (2) a los siete (7) años¹³ y lo propiamente llamado infancia que va de los siete (7) a los doce (12)¹⁴ años aproximadamente, donde además de los cambios físicos y madurativos del niño, se dan tres grandes etapas del desarrollo intelectual caracterizada en la siguiente tabla¹⁵:

Tabla No. 1. Etapas del desarrollo cognitivo según Piaget

Período	Edad	Características generales
Sensorio motriz	0-12	Coordinación de movimientos físicos, desarrollo prerrepresentacional y preverbal. Indiferenciación del mundo exterior y el yo (egocentrismo). Interacción con su mundo inmediato. Crecimiento físico rápido, primeros pasos, primeras palabras, exploración del mundo.
Preoperatorio	2-7	Habilidad para representar la acción mediante el pensamiento y el lenguaje prelógico. Interacción con el mundo de manera gradual, ampliación de su vocabulario, crecimiento físico rápido, desarrollo de motricidad fina y gruesa.
Operaciones concretas	7-12	Pensamiento lógico pero limitado a la realidad física. Diferenciación del mundo exterior y el yo lo que le permite mayor interacción con el mundo sobre todo con sus pares genéricos. Crecimiento físico lento.

Por otra parte, desde la teoría socio-histórica de Vigotsky “... el sistema de actividad del niño está determinado en cada etapa específica tanto por el grado de desarrollo orgánico del niño como por su grado de dominio en el uso de los instrumentos”¹⁶. Entonces las etapas de la niñez no dependen solamente de los cambios biológicos, también están ligados al desarrollo de los procesos cognitivos, entendidos como el grado de dominio en el uso de instrumentos y herramientas, mediados por la interacción social.

12 PIAGET, Jean. Seis estudios de Psicología. Pág. 19. Planeta Agostini. Barcelona, España, 1985.

13 Ibid. Pág. 31.

14 Ibid. Pág. 61.

15 Ibid. Resumen Primera Parte. Páginas 11 - 93.

16 VIGOSTSKY, LEV. El Desarrollo de los Procesos Psicológicos Superiores. Pág. 42. Ed Crítica. Barcelona, España. 1979.

A partir de lo anterior, debemos tener presente que cuando hablamos de niños nos referimos a todos los menores de 18 años, indistintamente de la etapa de desarrollo en la que se encuentren. En cambio, la infancia es entendida como la etapa de desarrollo comprendida antes de los 11 años de edad, o desde cuando emerge la adolescencia. Este es un concepto más reciente que el de infancia y “no se consideró una etapa en el desarrollo humano hasta principios del siglo XX cuando Standley Hall... formuló una teoría de la adolescencia. Su popular obra *Adolescence* se publicó en 1904... lo cual estimuló el pensamiento acerca de este período de la vida”¹⁷. De manera general, son los cambios físicos madurativos sexuales los que dan inicio a esta etapa.

De acuerdo con Piaget, los cambios internos y externos de la vida de un adolescente se combinan para llegar a la madurez cognoscitiva. “El cerebro ha madurado y el ambiente social es más amplio y ofrece mas oportunidades para la experimentación”¹⁸. La interacción entre los dos campos es esencial. De igual manera que en la niñez, esta etapa está caracterizada por el desarrollo cognitivo, biológico y social así¹⁹:

Tabla No. 2 Características de la adolescencia, según Piaget.

Período	Edad	Características generales
Operaciones formales	11-20 Años	<ol style="list-style-type: none"> 1. Construye sistemas y teorías que transforman el mundo inmediato, piensa concretamente, reflexión libre y desligada de lo real, pensamiento hipotético-deductivo. 2. La vida afectiva se afirma por la conquista de su personalidad y la inserción en la vida adulta. 3. Desarrollo sexual que permite la reproducción

La conclusión de esta etapa es el equilibrio entre estos tres aspectos y difiere mucho de individuo a individuo ya que influye el contexto socioeconómico y cultural que le rodea, facilitando u obstaculizando el paso a la edad adulta.

En síntesis la adolescencia puede definirse como aquella etapa en que empiezan los cambios físicos de maduración sexual (12 años aproximadamente) y se prolonga hasta los 18 años de edad. Si bien la Psicología nos habla de 20 años como rango superior de la adolescencia, los fenómenos que han ocurrido en las últimas décadas, especialmente en las tecnologías de la comunicación, conllevan un proceso de maduración más acelerado.

17 PAPALIA Diane. Psicología del Desarrollo. Pág. 387. McGraw Hill. México. 1997.

18 Ibid. Pág. 567.

19 PIAGET, Jean. Ibid. Pág. 93-107.

Por ello, nuestro concepto de adolescencia llega hasta la edad de los 18 años, ya que al adoptar esta edad, como límite máximo de la adolescencia, estamos tomando la misma edad que trae la Convención para definir el concepto de niño.

Aunque el rango de inicio de la adolescencia es más incierto, es claro que este se identifica con un proceso madurativo del niño, donde toma conciencia de su relación con el entorno y en especial de su rol social (razonamiento del niño en la toma de decisiones que lo afectan). Pero al contrario de la elección de una edad para inicio de la vida adulta por la legislación, el comienzo de la adolescencia no es expreso. Además del derrotero que nos indica que todos los adolescentes son niños, la legislación indica una serie de rangos de edad, dentro de los niños para diversos fines, como se plantea a continuación.

C. RANGOS DE EDAD DE LA NIÑEZ EN LA LEGISLACIÓN

El Código Civil colombiano indica en su artículo 34 *“Llámesse infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido 18 años, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos”*. Evidenciamos aquí una arcaica distinción dentro del erróneo concepto de menor y es que se diferencia entre hombre y mujer para llegar a la pubertad. Este período se identifica con la capacidad relativa para expresar el consentimiento en los negocios jurídicos. Evidentemente es un concepto infundado a la luz de la Convención y de los demás instrumentos internacionales²⁰ de Derechos Humanos²¹.

20 Además la consideramos contraria a los artículos 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 74 de 1968 y vigente para Colombia desde el 23 de marzo de 1976; a los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 1972 y vigente para Colombia desde el 18 de julio de 1978; a los artículos 3, 15 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la ley 51 de 1981 y entrada en vigor para Colombia el 19 de febrero de 1982; al artículo 4 literal f de la Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención de Belem do Para” aprobada por la Ley 248 de 1995 y vigente para Colombia desde el 15 de diciembre de 1996.

21 El artículo 34 fue declarado inexecutable por la sentencia C-534 de 24 de mayo de 2005. En esta sentencia se declararon INEXEQUIBLES las expresiones “varón” y la expresión “y la mujer que no ha cumplido doce”, quedando la redacción de la norma de la siguiente manera: ARTÍCULO 34. Llámesse infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el que no ha cumplido catorce años; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido (veintiún) años, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.

Debemos, en consecuencia, considerar que esta norma ha sido derogada por la Convención Internacional de los Derechos del Niño y por los demás instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos vinculantes para Colombia.

Por otro lado, tenemos el Código del Menor que en su artículo 165, define a los niños como inimputables, y diferencia en su artículo 166 entre el infractor menor y el mayor de 12 años. Los primeros son juzgados por el Defensor de Familia, y los mayores de 12 años, por los Jueces de Menores o los Promiscuos de Familia, y de esta manera cambia la medida de protección aplicable en cada caso.

En forma más genérica, el concepto de imputable es, en la filosofía kantiana, la persona humana y la utiliza para diferenciarlo de las cosas²². El concepto de inimputable²³ que consagra la legislación penal, se funda en el concepto de **incapacidad**. En efecto, el artículo 33 define como **inimputable** a quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental o diversidad sociocultural.

El hecho de concebir al inimputable como un sujeto **incapaz**, es ni más ni menos, colocarlo al mismo nivel de los animales²⁴, puesto que el concepto de persona humana está definido sobre la base del sujeto capaz de comportarse conforme a sentido, capacidad que puede ser meramente potencial²⁵.

El ser humano, aún en las circunstancias más difíciles de inmadurez psicológica o de trastorno mental no llega a perder totalmente esa capacidad de comportarse

22 KANT, Emmanuel. La metafísica de las costumbres. Bosch, Madrid 1984, pág. 86.

23 Según la Sentencia C-297/02 “El estatuto penal colombiano, siguiendo la doctrina nacional e internacional sobre el tema, establece dos regímenes diferenciados de responsabilidad penal. . . . De otro lado, el estatuto prevé un régimen distinto para los inimputables, que son los individuos que al momento del delito, y por factores como inmadurez psicológica o trastorno mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, y por ello no pueden actuar culpablemente. En esos eventos, el Código Penal no establece penas sino medidas de seguridad, que no tienen una vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación. Y por ello el estatuto punitivo no exige que el comportamiento sea culpable sino que basta que sea típico, antijurídico, y que no se haya presentado una causal de exclusión de la responsabilidad. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 13 de octubre de 1982, M.P. Dr. Alfonso Reyes Echandía.

24 La opinión pública y la jurisprudencia aceptan que el concepto de inimputabilidad tiene una función importante en cuanto a la protección de niños, niñas y adolescentes. Ver sentencia C-297/02.

25 Véase ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “En busca de las penas perdidas”, Ed. Temis, Bogotá 1993, pág. 8.

conforme a sentido. Esa capacidad puede verse disminuida en las circunstancias mencionadas, pero no se pierde totalmente como lo predica el concepto de **inimputabilidad** que nos trae el sistema penal. Predicar que el ser humano pierde totalmente esa capacidad, es dejarlo en una situación de minusvalía, que obviamente atenta contra el principio del respeto a la dignidad humana.

En el caso de los niños, al considerarlos **inimputables** —léase **incapaces**—, es mucho más grave que en el caso de los adultos. En estos últimos, la definición de **inimputable** hace referencia al momento en que se ejecuta el hecho delictivo. De ahí que, cuando esa incapacidad proviene de trastorno mental transitorio, que no deje perturbaciones mentales, no se aplica la medida de seguridad. En cambio, en el caso de los niños es diferente, porque al ser definidos todos los menores de 18 años como **inimputables**, como lo hace el artículo 165 del Código de Menores, tal definición de **incapaz** adquiere un carácter permanente, hasta que se cumpla la edad citada. Al ser considerados incapaces hasta los 18 años, los adultos deben hacerle todo, decidirle todo y por supuesto, *las opiniones de los niños no son tenidas en cuenta*, porque ¿quién tendría en cuenta las opiniones de un incapaz?

Se nos podría objetar que si bien es cierto, el concepto de inimputabilidad implica incapacidad, su finalidad es la de establecer la protección. Pero ya la historia (no sólo de los niños, sino también de otros sujetos definidos como incapaces, como los indígenas no civilizados, las mujeres, o ciertos pueblos sometidos a formas de protectorado), nos ha demostrado que todo ello no termina en sistemas de protección, sino en todo lo contrario: en aniquilación, destrucción, invalidación y explotación.

No podemos continuar con un concepto del menor como inimputable, que invalide al niño hasta en sus opiniones, porque ello implica un tratamiento lesivo de la dignidad humana y como tal, violatorio de las siguientes normas: artículo 1 de la Constitución Nacional, al preámbulo y espíritu de la Convención Internacional de los Derechos de los Niños, a los artículos 1 y 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 1 y 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, artículos 1, 2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sobre la edad mínima para trabajar, la Organización Internacional del Trabajo, a través de diversos convenios, la sitúa entre los 12 y 15 años, dependiendo de tipo de labor desarrollada. En el Convenio 49 de 1976 se indican los 14 años, como aptos para desarrollar trabajos nocturnos. El Convenio 112 de 1959 instituye el mínimo

de 15 años, para trabajar en barco de pesca. En el convenio 124 de 1965 se establece la edad de 21 años para trabajo subterráneo en minas. Por último, el Convenio 138 del 73 establece un límite general para el trabajo en 15 años, o cuando cese obligación escolar. Autoriza a los países desarrollados para bajar la edad a los 14 años, e indica que, en trabajos peligrosos, no pueden participar menores de 18 años.

En la legislación interna, es prohibido el trabajo para todo menor de 18 años por regla general. Sin embargo, se puede otorgar permiso para trabajar a los mayores de 12, pero con restricción de jornada de trabajo: de 12 a 14 años solo podrá trabajar jornada máxima de (4), horas diarias, en trabajos ligeros; entre los 14 y 16 años, solo podrán trabajar en una jornada máxima de seis (6) horas diarias. La jornada de trabajo para personas entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años no podrá exceder de ocho (8) horas diarias.

En la estipulación de tipos penales es determinante la edad de la víctima. En este sentido la ley penal también trae una serie de categorías etéreas para la construcción de tipos o de circunstancias de agravación punitiva. Son tipos autónomos el acceso carnal en menor de 14 años, artículo 208 C.P. Así mismo los actos sexuales abusivos Art. 209 C.P.; el estímulo a la prostitución de menores (art. 217) pornografía con menores (art. 217); el que causa aborto sin consentimiento de esta o que sea menor de 14 años, artículo 123 C.P., estipulando el consentimiento no válido en las niñas. En el artículo 127 C.P. se establece el abandono de menores de 12 años o de personas incapaces para valerse por sí mismas. Es claro que se parte del supuesto de que el mayor de 12 años es capaz de sobrevivir al abandono.

Algunos tipos penales indican como circunstancia de agravación realizar la conducta contra menor de 14 años en los siguientes casos: inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas (art. 187 inc. 3); tráfico de inmigrantes y trata de personas (art. 188 B parágrafo), inducción o constreñimiento a la prostitución (art. 216 No. 1). Por último debemos indicar que si la víctima es un niño, por lo general, es circunstancia de agravación punitiva. En la desaparición forzada se agrava si la víctima es menor de 18 años (art. 166 No. 3), igual en la tortura (art. 179 No. 3); en el desplazamiento forzado (art. 181 No. 2); en el constreñimiento para delinquir (art. 185 No. 2); en el tráfico de inmigrantes y trata de personas (art. 188 B No. 1); en la violencia familiar (art. 229 inc. 2), y en la inasistencia alimentaria (art. 233 C.P.).

El ejercicio del derecho político del voto es otro rango de edad, que nuestra legislación lo establece a partir de los 18 años. Esto es, lo reserva a los mayores de edad.

Consideramos que las diferencias entre las etapas de los niños en la legislación no son arbitrarias. Responden a la consideración social sobre la existencia de un evidente contraste entre la posibilidad de autodeterminación de la infancia y la adolescencia. Por ello es importante distinguir entre las dos etapas: infancia y adolescencia. Sin embargo, no deja de preocupar la existencia de múltiples edades que no son fáciles de armonizar para distintos fines. Pero lo que sí resulta claro, es que no hay un concepto de niño para efectos laborales, otro para asuntos penales, otro para establecer la capacidad contractual o para el ejercicio del comercio, etc. Los niños, son simplemente todas las personas menores de 18 años, tal como la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños lo establece.

Para nosotros la adolescencia iniciará a los 12 años como derrotero más cualificado por la legislación.

D. NIÑOS Y NIÑAS, CONCEPTO EN CONSTRUCCIÓN

A pesar de la autoridad y el consenso de la Convención Internacional de los Derechos de los Niños, el desarrollo del concepto de niño continúa su evolución, esta vez para reconocer expresamente a las niñas como sujetos plenos de derechos en igualdad de condiciones con los niños. Esta evolución ha sido posible por las luchas de las mujeres que han llevado a la comprensión de que las mujeres son fundamentales para la democracia, de manera que el debate de género debe ser explícito: hablar de niños y niñas.

En este sentido en la exposición de motivos del Proyecto de Código del Menor, se dice: *“No es pensable la democracia hoy, sin la participación de las mujeres en todos los órdenes de la vida familiar, social, económica y política, en condiciones de igualdad. Así lo disponen los instrumentos internacionales de derechos humanos y lo consagra la Carta Fundamental en los artículos 13, 40 y 53. La igualdad entre los géneros es la base de la titularidad universal de los derechos humanos y por ende la condición de posibilidad de la democracia. El reconocimiento de los derechos de las mujeres es quizá la expresión más importante de la aceptación universal de la titularidad del paradigma establecido en el artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que afirma que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos.*

Para hacer comprensiva la noción de la igualdad de los géneros desde la feminidad y la masculinidad, se ha desarrollado el concepto de perspectiva de género. Este es la categoría de análisis que tiene en cuenta las diferencias sociales, biológicas, psicológicas, y ambientales en las relaciones entre las personas según el

sexo y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social. La aceptación de estas referencias en la vida cotidiana, en el orden económico y en el orden político hace visibles las miradas y las percepciones de la feminidad y la masculinidad con las mismas oportunidades e igualdad de responsabilidades”.

III. CONCEPTO DE SEXUALIDAD

A. ELEMENTOS HISTÓRICOS DE DISCUSIÓN

El estudio de la sexualidad es interdisciplinario, pues imbrica todo tipo de discursos (biológico, médico, sociológico, psicológico, etc.) que tienen su punto final en la formación pedagógica que se le pretende dar a los niños, niñas y adolescentes para su normal desarrollo. Aquí juega un papel importante la concepción moral-religiosa respecto del sexo, que involucra diferentes aspectos.

Uno de ellos es el reconocimiento del predominio masculino o “machista” respecto del derecho de su práctica²⁶. Históricamente se le ha reconocido al hombre el dominio de los placeres, por encima de las necesidades mismas de las mujeres. Así, desde los griegos se consideraba que los hombres tenían pocas exigencias matrimoniales²⁷, y en consecuencia, no tener relaciones sexuales más que con su esposa legítima, no formaba parte de sus obligaciones. El matrimonio de un hombre no lo ligaba sexualmente.

De otro lado, las mujeres, en tanto esposas, estaban atadas por su situación jurídica y social y toda su actividad sexual debía situarse dentro de la relación conyugal en la cual el marido debía ser su compañero exclusivo. “se encuentra bajo su poder; deben darle los hijos que serán sus herederos y ciudadanos”²⁸.

Posteriormente, empiezan a hacerse construcciones sociales a partir de conceptos tales como la virginidad y el honor²⁹, que llegan a tomar una fuerza desmesurada (incluso

26 “Las cortesanas existen para el placer; las concubinas para los cuidados cotidianos; las esposas para tener la descendencia legítima y ser las guardianas del hogar”. Demóstenes. Tomado de Michel Foucault. *El Uso de los Placeres*. Op Cit. Pág. 132.

27 Una ley de Solón exigía del marido que tuviera por lo menos tres veces al mes relaciones sexuales con su mujer, si ésta era heredera. *Ibíd.*, Pág. 135.

28 *Ibíd.*, pág. 134.

29 El concepto de honor personal elude una definición precisa, puesto que se trataba de un esquema mental expresado a través de una serie de códigos de conducta que regían el comportamiento personal y social. Y respecto a la virginidad, denota una condición física, que también simbolizaba castidad y el respeto a los cánones morales de la Iglesia. En Lavrin, Asunción. *Sexualidad y Matrimonio en la América Hispánica*. Editorial Grijalbo, México. 1989, pág. 23.

en aspectos económicos, como la dote), volviendo más complejas las ya difíciles relaciones sociales y sexuales de los hombres y mujeres. En efecto, estas categorizaciones restringían y definían parcialmente la interacción hombre-mujer debido a las múltiples consecuencias sociales que podían desatar. En este punto, la Iglesia comienza a imponer un complejo juego de normas de comportamiento, para asegurar la conservación de intereses sociales y políticos que eran mejor servidos por la familia patriarcal y asegurar el control que ejercían los padres sobre los hijos³⁰, dejando así a la mujer encargada de la protección de su honor y el de su prole.

Por el contrario, en la época actual la virginidad y el honor han perdido peso, de manera considerable, al momento de definir los comportamientos de hombres y mujeres. Una expresión de esto fueron las luchas femeninas por el reconocimiento de los derechos que derivaron en movimientos como el de la liberación sexual de la década de los 60. De otra parte, los avances tecnológicos también contribuyeron a este cambio de concepción: la creación de métodos anticonceptivos para la mujer la hicieron partícipe de la decisión tanto de su sexualidad como del número de hijos que quería concebir. La revolución educativa permitió incluir, en el programa académico, temas sobre reproducción y salud sexual. Toda esta suerte de cambios sustanciales en los comportamientos sociales, han hecho que el tema sexual haya perdido su halo de tabú y pase a ser analizado como una necesidad vital para el desarrollo humano.

De todas formas, aun existen puntos álgidos de análisis. El hombre sigue incluyendo conceptualizaciones que ponen en riesgo el libre ejercicio de la sexualidad en la mujer. Aspectos como el concepto cristiano de moral, hacen que el sexo si no es concebido dentro de la institución matrimonial, se catalogue como algo “sucio” “reprobable” y “punible” desprendido de todo placer o satisfacción. Para la doctrina cristiana, la sexualidad sólo debe ser ejercida con el ánimo de la procreación, proscribiendo cualquier tipo de acercamiento de pareja que se aleje de este ideal³¹.

30 Ibid, Pág. 24.

31 La moral sexual exige hoy y siempre que el individuo se someta a cierto arte de vivir que define los criterios estéticos y éticos de la existencia, pero este arte se refiere cada vez más a principios universales de la naturaleza o de la razón, a los que todos deben plegarse de la misma manera, cualquiera que sea su *statu quo*. En cuanto a la definición de trabajo que hay que realizar sobre uno mismo, sufre también, a través de los ejercicios de la abstinencia y de dominio que constituye la *askesis* necesaria, el lugar que se concede al conocimiento de uno mismo; se hace más importante la tarea de ponerse a prueba, de examinarse, de controlarse en una serie de ejercicios bien definidos; coloca la cuestión de la verdad de lo que es uno, de lo que uno hace y de lo que uno es capaz de hacer- en el centro de la constitución del sujeto moral. Finalmente, el punto en que desemboca esta elaboración sigue siendo, ciertamente, definido por la soberanía del individuo sobre sí mismo;

Esta forma de pensamiento lleva a una revolución cultural centrada negativamente en el cuerpo. No podemos negar las prohibiciones, las exclusiones y las regulaciones fuertemente restrictivas a las que ha sido sometido el cuerpo, durante siglos de dominación patriarcal.

Por lo anterior, el único medio de sacralización del sexo se cristaliza en la institución matrimonial y se transmutan conceptos propios como el deseo por el amor y la búsqueda de placer por la prolongación de la prole. De esta manera se crea el concepto de familia, entendida como la relación real o ficticia trazada a través de las relaciones de padres, hijos y hermanos, reconocida con propósitos sociales³².

A todo lo anterior, se le suma otro punto controversial, como es el de la existencia de otro tipo de tendencias en los seres humanos. Teniendo en cuenta las definiciones de los psicoanalistas Laplanche y Pontalis³³, la sexualidad genital del adulto sano, reproductiva y placentera, supone, para el psicoanálisis ortodoxo, un acto sexual normal, que definen como: “Coito conducente a la obtención del orgasmo con penetración vaginal con una persona del sexo opuesto”. Desde este modelo de normalidad, serían anormales las actividades sexuales autoeróticas como la masturbación, en las que no hay penetración vaginal, o en condiciones diferentes a las del coito para la obtención del orgasmo, las realizadas con más de un compañero, las que no tienen fin reproductivo y las homosexuales.

La homosexualidad es la atracción sexual por las personas del mismo sexo pero ha sido entendida, desde antiguo, como una desviación de los gustos sexuales, y es considerada como conducta sexual prohibida. En los libros sagrados³⁴ se hace mención de la homosexualidad. Se habla de actos sexuales “infames”, “abominables”, “maldades”, “actos pecaminosos”, “costumbres horribles”. Entonces, además de la visión negativa del cuerpo, como portador de deseos e instintos malignos, sumamos

pero esta soberanía se amplía en una experiencia donde la relación con uno mismo toma la forma no sólo de un dominio sino de un goce sin deseo y turbación. Michel Foucault. *Historia de la sexualidad*. Citado por UMAÑA LUNA Eduardo. *El Niño. Menores de Edad. Investigación y análisis interdisciplinarios*. Universidad Nacional de Colombia. 2002. Pág. 202.

32 GUTIÉRRES DE PINEDA, Virginia. *La Familia en Colombia*. Editorial Universidad de Antioquia. Ministerio de Cultura. Medellín. 1997. Segunda Edición. Pág. 3.

33 Laplanche, J., Pontalis, J.B.: *Diccionario De Psicoanálisis*, Labor 2ª, Barcelona, 1974. Tomado de <http://www.sexovida.com/clinica/parafilias1.htm>.

34 Levítico, Capitulo 18;22; Corintios 6:9 y 6:19, Timoteo 1:10 y Hebreos 13:4. Deuteronomio 22:5, Romanos 1:24, Corintios 6:10 y Timoteo 1:10.

la consideración de que toda aquella conducta que se extralimita de los parámetros establecidos socialmente, define a una persona desviada o anormal.

A pesar de las dificultades antes expuestas, la construcción de la sexualidad ha tenido un momento importante en la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo realizada en el Cairo en 1994, en la cual la sexualidad se considera fundante de lo humano. En ella se ha desarrollado una moral laica, no religiosa de la sexualidad, fundada en los derechos humanos y en el desarrollo de la persona como sujeto de derechos, en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres, sin discriminación ni violencia. Los derechos sexuales y reproductivos se orientan también al disfrute de la sexualidad, es decir, al placer. En consecuencia, la violencia y los abusos sexuales se vinculan a la vulneración de los derechos humanos, puesto que los derechos sexuales y reproductivos forman parte de ellos. Esta es, entonces, la perspectiva de la sexualidad que defendemos en el presente módulo.

B. SEXUALIDAD

El tema de la sexualidad contiene dentro de sí diferentes puntos de vista, dependiendo de la ciencia que la observe y los objetivos que se pretendan al hacer el análisis. Para este estudio, nos interesa clarificar conceptos como el sexo, su concepción histórica y social y las consecuencias de su incidencia en el plano jurídico, respecto de la penalización de conductas que amenacen el libre ejercicio de la sexualidad en los niños, niñas y adolescentes.

Es imposible definir la sexualidad solamente desde los mecanismos biológicos de reproducción, porque entonces se podría decir que todo aquel que tenga disposición biológica para engendrar, tendría la sexualidad, dejando por fuera a los niños, niñas que aun no han llegado a un desarrollo óptimo de sus órganos al punto de lograr engendrar.

Otra perspectiva biológica es determinar la sexualidad por la genitalidad diferenciada (mujer / hombre). Este concepto incluiría a los niños, niñas y adolescentes, dotados de un organismo que los diferencia de otros desde el punto de vista de sexo, pero dejaría por fuera a aquellos que han nacido con deformaciones sexuales que los lleva a poseer la dualidad sexual en sí mismos (hermafroditismo)³⁵.

35 Corte Constitucional Sentencia t-477/1995. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Pero la sexualidad no es un hecho de la naturaleza; esto es, lo genital, sino algo que remite a la exterioridad de las prácticas históricas en las cuales se realiza³⁶. Esto significa que hay que tener en cuenta, en primer lugar, la formación de una persona. Esto es, en su sentido más común, el hombre en sus relaciones con el mundo y consigo mismo. En segundo lugar, la interacción, de toda índole, entre estas personas y en tercer lugar, el intercambio en el ámbito sexual como campo de ejercicio de poder, de un dominio de un juego de conocimientos y de verdades³⁷.

Se considera que en términos de impulso sexual, la especie humana se encuentra en la gama normal de comportamiento animal³⁸; sin embargo se sostiene que el sexo humano tiene en gran medida lugar en la mente, por lo que está sujeto a los cambios sociales que el hombre atraviesa.

El propio término de sexualidad aparece tardíamente, a principios del siglo XIX y señala algo más que un cambio de vocabulario, pero evidentemente no marca el surgimiento súbito de todo el sistema relacional que conlleva. Se ha establecido el uso de la palabra en relación con otros fenómenos tales como: el desarrollo de campos de conocimientos diversos (que cubren tanto los mecanismos biológicos de la reproducción como las variantes individuales o sociales de comportamiento); el establecimiento de un conjunto de reglas y normas, en parte tradicionales, en parte nuevas, que se apoyan en instituciones religiosas, judiciales, pedagógicas y médicas; los cambios en la manera en que los individuos se ven llevados a dar sentido y valor a su conducta, a sus deberes, a sus placeres, a sus sentimientos y sensaciones, y en general a sus sueños. En suma se trata de ver cómo, en las sociedades occidentales modernas³⁹, se había ido conformando una “experiencia”, a través de la cual los individuos iban reconociéndose como sujetos de una “sexualidad”, abierta a

36 HURTADO VALERO, Pedro. Michel Foucault. Editorial Librería Ágora S.A. Málaga – España. Pág. 117.

37 FOUCAULT, Michel. El uso de los placeres. Siglo XXI Editores. 1986. lugar.

38 En la especie humana, el impulso dura todo el año, aun en los períodos en que es imposible la reproducción. Esto lo causa el hecho biológico de que, en algún tiempo muy remoto en el pasado, la hembra humana perdió el estro, es decir el corto aunque intenso período de receptividad sexual. Tomado de STONE, Lawrence. Familia, sexo y matrimonio en Inglaterra 1500-1800. Fondo de cultura económica. Lugar Primera edición en español 1990. Pág. 245.

39 Se habla de sociedad occidental, pues éstas tienen en común los elementos anteriormente expuestos, a diferencia de grupos nativos de otras latitudes que tienen otra cosmovisión sobre sentimientos, vidas sexual, familia.

dominios de conocimiento muy diversos y articulados con un sistema de reglas y restricciones⁴⁰.

En este sentido, sexualidad se comprende como la construcción social de una necesidad personal de expresar los deseos en actos que involucran el cuerpo en una interacción que puede ser física, emocional o sentimental.

C. DERECHO Y SEXUALIDAD

Cuando se establece la relación entre los dos términos, surge el interrogante: ¿cuál es el rol del derecho frente a la sexualidad? Se entiende que si la sexualidad es elemento integrante de los derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico debe reconocerla como parte de aquellos elementos que ameritan protección, en tanto son determinantes para el desarrollo y la dignidad personal.

El ordenamiento jurídico se relaciona por dos vías con la sexualidad. La primera relación se da en tanto el ordenamiento jurídico reconoce expresamente la categoría “sexo” en el sentido de diferenciación genital, al indicar que nadie será discriminado por razones de sexo⁴¹. En el mismo sentido, se consagran los derechos sexuales y reproductivos como inherentes a todas las personas y se establece la protección contra determinadas situaciones de riesgo que amenazan los derechos sexuales y reproductivos.

La segunda relación derecho-sexualidad, se da cuando el legislador opta por proteger situaciones especiales en las que se ejerce la sexualidad. Para tal efecto, se definen una serie de comportamientos como delictivos, que serán abordados en el capítulo IV.

El siguiente ejemplo ilustra algunos de los aspectos anteriormente planteados.

1. SENTENCIA

i. Identificación fallo: Sentencia No. T-477/95

Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

ii. Hechos:

40 STONE Lawrence. Op.cit pag. 7.

41 Artículo 13 Constitución Política de Colombia.

El 11 de Marzo, un niño es trasladado del hospital del municipio al Hospital Universitario San Vicente de Paúl de Medellín, a donde había llegado tras que un animal (perro) le cercenara los genitales (pene y testículos).

El médico encargado sugiere en la historia clínica un estudio genético «con fines netamente académicos» y «planear el cambio de sexo en este niño, pues está en la edad adecuada y no es posible en la actualidad reconstruir genitales funcionales».

El 1° de abril los padres firman una autorización para «cualquier tipo de tratamiento (incluyendo el cambio de sexo) que conlleve a mejorar la situación actual de nuestro hijo».

El 21 de abril de 1981 se le practicó una operación de «meatotomía».

El niño es educado en adelante como niña (en casa de religiosas donde fue ubicado y por sus maestros posteriores de escuela). No obstante lo anterior, el niño tenía comportamientos propios masculinos, que llevaron a las hermanas a poner en conocimiento del ICBF el caso.

El ICBF pone en tratamiento psicológico al niño, de donde se concluye que su identidad sexual es netamente masculina.

Los médicos encargados del tratamiento de cambio de sexo arguyen que la inestabilidad del entorno donde se educó, fue la causa del fracaso en la formación de su personalidad como niña. La decisión médica se hizo porque “la alternativa menos mala es asignarle el sexo femenino”

En su adolescencia, y con el apoyo psicológico, el niño decide cambiar su comportamiento, rol, vestuario a la de un hombre.

«A mí me operaron cuando estaba pequeñito, me operaron la vagina dizque para ponerme mujer, pero uno grande ya tiene más pensamiento y decide. Yo decidí ser un hombre, porque hombre era yo desde chiquitico. Yo decidí ser hombre, porque uno es hombre como nació».

iii. Problema jurídico

¿Tienen los padres o los médicos la potestad de determinar la sexualidad de un menor?

a. Ratio decidendi

La respuesta categórica es: NO es posible la «readecuación de sexo,» sin la autorización directa del paciente. Los padres no pueden permitir que se altere la

IDENTIDAD (EN LO SEXUAL) DE SU HIJO. Y los médicos no podían basarse en esa autorización paterna para hacer el tratamiento. Ni los médicos, ni el juez, unilateralmente, pueden decidir que sea hombre o mujer, que tenga o no pene. Si el menor aspira a ser hombre por encima de las dificultades es libre para tomar en sus manos su propio devenir.

b. Obiter dicta

La Corte tutela el Derecho y ordena protección adecuada consistente en el tratamiento integral físico y psicológico requerido para la readecuación del menor, previo consentimiento informado, y en relación con la mutilación sufrida. La Corte ordenó que este tratamiento integral tuviera continuidad más allá de los 18 años, siempre y cuando un grupo científico interinstitucional lo considerara conveniente. El mismo grupo interinstitucional, junto con el correspondiente Defensor de Familia, haría el seguimiento al tratamiento.

La Corte llega a esta decisión teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

- El médico debe contar con el consentimiento informado de su paciente, sin que nada esté por encima de este y respetando su dignidad y autonomía.
- Respecto del cuidado de los padres, en función de los intereses de sus hijos, no se proscriben las medidas “paternalistas”, entendidas como *“la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses o a los valores de la persona coaccionada”*, y se reconocen ciertas decisiones a favor de los menores, aun en contra de ellos, pues aún no tienen la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses.
- A pesar de lo anterior, los padres no puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de sus padres sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional.
- Para la toma de una decisión, la Corte pondera tres principios básicos: *“- de un lado, la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor.” - De otro lado, la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño y, finalmente, la edad misma del menor, puesto que no es igual la situación de un recién nacido y la de un adolescente que está a punto de llegar a la mayoría de edad.*

- Los niños no son propiedad de nadie: no son propiedad de sus padres, ni de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía.
- El sexo constituye un elemento inmodificable de la **identidad** de determinada persona
- El hombre no puede ser juguete de experimentos despersonalizados ni tampoco puede desfigurarse su identidad para que el contorno dentro del cual vive se haga a la idea del «género» que unos médicos determinan con la disculpa de que era lo «menos malo».

2. Prácticas sociales y jurídicas violatorias de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes

Existen una serie de prácticas sociales y jurídicas violatorias de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, que tienen importantes efectos en la investigación y juzgamiento de delitos de abusos sexuales y otros ámbitos de la vida. La existencia de estas prácticas demuestra que en la sociedad colombiana, no existe una cultura de respeto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Entre estas prácticas, podemos citar a título de ejemplo, las siguientes:

- No les permitimos el acceso a los despachos judiciales.
- No los escuchamos.
- No les creemos. Les creemos más a los adultos, situación dramática en los casos de abuso sexual.
- No les permitimos ejercer sus derechos.
- No tenemos en cuenta sus opiniones.
- Exigimos siempre que las decisiones que los afecten, las tomen sus representantes legales, sin preguntarles su opinión.
- No les permitimos la suficiente autonomía, para que estructuren su personalidad.

Estas 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.

IV. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Antes de la modernidad, no existía un concepto de infancia y adolescencia y en consecuencia, los niños no eran considerados sujetos de derechos simplemente no contaban. Por ello el desarrollo de estos conceptos permite lograr su reconocimiento como personas, situación que logra un avance vital en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, donde se reconoce como niño a todo sujeto menor de 18 años y además se le da la categoría de sujeto de derechos privilegiados.

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.

Sin embargo, el peso de la historia de largos siglos de exclusión de los niños aún se siente en las normas jurídicas y en las prácticas sociales y jurídicas. Se requiere, entonces, crear conciencia de la situación y una cultura a favor de los niños que permita que sean tenidos en cuenta. Sin ello, la democracia no podrá tener una plena realización. Esta transformación bien podría empezar por las prácticas jurídicas e influenciar a la sociedad entera.

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 conciente y continuo en este sentido.

PARA RECORDAR

Los conceptos de niño, niña y adolescentes son construcciones sociales en constante evolución y por lo tanto inacabados. Es por eso que se hace necesario un recorrido histórico, social y cultural que permita entender el por qué de las variaciones a las que se ha sometido el término niñez.

Estableciendo lo anterior, podemos entrar a analizar por qué se habla de los niños, niñas y adolescentes como seres con una facultad de comprensión o de determinación limitada y por qué la legislación los concibe como inimputables, sin capacidad para autodeterminarse.

De otra parte, también se observa que a partir del reconocimiento de la mujer como parte fundamental del desarrollo social, se traslada la discusión de género al

análisis del concepto de sexualidad, entendida como la construcción social de una necesidad personal de expresar los deseos en actos que involucren el cuerpo, en una interacción que puede ser física, emocional o sentimental.

Por último se enfatiza en la relación sexualidad-derecho, entendida desde su inclusión en el ordenamiento jurídico y su protección por medio del Derecho Penal.

¿QUÉ HE APRENDIDO?

Con los siguientes ejercicios usted aplicará lo aprendido en esta unidad, con la posibilidad de dar sus propias discusiones a partir de las herramientas conceptuales adquiridas. Por favor, no olvide llevar memoria escrita del desarrollo de su trabajo.

A. ANÁLISIS DE CASO

- **FASE DE PRESENTACIÓN DEL CASO:** el planteamiento inicial es “Usted es funcionario de Policía Judicial y debe atender a una persona que afirma tener 17 años de edad y haber sido víctima de una violación”.
- **FASE DE ANÁLISIS:** en esta fase se ubicarán los problemas principales a resolver. Así mismo se puntualizarán los postulados y elementos necesarios para su resolución.
- **FASE DE CONCEPTUALIZACIÓN:** es la formulación de conceptos operativos o de principios concretos de acción, aplicables en el caso. Es decir, la aplicación de los conceptos que usted elija al caso concreto.
- **FASE DE RESOLUCIÓN:** En esta se indicará, expresamente, la conclusión a la que se llega en el caso.

V. GLOSARIO

OBITER DICTA: o «dichos de paso» son criterios auxiliares de interpretación y aunque no tienen poder vinculante, poseen una «fuerza persuasiva» que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal que los pronuncie. Constituye fuente formal de Derecho.

RATIO DECIDENDI : Es la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica y, al igual que la decisión, tiene fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos y es fuente formal de derecho.

CONCEPTO ONTOLÓGICO DE NIÑO: Aquel cuya característica fundamental es inherente al ser independiente del tiempo y el espacio, es decir, sería inmutable.

PSICOLOGÍA GENÉTICA: es una teoría del desarrollo de los procesos cognitivos que se propone seguir la conducta del sujeto desde su nacimiento, con el objeto de estudiar la génesis del comportamiento inteligente, sus transformaciones sucesivas y su creciente complejidad. Su principal exponente es Jean Piaget.

NIÑEZ: Todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

INFANCIA: es una subcategoría del concepto de niñez y comprende toda persona menor de 12 años

ADOLESCENCIA: Es una subcategoría del concepto de niño. Es la etapa en que empiezan los cambios físicos de maduración sexual (12 años aproximadamente) y se prolonga hasta los 18 años de edad.

PERSONA: en el sentido más común del término, es el hombre en sus relaciones con el mundo y consigo mismo.

PERSPECTIVA DE GÉNERO: categoría de análisis que tiene en cuenta las diferencias sociales, biológicas, psicológicas, y ambientales en las relaciones entre las personas según el sexo y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social.

VI. ANEXOS

BARATTA, Alessandro, “Infancia y democracia”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary, (compiladores), “Infancia, ley y democracia en América latina”, Ed. Temis, De Palma, Bogotá, Buenos Aires 1999, 2ª Ed, páginas 31 a 57.

CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Adoptada por resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990. Entrada en vigor para Colombia el 28 de enero de 1981, en virtud de la Ley 12 de 1991.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-477 del 23 de octubre de 1995, magistrado ponente Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ.

UNIDAD 2

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES SUJETOS PLENOS DE DERECHOS



- Otorgar herramientas prácticas que le permitan al operador judicial ponderar los derechos de los niños, niñas y adolescentes como sujetos, frente a otros valores, intereses y derechos del ordenamiento jurídico y social.



- Analizar el lugar que históricamente ha ocupado el niño, niña y adolescente en la sociedad.
- Estudiar las actuaciones sociales que han llevado a concebir a los niños, niñas y adolescentes como sujetos excluidos.
- Hacer un recorrido de los mecanismos que logran que los niños, niñas y adolescentes sean reconocidos como sujetos de derechos y beneficiarios de protección especial.
- Otorgar al lector herramientas que permitan entender por qué el interés superior, el ejercicio responsable de derechos, la integralidad, la corresponsabilidad y el criterio pedagógico, son principios rectores para el tratamiento de los niños, niñas y adolescentes, concebidos como sujetos privilegiados.
- Desarrollar en el lector habilidades que le permitan reconocer al niño como ser sexual.

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de los niños, como sujetos, dentro de las sociedades modernas no es fácil de aplicar, ya que conlleva una serie de problemas frente al respeto de sus derechos, por cuanto se les otorga la categoría de sujetos con derechos prevalentes.

Por ejemplo, si usted es Fiscal y llega a su despacho la familia de una niña que dice haber sido abusada sexualmente y en esta primera oportunidad, presionada, la niña accede a la realización del examen médico. Si posteriormente, se demuestra

que el médico que practicó dicho peritaje no fue consistente en su dictamen, razón por la cual decide realizar otro y esta vez la víctima se opone rotundamente a su práctica, ¿Qué haría usted?, ¿realizaría el peritaje en contra de la voluntad de la niña?, ¿obtendría el permiso del representante legal, y aún en contra de la voluntad de la niña, realizaría el examen?, ¿prescindiría de la realización del segundo examen y se remitiría a otro tipo de pruebas?

La solución a este problema requiere el análisis sistemático de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como sujetos, frente al resto del ordenamiento jurídico, y las características que adquiere cuando son derechos derivados de la sexualidad del niño. Este será el tema de la presente unidad.

Con esta actividad se busca que el lector se aproxime a los diferentes enfoques y problemas que genera el tema a tratar en esta unidad.

A

- Buscar en las normas internacionales qué instrumentos, diferentes a la Convención Internacional sobre los derechos del Niño, a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de los Menores “Reglas de Beijing”, de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad y de las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil “Directrices de Riad”, pueden integrarse y desarrollar la Doctrina de la Protección Integral en materia penal. Explicitar las razones que sustentan sus planteamientos.
- Buscar, en el nivel nacional, las normas y las jurisprudencias que pueden integrarse y desarrollar la Doctrina de la Protección Integral en materia penal y explicitar las razones de su decisión.

DESARROLLO

El artículo 44 de la Constitución Política establece la prevalencia de los derechos del niño sobre los derechos de los demás. La Corte ha considerado que se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata, que establece una garantía mayor para los menores y una responsabilidad especial del Estado en el cuidado y protección de sus derechos.

“La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos. 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-283/94

I. APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA

Durante las últimas décadas se ha profundizado en el reconocimiento y regulación de algunos derechos de los diversos sectores sociales desprotegidos y discriminados: mujeres, niños y pueblos indígenas¹. Cada sector ha luchado por ser reconocido por el pacto social de la modernidad, ya que fue este un pacto de exclusión, como acuerdo realizado por hombres, propietarios, adultos, occidentales, de manera que fueron excluidos, del ejercicio de la ciudadanía, los niños, las mujeres, los negros y los indígenas².

Pero la lucha de los niños con respecto a la lucha de los otros excluidos, tiene sus propias particularidades: su exclusión del pacto de la modernidad era de hecho y no solamente de Derechos. La sociedad comprendía la supresión de éstos como una necesaria consecuencia de la dicotomía entre lo racional y lo irracional, siendo lo primero el mundo de los derechos, y lo segundo el sentido de la niñez.

Por otro lado, la lucha por la igualdad de los niños, ha estado plenamente vinculada a la lucha por el reconocimiento de su diferencia, nunca se ha pretendido una equiparación de derechos de los adultos y de los niños en una comprensión de igualdad material, sino que se ha reivindicado la necesidad de particularizar los derechos por las especiales circunstancias del niño.

Por último, esta no ha sido una lucha propia, sino que ha quedado dependiendo del discurso y actuar de los adultos. Esto significa que no fue el sector social de la infancia quien tomó la bandera de sus derechos, sino las madres, las sociedades defensoras de animales, los profesores, quienes insertaron el debate

1 AYLWIN, José. Derechos humanos: los desafíos para un nuevo contexto. En derecho a tener derecho, UNICEF. Tomo II, Bogotá 1990.

2 Ver BARATTA, Alessandro. Op.cit., pág. 40.

3 Ibid., pág. 41.

en la modernidad³. En resumen, el reconocimiento de los derechos de los niños no ocurrió por una iniciativa protagonizada por los titulares, sino por el resultado de la conciencia de la humanidad de proteger a los más débiles⁴. Al hablar de su debilidad no nos referimos a su personalidad, sino porque están insertos en un mundo de relaciones sociales dominadas por adultos⁵.

En este sentido debemos tener presente, que han sido los adultos quienes han generado las reglas del juego, han establecido los procedimientos según los cuales las decisiones pueden depender o no directamente del niño, pero nunca han compartido el poder de determinación con los niños, ni la posibilidad de formulación de las reglas del juego⁶.

En este proceso de reconocimiento de los derechos de los niños hay dos hechos fundamentales: El primero de ellos es la aprobación de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, el 20 de noviembre de 1989 y el segundo es la expedición de la Constitución de 1991.

Con la expedición de la Convención, los Niños pasaron a ser considerados como sujetos de derechos. Se estableció una clara ruptura con la doctrina de la “situación irregular”, que hasta el momento inspiraba todas las legislaciones de menores⁷. Esta doctrina se caracteriza por:

- El mantenimiento de la diferencia entre niño-adolescente y menor. En la primera categoría se incluía a aquellos que hacían parte de las políticas sociales básicas (salud y educación), y los menores, los excluidos de las mismas, para quienes se legislaba.
- Una decisión centralizada en juez omnipotente, es decir, el juez de menores era quién unilateralmente estaba legitimado para decidir qué era lo mejor para el menor, sin restricción alguna.
- Las situaciones de riesgo, en las que pudiera encontrarse el menor, eran tratadas por medio de procesos judiciales, como política por excelencia.

4 Derechos humanos de la niñez, una tarea pendiente. UNICEF., IDHUCA, Bogotá, 1990.

5 *Ibíd.*

6 BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, pág. 40.

7 GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral.* Forum Pacis. Ibagué, 1997. Pág. 21.

- Si bien los menores eran judicializados como medida de protección, existía la impunidad para jóvenes de clases altas.
- En el mismo sentido, se criminalizaba la pobreza, como una condición de riesgo en sí misma.
- La conceptualización del menor delincuente como una vaga categoría sociológica, porque no estaba sujeta a las garantías del derecho penal sustancial y procesal. Primaba el juicio de peligrosidad del menor (delincuente).
- La discrecionalidad, del funcionario muy amplia, en el tratamiento de las situaciones irregulares que afectan al menor.

Toda esta visión de la infancia, llevaba a considerar al niño como objeto de protección⁸, al que debía atender la política pública, en el propósito de resguardar a la sociedad del riesgo que producían los menores.

Por el contrario, a partir de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se constituye un nuevo paradigma, el de la Protección Integral.

Los instrumentos internacionales que dieron origen a la Doctrina de la Protección Integral de las Naciones Unidas son: La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que es el instrumento más importante; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, Reglas de Beijing; las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad y las directrices del RIAT, para la prevención de la delincuencia juvenil.

Conforme a esta doctrina:

- Se ocupa de toda la infancia y la adolescencia y consagra sus derechos, no se trata de políticas para los que se encuentran en situaciones especiales de riesgo.
- Se supera la judicialización, como mecanismo de atención a los posibles problemas en los que se encuentren los niños.
- Concibe a los adolescentes infractores como una precisa categoría jurídica, derivada del juzgamiento penal con todas las garantías.
- Adopta el garantismo penal y el Derecho Penal Mínimo.

8 Ibid, pág. 22.

La Doctrina de la Protección Integral tiene como fundamento considerar a los niños como sujetos **plenos de derechos**, es decir es un cambio cualitativo, en la consideración social de la infancia y la adolescencia. Se pasa de la percepción del menor como objeto de compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujetos plenos de derechos. Este reconocimiento constituye un proceso irreversible en la comunidad internacional, donde las necesidades toman forma de derechos.

II. NIÑOS Y NIÑAS SUJETOS DE DERECHOS

Como sujetos de derechos se entiende que los niños y niñas son actores de sus vidas, personas que piensan, opinan, se oponen, participan; es decir, ejercen derechos⁹. Lo anterior tiene como consecuencia la inclusión de los niños en la ciudadanía, con participación en la comunidad estatal y en los otros entes políticos territoriales.

La nueva relación entre infancia y derecho es doble: En primer lugar, el niño ya no se considera como parte de la vida privada no sometido a regulación¹⁰. De esta manera pasa de ser un objeto dependiente de la potestad de los adultos, a ser parte de la vida pública, como sujeto autónomo. En segundo lugar, el niño es reconocido como sujeto de derecho.

La Convención tiene dos finalidades. La primera reconocer que la niñez no es un factor de discriminación en el acceso a los derechos y libertades humanas. Así en el preámbulo indica: *“Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”...* *“Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad”*.

La segunda finalidad es reconocer que el niño debe ser protegido, de manera especial, por su condición de personalidad en formación. Se deja atrás la concepción

9 GALVIS Ortiz, Ligia. Para que los niños y las niñas puedan vivir en dignidad, UNICEF, Bogotá, pág. 14.

10 FERRAJOLI, Luigi. Prefacio al texto Infancia, ley y democracia en América Latina. Op. cit.

según la cual los niños se encuentran en condiciones de inferioridad, al igual que cualquier concepción similar que los coloque en condiciones de minusvalía. En este sentido el artículo 2 inciso 2 de la Convención enuncia que el niño será *“protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición”*.

La Doctrina de la Protección Integral nació bajo la óptica de los aspectos penales relacionados con los niños, niñas y adolescentes, y más concretamente con la protección de los niños infractores de la ley penal. Por ello, los otros instrumentos que la conformaban, distintos a la Convención, tratan, todos, asuntos penales. Hoy en día, sentimos la necesidad de darle un mayor desarrollo a la doctrina de protección integral, de tal manera que abarque no solamente a los adolescentes infractores de la ley penal, sino a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos; pero además de esto, es posible desarrollar la doctrina de la protección integral, frente a otras materias diversas al Derecho Penal.

En cuanto al segundo aspecto de la relación entre infancia y derecho, la Constitución de 1991, introduce toda una revalorización de los niños, puesto que no solamente enuncia expresamente en sus artículos 44 y 45 sus derechos fundamentales, sino que consagra la obligación de protección y asistencia en cabeza del estado la sociedad y la familia y, por último, consagra que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás.

En las memorias del constituyente se plasmó lo siguiente sobre la regulación de los niños en el texto constitucional:

“El lugar preeminente que el niño y sus derechos ocupan en la Constitución, fue inequívocamente descrito en las diferentes ponencias. La intención del Constituyente, en este tema, no puede ser más manifiesta:

«El artículo propuesto se presenta en una forma sencilla, de fácil identificación y comprensión, para que todas las personas ejerzan tutela sobre los derechos del niño y puedan exigir su cumplimiento, porque el ejercicio de estos derechos involucra a la sociedad entera, pues los niños dependen de la solidaridad de ésta para crecer, formarse y ser adultos. Incluye, además, una síntesis de dichos derechos destinados a facilitar al niño la comprensión y el ejercicio de los mismos, durante la enseñanza curricular, de acuerdo con su grado de desarrollo y sus capacidades.

«De tal manera, el artículo expone los derechos de protección, con los cuales se ampara al niño de la discriminación, el abandono en cualquiera de sus formas, las

prácticas lesivas a la dignidad humana y de cualquier tipo de indefensión que coloque en peligro su desarrollo físico y/o mental.

«Igualmente, el articulado concreta la responsabilidad primigenia de los padres y de la familia, en lo que se refiere a la asistencia, educación y cuidado de los niños; de la sociedad, porque éstos requieren de ésta para su formación y protección; y del Estado para suplir la falta de los padres o para ayudar cuando éstos no puedan proporcionar al niño los requisitos indispensables para llevar una vida plena.

«El texto del artículo, entonces, privilegia la condición del niño en todo momento y circunstancia, en razón a su especial vulnerabilidad, como un deber del individuo, la sociedad y los poderes públicos, y como interés supremo de la raza humana.

«Ya en cuanto al texto mismo, se deben hacer dos breves observaciones:

«1. Cuando se dice que «los derechos del niño están primero que los derechos de los demás» y que cualquier persona puede exigir su cumplimiento, se está por primera vez reconociendo el derecho de los vecinos a proteger a los niños de su comunidad, denunciando discreta o abiertamente esa enorme cantidad de casos de maltratos que se escuchan y se ven aún sin quererlo, y que hoy no se pueden evitar porque los derechos del niño no han sido reconocidos o priorizados.

“Muchas violaciones o atentados sexuales, mutilaciones o destrozos físicos o psicológicos se podrán evitar en el futuro, gracias a la resuelta determinación de reconocer que la sociedad debe rodear y salvar a los niños, si pretende mejorar sus futuras generaciones”¹¹.

III. PRINCIPIOS QUE REGULAN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Para el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a partir de la Convención y la Constitución Nacional se han desarrollado unos principios que les otorgan el carácter de sujetos privilegiados. Estos principios son: el interés superior del niño, la prevalencia de sus derechos, la integralidad en la protección de sus derechos, la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado como garantes de la efectividad de sus derechos, el ejercicio responsable de los derechos

11 Gaceta Constitucional N° 85, Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria, «Derechos de la familia, el niño, el joven, la Mujer, la tercera Edad y minusválidos», pp. 6 y 7).

y el criterio pedagógico que debe estar siempre presente en las relaciones entre adultos y niños.

A. INTERÉS SUPERIOR Y PRIMACÍA DE DERECHOS

La convención consagra varias categorías de derechos de los niños: los de reconocimiento de la persona, derechos de garantías y derechos de protección¹². Pero todos ellos tienen un rasgo común, el interés superior del niño.

El interés superior del niño es un principio que se desarrolló en el marco de la doctrina de la situación irregular. En su interior fue un concepto vago e indeterminado, prácticamente un “cheque en blanco” que permitió la más absoluta discrecionalidad de los funcionarios encargados de los asuntos de la niñez. Su aplicación en este contexto frecuentemente generaba inseguridad jurídica y violación de los derechos fundamentales de los niños.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño recoge el interés superior como un principio fundamental, en su artículo 3 numeral 1, en los siguientes términos: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Al recoger la Convención el interés superior como un principio fundamental, adquiere un sentido diametralmente diferente. En primer lugar porque la Convención se considera como un tratado sobre derechos humanos, sólo que su objeto específico son los niños. Por ello, la Convención debe ser interpretada en el contexto de las demás normas internacionales sobre derechos humanos, las cuales parten de la consideración fundamental de considerar a todos los seres humanos incluyendo los niños, como personas. En segundo lugar, porque la Convención consagra una serie de derechos de los niños y promueve su efectividad, de suerte que tales derechos no pueden ser desconocidos con base en el interés superior del niño.

De acuerdo con lo anterior, y en el contexto de la Convención y las demás normas internacionales que protegen los derechos humanos, el interés superior debe perder su carácter vago e indeterminado, para constituirse por el contrario en un

12 GALVIS Ortiz, Ligia. Op.cit, pág. 16.

principio que disminuya al máximo la discrecionalidad no sólo de los funcionarios y las instituciones encargados de los asuntos de la niñez, sino también de los particulares. Sólo de esta manera, puede constituirse en un principio que dé seguridad jurídica, y que permita la mayor eficacia posible de los derechos de los niños.

Para nosotros, existe otro marco fundamental que impone la precisión del concepto del interés superior y su interpretación dentro de un contexto garantista. Nos referimos a la Constitución de 1991 y más concretamente a sus artículos 1, que define a Colombia como un Estado Social de Derecho y consagra el principio de la dignidad humana, y al artículo 44, que define los derechos de los niños como fundamentales y prevalentes.

La interpretación del interés superior, a la luz de las exigencias del Estado de Derecho no puede dar lugar a la discrecionalidad de las instituciones, de los funcionarios, ni de los particulares. El interés superior debe estar sometido al Estado Social de Derecho¹³. Las exigencias del estado social y del artículo 44 de la C. N. conllevan a que el interés superior debe ser entendido como la máxima satisfacción posible de los derechos de los niños, antes que los derechos de los demás.

El interés superior del niño no es un puerta abierta a la arbitrariedad de los adultos, que podrían definir indiscriminadamente en cada situación qué es lo mejor para el niño, vulnerando sus derechos reconocidos (retornando a la situación irregular). Por el contrario, se trata de un principio general de la convención, de manera que conforme a este rol jurídico, todos los derechos de ella deben interpretarse en función del interés superior del niño. En este sentido es una forma de especificar los derechos del niño, como persona humana, en función de su particular situación¹⁴. Es también una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades —no una mera inspiración como creen algunos—. En consecuencia el interés superior del niño, se debe armonizar con la concepción de los derechos

13 Sentencia T-408/95 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.

14 CILLERO BRUÑOL, Miguel. Op. cit. pág. 79.

humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos de poder y no debe interpretarse simplemente como parte constitutiva de una visión paternalista.

De acuerdo con lo anterior el interés superior del niño, en el contexto de la Convención cumpliría funciones de orden jurídico, políticas y frente a los particulares. Desde el punto de vista jurídico cumpliría las siguientes funciones:

-Ser criterio orientador y limitador de las decisiones de los funcionarios, que tienen que tomar decisiones en relación con los niños. Cillero destaca la diferencia, entre el contexto de la situación irregular y el de la Convención, al manifestar que, en el esquema paternalista autoritario, el funcionario realizaba el interés superior, como un acto potestativo que lo derivaba de su investidura, pero no de los derechos de los niños afectados. Esto teniendo en cuenta que no se le reconocían derechos a raíz de su supuesta incapacidad. “La función del interés superior del niño en este contexto es iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más correctas y específicas”¹⁵.

En el contexto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la situación es muy diferente pues el interés superior es una garantía de vigencia y satisfacción de los derechos del niño. Ello sólo tiene sentido, en la medida en que existen derechos y titulares de esos derechos, y en que las autoridades se encuentran limitadas por ese catálogo de derechos¹⁶.

A partir de lo anterior, el autor define el interés superior como la satisfacción, en todas las legislaciones que pretendan otorgarle efectividad, a los derechos de los niños consagrados en la Convención¹⁷. “El interés superior del niño es el límite y, al mismo tiempo, el horizonte de todas las decisiones que se desprenden de cualquier principio de autoridad”¹⁸.

ii. La segunda de las funciones que cumpliría el principio del interés superior del niño, desde el punto de vista jurídico, sería el de servir de criterio hermenéutico, a partir del cual se puedan interpretar, en forma sistemática, las disposiciones del derecho de la infancia y la adolescencia, reconociendo el carácter integral de sus derechos.

15 *Ibíd.* pág 79.

16 *Ibidem*, pág 79.

17 *Ibíd.*, pág 80.

18 Código de la Infancia y la Adolescencia. Exposición de motivos. Pág. 15.

iii. Una tercera función del principio del interés superior desde el punto de vista jurídico, consistiría en permitir la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma convención, en los casos en que resulte imposible la satisfacción conjunta de intereses.

Desde el punto de vista político, el principio del interés superior del niño se dirige a la prioridad e importancia que deben tener los niños, niñas y adolescentes en el diseño y ejecución de las políticas públicas, en los planes de desarrollo y en el diseño y ejecución de los presupuestos de las entidades públicas. De esta manera, se refiere, en primer lugar, a la necesidad de que en las decisiones que afectan al niño, se tengan en consideración sus intereses y derechos. Se debe tener presente que para definir el espectro de asuntos de interés para la infancia, las políticas públicas del niño tienen cuatro dimensiones: políticas sociales básicas, políticas de ayuda social, política correccional y los derechos procesales fundamentales de los niños¹⁹.

En segundo lugar, el interés superior del niño es un criterio de relevancia universal, como interpretación de la cláusula “en todas las medidas concernientes a los niños”, y transversal en todas las políticas públicas. Desde esta perspectiva, todas las decisiones políticas, aunque no tengan como objeto la infancia, deben tener presente sus intereses.

Por último, el interés superior tiene una función frente a los particulares “El Interés Superior sale de la esfera del Estado para dirigir también la intervención de las organizaciones sociales y de la esfera privada en general. Para ellas también es obligante este principio, de acuerdo con lo establecido en el instrumento internacional ya citado. Por consiguiente, este principio es un principio englobante que permite configurar el horizonte de la integralidad en la atención pública y privada de la infancia y la adolescencia”²⁰.

Sólo haciendo extensivo el principio del interés superior podemos darle plena vigencia al mandato constitucional contenido en el artículo 44 y según el cual tanto la familia, como la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral.

El artículo 44 de la C. N. no habla del principio del interés superior del niño sino de prevalencia de sus derechos. (art. 44 Inc. 3 “*Los derechos de los niños prevalecen*”).

19 BARATTA, Alessandro. Op. Cit. Pág. 35.

20 Código de la Infancia y la Adolescencia. Exposición de motivos. Pág. 140.

sobre los derechos de los demás”). Afirmar que los derechos de los niños tienen un carácter prevalente, es decir que no solamente son sujetos de derechos en condiciones de igualdad frente a la población adulta, sino que el reconocimiento y goce de esos derechos tiene la condición de ser de rango superior al de aquellos.

La primacía de derechos quiere decir que sus expectativas y esperanzas, el desarrollo de su personalidad, su formación como sujetos titulares de derechos y el goce efectivo de los mismos, son por excelencia la prioridad de la acción de los padres, de los maestros, de los vecinos, de los funcionarios públicos, de los adultos en general y, también, de las políticas públicas nacionales e internacionales, (y no solo de las relacionadas con la infancia), en tanto se trata de un principio rector de la función del Estado. En términos generales, la prevalencia de los derechos de que trata la Constitución no es algo diferente al interés superior que establece la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Es por el contrario su expresión operativa²¹.

B. EJERCICIO RESPONSABLE DE LOS DERECHOS

Dentro de la visión garantista de los derechos, debemos tener en cuenta qué implica un ejercicio responsable de los mismos. Esto significa que el carácter de protección frente a la población de la infancia y adolescencia no debe traducirse en una irresponsabilidad e irracionalidad, en el goce de esos derechos, sino que siempre se debe ponderar la función social de los mismos. La responsabilidad es, en consecuencia la otra cara de la moneda de los derechos. Desde este punto de vista no se puede hablar de sujeto titular de derechos, sin que a la vez se hable de la responsabilidad que este ejercicio conlleva.

Es decir, los niños tienen derechos prevalentes, pero deben ejercerlos en forma responsable.

“El ejercicio responsable de los derechos adquiere una importancia mayor en los temas de la sexualidad, puesto que al ser un elemento fundamental de la identidad, de la personalidad y de una vida síquica equilibrada, si la sexualidad no se asume de manera responsable existe un alto riesgo de causar daños a los otros y así mismo. Estos daños van desde las enfermedades de transmisión sexual, hasta los traumas de la personalidad”.

21 Para más información sobre Interés Jurídico Superior, ver Sentencias T-402 de 1992, T-283 de 1994, T-477 de 1995, T-293 de 1998, T-220 de 2004.

C. INTEGRALIDAD

La noción de integralidad tiene su origen y es un postulado básico de la doctrina de la Protección Integral. Esta a su vez, tiene su fundamento “en el postulado de la universalidad y la interrelación de los Humanos”, tal como lo estableció la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993.

Esta normatividad establece la vigencia de los derechos humanos con visión integral. De esta manera, la responsabilidad de los Estados en materia de derechos humanos, es un principio rector de las políticas públicas en el orden social, económico y cultural y, a su vez, ella se convierte en el contenido de políticas públicas en todos los órdenes. Esto quiere decir que los derechos en su integralidad deben ser los referentes para diseñar las políticas públicas y para las entidades públicas y privadas encargadas de aplicarlas. Estas consideraciones son de especial interés para asegurar la operatividad de los principios básicos que orientan la atención de la infancia y la adolescencia como son el interés superior del niño, niña o adolescente y la prevalencia de sus derechos²².

En la práctica, la integralidad tiene que ver no solamente con la promoción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sino también con el restablecimiento pleno de los derechos, cuando ellos han sido vulnerados. En este sentido, tanto para promover los derechos, como para restablecerles con algún grado de eficacia, es necesario que tanto las organizaciones estatales encargadas de servicios especializados, como la familia y los particulares trabajen en forma conjunta, coordinados a la manera de un sistema. Se requiere entonces que existan entre instituciones públicas y privadas una fluida comunicación e interacción, de tal suerte que al revisar el estado de un derecho cualquiera de los niños, niñas y adolescentes se mire el estado general de sus derechos y se informe a cada entidad especializada sobre la situación de cada uno de ellos, para que tomen las medidas necesarias para el ejercicio efectivo de esos derechos.

Así por ejemplo un niño que acude a la Fiscalía porque ha sido víctima de un abuso sexual, se le debe mirar en primer lugar su personalidad jurídica, esto es si tiene registro civil, se debe mirar la situación de su familia, su educación, salud, alimentación, etc. Si bien la Fiscalía no es competente para dar una respuesta adecuada a la satisfacción de cada uno de esos derechos, deben informar a cada uno de los entes especializados en la prestación de esos servicios y exigir una respuesta adecuada.

22 Código de la Infancia y la Adolescencia. Exposición de motivos. Págs. 11, 12.

D. CORRESPONSABILIDAD

Desde la declaración de Ginebra de 1924, se viene hablando de la necesidad de proporcionar al niño una protección especial. Igual preocupación aparece en la Declaración Universal de Derechos Humanos —artículo 25 numeral 2— y en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Sin embargo, es en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 24, en donde aparece en forma clara el principio de corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado. En efecto, el citado artículo dispone que, “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia, como de la sociedad y el Estado”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagra una norma similar en su artículo 19, cuando dispone lo siguiente: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

En la Convención, aunque no trae norma expresa, el principio de corresponsabilidad se desprende de lo contemplado en su artículo 5, en donde se establece que los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según lo establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente de impartir al niño, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que ejerza los derechos reconocidos en la Convención. También se deriva el principio de corresponsabilidad, del espíritu expresado en su preámbulo y de su interpretación, a la luz de las demás normas sobre derechos humanos, como lo son el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

Pero, es sin duda nuestra Constitución Política, el ordenamiento que con mayor claridad y precisión formula el principio de corresponsabilidad, cuando en su artículo 44 establece que “la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”²³. “Estos son los agentes responsables de asegurar

23 Constitución Política. Artículo 44.

la vigencia de los derechos, de la calidad de vida y en últimas, de la felicidad de los niños, niñas y adolescentes colombianos y extranjeros residentes en el país.

El principio de corresponsabilidad establece la participación activa de los tres estamentos sin interferencias ni exención de responsabilidades. Se puede afirmar que el ejercicio de la responsabilidad parte de la esfera privada en la cual los protagonistas son los padres, los demás miembros de la familia, los representantes legales y las personas, a quienes se les ha asignado el cuidado y atención de los niños, niñas o adolescentes. La esfera privada se abre hacia la vida pública, a través de la responsabilidad social y ésta se conduce a la participación pública a través de las instituciones del Estado para culminar el ciclo de la corresponsabilidad”²⁴.

Corresponde a la ley, establecer en forma precisa, frente a cada uno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes las obligaciones que le corresponden a cada uno de los sujetos corresponsables en el reconocimiento y promoción de los derechos, en el establecimiento de las condiciones para su ejercicio pleno y por último en el restablecimiento de los derechos, en caso de vulneración de estos. A falta de una legislación, en armonía con la Convención Internacional de los Derechos del Niño, con las demás normas internacionales sobre derechos humanos y con la Constitución Nacional, que precise las obligaciones de cada uno de los sujetos corresponsables, lo que sí tenemos claro es que ni la familia, ni la sociedad ni el Estado pueden eludir sus responsabilidades frente a los niños, niñas y adolescentes con el pretexto de la ausencia de la ley o de la responsabilidad prioritaria de los otros entes corresponsables.

“Cada sector tiene sus énfasis sin desconocer el sentido y la dimensión de la responsabilidad propia de la familia, de la sociedad y del Estado. Sin embargo, es preciso establecer que el cumplimiento de estas obligaciones tiene el referente del interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos. Para que se cumpla el ciclo de la responsabilidad es necesario que la familia sea el contexto en el cual se forman las vivencias de los niños y las niñas como sujetos democráticos, titulares responsables en el ejercicio de sus derechos y que la sociedad se comporte como espacio de ejercicio democrático de los proyectos y esperanzas de los niños, niñas y adolescentes en su calidad y condición de infantes. Cuando la familia y la sociedad no ofrecen esa garantía el Estado está en la obligación de intervenir aún en la esfera privada de la familia cuando es preciso defenderlos y protegerlos de los abusos o negligencias de los padres o de los miembros de la sociedad”²⁵.

24 Código de la Infancia y la Adolescencia. Exposición de motivos. Pág. 16.

25 Código de la Infancia y la Adolescencia. Exposición de motivos. Pág. 17.

La corresponsabilidad también tiene aplicación en la formulación de las políticas públicas sobre la infancia y adolescencia. Ellas deben establecer con claridad cuáles son las obligaciones que le corresponden a la familia, cuáles a la sociedad y cuales son de competencia del Estado.

E. CRITERIO PEDAGÓGICO

Los niños, niñas y adolescentes son personalidades en formación y de ahí la importancia que asume el criterio pedagógico en las relaciones de los niños con sus padres, con los demás miembros de su familia, con sus vecinos, profesores, con los funcionarios públicos, etc. Es decir en sus relaciones con cada una de las personas que integran los sujetos corresponsables: familia, sociedad y Estado. Ese criterio pedagógico que debe estar presente en todas las relaciones de los adultos con los niños, niñas y adolescentes debe empezar por el reconocimiento que le deben hacer los adultos como personas, en el respeto a su dignidad, a su autonomía, al libre desarrollo de la personalidad, a escucharlos y tener en cuenta su opinión y en fin la orientación hacia el respeto de todos sus derechos. Pero como se trata de formar una personalidad democrática, la guía pedagógica debe estar orientada al ejercicio responsable de sus derechos, a que forje su autonomía, del respeto de los derechos de los demás, del respeto a la naturaleza y al medio ambiente, del respeto a la diversidad, a la paz. Es decir, prepararlo para una sana convivencia.

Por ello, la Convención Internacional de los Derechos de los Niños, desde su preámbulo estableció que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y en particular en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

Y en el artículo 29 de la Convención amplía la dimensión pedagógica al disponer que la educación del niño está orientada a desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física al máximo de sus posibilidades, a inculcar el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales, de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, al respeto de sus padres, de la identidad cultural, de su idioma, de sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, de las civilizaciones distintas a las suyas, del medio ambiente natural. Prepararlo para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, tolerancia, igualdad de sexos, amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena.

La actitud pedagógica la refiere Antonio Carlos Gomes Da Costa, a propósito de la responsabilidad penal juvenil y de la medida socio pedagógica que se le impone al infractor, en los siguientes términos: “Crear las condiciones para que el adolescente se sienta responsable, no sólo de su pasado, sino de su presente y de su futuro, debe ser el objetivo central de la acción socioeducativa que desarrollamos junto a él. La dimensión pedagógica de la responsabilidad debe ser una extensión de su dimensión jurídica. Si en la dimensión jurídica, la declaración de responsabilidad tiene lugar mediante un debido proceso con todas las garantías básicas aseguradas, en el plano pedagógico la responsabilidad tiene lugar mediante un proceso de concientización acerca de sí mismo, de sus iniciativas, de su libertad y de su compromiso consigo mismo y con los otros en la familia, en la escuela, en el trabajo, en la comunidad y en la sociedad en el sentido más amplio”²⁶. Estando en todo de acuerdo con las afirmaciones de anteriores, queremos simplemente hacer extensiva esta dimensión pedagógica a todas las relaciones de los adultos con los niños, niñas y adolescentes y de ellos entre sí.

IV. SEXUALIDAD Y DERECHOS DE LOS NIÑOS

Dentro de los catálogos de derechos de los niños, se consagra la protección contra el abuso sexual y la explotación sexual, pero no encontramos que se hable de un derecho a la sexualidad o la libertad sexual en los niños, ¿acaso los niños no son seres sexuales?

Es evidente la respuesta, claro que sí. La sexualidad es una condición intrínseca al ser humano²⁷, y si bien existen muchas teorías frente al papel que ésta tiene en la formación de los sujetos (desde mantenerla como el punto central de la sociabilidad humana como en el psicoanálisis freudiano, hasta los criterios de ser un estereotipo meramente social), es claro que la sexualidad tiene que ver con los contactos sociales en general, y por ende hace parte determinante en la construcción del sujeto, entendiendo que la realidad se construye a partir de contactos comunicativos sociales, con capacidad para convertirse en elementos consensuales.

26 GOMES DA COSTA, Antonio Carlos, “Pedagogía y justicia”, en García Méndez, Emilio y Beloff Mary (compiladores) Op.cit. Pág. 66.

27 La sexualidad es un componente esencial de la vida síquica y cimiento de la personalidad. La función de reproducción, como se ha pretendido en el pasado, no explica satisfactoriamente ni absorbe enteramente su papel vital, individual y social. La comunicación inteligente, honesta, seria y solícita sobre esta materia debe comprometer a la familia, la sociedad y el Estado y en ese empeño ha de buscar descorrer el velo de misterio y tabú que la cubre. Sentencia T440 de 2 de julio de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

El niño, como sujeto de derechos, se relaciona con la noción de autonomía cuyo ejercicio se ve limitado por la fase de desarrollo en la que se encuentre (no es igual un bebé a un adolescente al gozar su derecho de opinión). Algunos autores llaman a estas circunstancias de desarrollo “limitaciones sustanciales”, en tanto son físicas. Esto significa que “con la sola limitación substancial debida a las diferentes fases del desarrollo de su competencia expresiva y lingüística, que el niño es respetado como portador de una percepción autónoma de sus necesidades, de su situación y de la situación alrededor de él, portador de pensamiento, conciencia y religión; como sujeto del cual depende libremente la comunicación y la asociación con otros sujetos”²⁸.

Debemos tener presente que en los niños, la sexualidad no es definitiva, está en construcción²⁹ (es parte del proceso de limitaciones físicas), los niños se encuentran en una etapa de exploración – aprendizaje, conforme al cual consolidarán su identidad sexual. Es especial porque su cuerpo está en desarrollo, teniendo presente que las primeras experiencias con el mundo exterior las tenemos con nuestro cuerpo. El cuerpo recibe y emite sensaciones y con ellas se comunica con el mundo interior y exterior. Es fuente de información sobre el mundo, y medio de conocimiento del mismo³⁰. El cuerpo, es el punto de partida para definir la identidad consigo mismo³¹.

El desarrollo de la sexualidad en el niño será determinante en su sociabilidad adulta, no solo en lo referente al goce erótico, sino en todos los contactos sociales que componen la sexualidad, en tanto es una referencia vital con su entorno. Este desarrollo hace parte fundamental de la construcción de su propia identidad, pues el derecho a la identidad, “contiene una idea de persona como portadora de derechos subjetivos, la cual y en virtud de elementos inherentes a su naturaleza, requiere su eficaz protección”³². Este derecho tiene una relación dual con la autonomía, pues al garantizar su adecuado ejercicio identifica a la persona como un ser que se “... autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir es dueño de sí y de sus actos. El derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de

28 BARATTA, Alessandro. Op. Cit. Pág 35.

29 Los expertos reconocen cómo desde el nacimiento hasta la vida adulta, se suceden etapas en el desarrollo de la personalidad, a través de las cuales la conducta responde a determinantes de orden sexual, sensorial y emocional definidas, cuya adecuada vivencia resulta indispensable para la construcción de una psique sana. Sentencia T-440 del 2 de julio de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

30 GALVIS Ortiz, Op. cit. pág. 16.

31 Ibid., pág. 16.

32 Sentencia T-440 del 2 de julio de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Estos atributos posibilitan que cada uno sea el que es y no otro.

El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como una individualidad, comporta un significado de dignidad humana y en esa medida es un derecho a la Libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad³³. Por tanto, el desarrollo de esta sexualidad debe ser sano, y por consiguiente intrínsecamente relacionado con sus derechos, pero ¿existe un derecho a la sexualidad en los niños?

Algunos agentes sociales indican que debemos proteger a los niños en su sexualidad, en el sentido de garantizar un desarrollo sano para el adulto que será. En este sentido realmente no existiría un derecho a la sexualidad en los niños, sería más bien un derecho de la sociedad a tener adultos sexualmente sanos. Esta visión es claramente instrumental, contraria a la valoración del niño como sujeto de derechos; hace parte de la visión del niño como objeto de la sociedad, que implica un peligro potencial, el de desarrollar erróneamente su sexualidad.

Parece más acertado pensar que, siendo el niño sujeto de derechos y siendo la sexualidad parte integrante de su desarrollo social, el niño tiene un derecho a la sexualidad. Este incluiría varios elementos, que interfieren en la interacción con otros sujetos, como lo es el contacto, las caricias y la relación sexual.

El derecho a la sexualidad en los niños consiste en la garantía del derecho de igualdad de condiciones en la sexualidad. Se explica en el derecho a contar con: condiciones aptas para el desarrollo normal de su sexualidad; a explorar sus sexualidad solamente con pares³⁴, no con personas que puedan ejercer un poder sobre él, un condicionamiento, sino solamente en interacciones sociales equilibradas. De esta manera, lo que se protege con el derecho a la sexualidad en los niños es la posibilidad de desarrollar una sexualidad “armoniosa”, no la generación de posibles psicópatas. Por ende se constituye en una garantía para la niñez.

33 Sentencia T-440 del 2 de julio de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

34 Se atribuyen diversas valoraciones a los roces y caricias de contenido sexual o no, que se presentan entre los estudiantes. En ciertos contextos tales conductas pueden ser entendidas por los participantes como un juego, o como el resultado de los inicios del coqueteo entre estudiantes de diferentes sexos, a los cuales no se les está atribuyendo una valoración negativa, ni mucho menos dan pie para la descalificación de las personas que participan de ellos. Sentencia T-220 del 8 de marzo de 2004. Magistrado Ponente: Eduardo Montenegro Lynett.

En este sentido, la función del Estado, la sociedad y la familia frente al derecho a la sexualidad en la niñez se da en dos vías: primero en la disposición de condiciones en las que pueda desarrollar libremente su sexualidad. Esto incluye: acceso a la educación sexual³⁵, compuesta por el reconocimiento de su sexualidad; el acceso a la información; disponer de condiciones medioambientales sanas, porque el ambiente (elementos externos que rodean al ser humano y que interactúan constantemente con su estructura corporal y espiritual), envía información con la cual se va formando nuestra personalidad³⁶. Se debe tener presente que la relación de la persona con el medio será adecuada cuando este le brinde la posibilidad de ser y de llegar a ser³⁷.

En un segundo sentido, se trata de la no intervención arbitraria en el desarrollo sexual de los niños. Esto es: abstención de todo comportamiento que agreda el desarrollo de la sexualidad, en especial, la posibilidad de realizarlo con pares en relaciones libres de dominio; y en la no represión de la sexualidad a través de prohibición, castigo, etc. y en garantizarles también la posibilidad que escojan sus preferencias³⁸ en el momento de interactuar, sin sesgárseles esta desde la posición que el adulto, observador, haga de sus actos, pues desde su objetividad pueden ser indeseables y descalificadoras, pero desde la óptica del niño, niña o adolescente, son experiencias enriquecedoras que ayudarán al desarrollo de su tendencia y definición sexual³⁹. Es así que los niños, niñas y adolescentes, reconocidos como sujetos con derechos, tienen el poder de regular su propia conducta sexual y decidir sobre los

35 Ver Sentencia T-440 de 1992, T-293 de 1998, T-220 de 2004,

36 GALVIS ORTIZ, Ligia. Op. cit, pág. 20

37 *Ibid.*, pág. 20

38 La función de la educación sexual no es la de alinear al individuo como un cúmulo de creencias sobre la sexualidad, sino la de proveer elementos objetivos para contribuir a su reflexión y a una más clara, racional y natural asunción de su corporeidad y subjetividad. Se estimula de esta manera que las elecciones y actitudes que se adopten —en un campo que pertenece por definición a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad— sean conscientes y responsables. Sentencia T-220 de 2004. Magistrado Ponente: Eduardo Montenegro Lynett.

39 Ciertos tipos de interferencias, incomprensiones, falsificaciones y represiones, provenientes de la sociedad y de las instancias socializadoras del individuo —padres, escuela, coetáneos, medios de comunicación, etc.—, aparte de incidir en muchos casos de manera negativa y por lo demás invasora en ámbitos de la intimidad, generan neurosis y disfuncionalidades que inhiben o trastornan el libre y sano desarrollo de la personalidad. A este mismo resultado suele conducir una equivocada y subyugante representación social de la sexualidad, que sin título alguno de legitimidad, el grupo social proyecta sobre el individuo, y que éste termina por interiorizar como propia, pese a negar su misma subjetividad. Sentencia C-440 de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

límites y motivos para permitir que otros influyan en el proceso autónomo y libre de autodeterminación de su personalidad, de acuerdo con sus condiciones emocionales y sus capacidades cognitivas para que de esta manera puedan asumir, enfrentar y superar feliz y fructíferamente cada etapa de su construcción personal, de modo que alcancen un pleno y armonioso desarrollo, aumenten su autoestima y apliquen el mismo respeto que reciben, a otros miembros de la sociedad. Esto es una simple aplicación del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad.

Como lo indicamos en la función de los derechos, si bien el derecho a la sexualidad existe como una garantía para los niños, su función también hace parte del ejercicio responsable del mismo. Así los niños, en especial adolescentes (ya que el ejercicio propiamente autodeterminado es de éstos), deben desarrollar su sexualidad de forma responsable. Esto es, sin infringir daño en un doble sentido: daño a sí mismo, ya sea físico – con una ETS – o psicológico – con un embarazo no deseado, o daño a otros, como lo serían conductas irresponsables de contaminación de ETS o abuso de otros niños. Este tipo de comportamientos desbordan el concepto mismo del derecho a la sexualidad.

EJEMPLO DE APLICACIÓN DE CONCEPTOS EN CASOS

1. SENTENCIA

i. Identificación del fallo: Sentencia T-554 de 2003

Magistrada Ponente CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

ii. HECHOS.

La señora X presentó acción de tutela en representación de su hija A contra el Fiscal Y alegando violación al derecho fundamental a la integridad física de la menor, a causa de que el funcionario judicial decidió decretar por tercera vez un examen médico ginecológico.

La parte accionada arguye que al practicar el reconocimiento médico legal, el día 17 de julio la menor ofendida por facultativo adscrito al Hospital Regional, se concluyó que la misma presentaba “desfloración antigua por hallazgo de himen desgarrado desde los meridianos 2 al 10, con bordes cicatrizados”. El día 24 de septiembre de 2002, se le practicó una valoración psicológica a la menor A, por parte del psicólogo clínico especialista en educación sexual, adscrito al ICBF. Como resultado de su estudio, el psicólogo recomendó realizar una nueva valoración de

la víctima por ginecología. Fue así como el día 4 de octubre de 2002 el médico especialista en ginecología, del Hospital Regional, realizó un nuevo examen a la menor determinado que “no se aprecia desgarró ni reciente ni antiguo; no evidencia desfloración; piel circundante normal”.

Es por este segundo dictamen que el día 30 de octubre de 2002 la accionada dispuso la práctica de un tercer reconocimiento por parte de Medicina Legal a la menor A “valoración que hasta la fecha no ha sido acatada”. Se sostiene que la realización de este tercer reconocimiento legal, lejos de vulnerar los derechos fundamentales de los niños, se encamina a garantizarlos y por ende, es improcedente una acción de tutela en estos casos.

Dentro del acervo probatorio del caso, aparte de los informes médico legales mencionados, también existían los informes psicológicos practicados a la menor en los que se afirma que ésta presentaba trauma psicológico por abuso sexual evidenciado, a través de tratamiento por parte del padre (según relato de la menor) y trauma por el manejo de la información que le han dado los adultos, alrededor de la situación.

iii. Problema jurídico

¿El decreto y la práctica de una prueba pericial, en concreto un tercer reconocimiento médico sexológico a una niña de 8 años en un caso de acto sexual agravado, constituye o no una vulneración de los derechos fundamentales de la menor?

iv. DECISIÓN DE LA CORTE

a. Ratio decidendi

El poder discrecional con que cuenta el funcionario judicial para decretar y practicar pruebas de oficio necesariamente debe ser empleado para alcanzar la verdad, la justicia y una reparación, integral al menor agredido sexualmente cuando quiera que exista una duda razonable derivada del análisis del acervo probatorio. En tal sentido, las dudas que tenga el funcionario judicial sobre la ocurrencia del hecho o el grado de responsabilidad del autor o de los partícipes no deben ser resueltas, *ab initio* en beneficio de éstos y en desmedro de los derechos del menor sino que es menester, en estos casos, profundizar aún más en la investigación, a fin de despejar cualquier duda razonable al respecto. Lo anterior **no** significa que en casos de delitos sexuales cometidos contra menores le esté vedado, al funcionario judicial, aplicar

el principio del *in dubio pro reo*, sino que solamente se puede apelar al mismo en última instancia, luego de haber adelantado una investigación realmente exhaustiva, seria, en la cual se hayan decretado y efectivamente practicado todas las pruebas conducentes y pertinentes para llegar a la verdad, y a pesar de todo, subsista una duda razonable la cual debe ser resuelta a favor del sindicado. Se insiste, sólo en estos casos es constitucionalmente válido aplicar el mencionado principio.

b. Obiter dicta

Para llegar a tal decisión, la Corte tuvo en cuenta:

- En un Estado Social de Derecho, la administración de justicia penal tiene como finalidad última la protección de los derechos fundamentales, y de otros bienes constitucionalmente garantizados mediante la investigación y sanción de los atentados graves que se ocasionen contra el disfrute pleno de éstos; y asimismo, el resarcimiento pleno e integral a las víctimas de los perjuicios causados por el delito.
- En el caso de los niños, el cumplimiento de estos mandatos constitucionales por los diversos funcionarios que actúan en las etapas procesales de investigación y de juzgamiento debe estar siempre orientado por el principio del interés superior del menor, bien sea que se encuentre en la situación de sujeto activo de la infracción o de víctima o afectado por el mismo.
- 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.
- En materia probatoria, el principio del interés superior del menor conduce asimismo al establecimiento de determinados deberes negativos a las autoridades que estén investigando o juzgando delitos sexuales cometidos contra los menores.
- En los asuntos donde los niños sean víctimas de un abuso sexual, la facultad legal de discrecionalidad para decretar pruebas de oficio por parte del juez se encuentra limitada por el interés superior del menor, lo cual conduce a que el funcionario judicial se abstenga de decretar pruebas cuya práctica termine afectando aún más emocional y psicológicamente al niño.

- *Este tipo de prueba judicial no lesiona los derechos de los menores, a condición de que sea practicada de manera científica, en un contexto adecuado para el caso y por personal experto en la materia.*

La acción de tutela interpuesta por la señora X contra el Fiscal Seccional, para que este último no practicase una prueba pericial, resultó improcedente por cuanto ésta no vulneraba los derechos fundamentales de los niños. Por el contrario, se consideró que la realización de este tercer reconocimiento médico constituía una prueba necesaria para fundamentar la providencia mediante la cual se calificó el mérito del sumario seguido contra el señor C.

Como conclusión podemos ver que ni siquiera la Corte Constitucional tuvo en cuenta la opinión de la niña, que para la fecha de los hechos tenía ocho años, edad suficiente para haber expresado su opinión.

V. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

A partir de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño y la doctrina de Protección Integral de las Naciones Unidas, los niños, niñas y adolescentes son considerados sujetos plenos de derechos y no objetos de tratamiento, como fueron concebidos por la doctrina de la situación irregular.

Para el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se han desarrollado unos principios que les otorgan el carácter de sujetos privilegiados. Estos principios son, entre otros: el interés superior del niño, la prevalencia de sus derechos, la integralidad en la protección de sus derechos, la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado como garantes de la efectividad de sus derechos, el ejercicio responsable de los derechos y el criterio pedagógico que debe estar siempre presente en las relaciones entre adultos y niños e incluso entre ellos mismos.

Los niños tienen derecho a la sexualidad, derecho que debe ser ejercido de acuerdo al grado de desarrollo en el que se encuentren. El Estado, la sociedad y la familia deben proporcionar la educación necesaria para que su ejercicio sea responsable.

A. PARA RECORDAR

Los adultos, al ser la autoridad dominante de comportamientos sociales, hacen que los niños, niñas y adolescentes sean sujetos excluidos. Con esto están

desconociendo su poder de determinación. Su inclusión y reconocimiento social se debe a la aceptación de esa “desventaja” respecto al poder que manejan los mayores.

A partir de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, los niños, niñas y adolescentes son reconocidos como sujetos de derechos y beneficiarios de protección especial. Para lograr este objetivo, se esgrimen los cinco principios básicos para su realización: interés superior, ejercicio responsable de derechos, integralidad, corresponsabilidad y criterio pedagógico.

De esta manera no es absurdo pensar y reconocer al niño, niña y adolescente como ser sexual, con el derecho de ejercicio de su sexualidad, en pro de un desarrollo pleno y libre de su personalidad, sin ejercicios de dominación y sometimiento que vicien su desarrollo.

B. ¿QUÉ HE APRENDIDO?

Con los siguientes ejercicios usted aplicará lo aprendido en esta unidad, con la posibilidad de dar sus propias discusiones a partir de las herramientas conceptuales adquiridas. Por favor no olvide llevar memoria escrita del desarrollo de su trabajo.

C. ANÁLISIS DE CASO

FASE DE PRESENTACIÓN DEL CASO: el planteamiento inicial es “Usted es Fiscal y a su despacho llega el caso de una adolescente de 17 años que manifiesta que momentos antes ha sido violada. Usted ordena el reconocimiento por parte del Instituto de Medicina Legal. Sin embargo, la adolescente no presta su consentimiento para la práctica de los reconocimientos”.

FASE DE ANÁLISIS: en esta fase se ubicarán los problemas principales a resolver. Así mismo se puntualizarán los postulados y elementos necesarios para su resolución.

FASE DE CONCEPTUALIZACIÓN: es la formulación de conceptos operativos o de principios concretos de acción, aplicables en el caso. Es decir, la aplicación de los conceptos que usted elija para el caso concreto.

FASE DE RESOLUCIÓN: En esta se indicará expresamente la conclusión a la que se llega en el caso.

Ca

- i. Señale las 3 principales diferencias entre la Doctrina de la Situación Irregular y la Doctrina de la Protección Integral.
- ii. Complete los espacios.

Para la Doctrina de la Situación Irregular el menor delincuente es concebido como una _____

Para la Doctrina de la Protección Integral, el adolescente infractor de la ley penal es concebido como una _____

- iii. Diga si las siguientes afirmaciones son verdaderas o falsas:

El principio del interés superior, en el marco de la doctrina de la situación irregular, permitió una gran discrecionalidad a los funcionarios encargados de velar por los derechos de los niños.

F _____ V _____

Los niños por tratarse de personalidades en formación no son responsables en el ejercicio de sus derechos.

F _____ V _____

La Doctrina de la Protección Integral sólo tiene un alcance a nivel de la tutela de los derechos de los infractores de la ley penal

F _____ V _____

- iv. Diga cuál de las siguientes opciones no es verdadera:

1. El interés superior del niño cumple funciones de orden jurídico y político.
2. El interés superior del niño vincula a los particulares.
3. El interés superior del niño es incompatible con el Estado Social de Derecho.
4. La prevalencia de los derechos de los niños es la versión operativa del interés superior del niño.
5. El interés superior del niño se predica tanto de los infantes como de los adolescentes.

- v. Diga cuáles son las tres funciones que a nivel jurídico cumple el principio del interés superior del niño.

Escriba las modalidades de abuso sexual que no constituyen delito en Colombia:

- 1 _____
- 2 _____

VI. GLOSARIO

Doctrina de la Situación Irregular

Doctrina dominante en el tratamiento de los problemas sociales y jurídicos de los menores en el ámbito latinoamericano, desde que se expidió la primera ley de menores en Argentina, en 1919, hasta la década del 90 del siglo XX. Su característica principal es que no se preocupa sino por los menores en situación irregular sin distinguir en forma clara entre menores con problemas sociales e infractores a la ley penal, a quienes se aplicaba las mismas medidas. El tratamiento de las situaciones irregulares las atribuye como regla general a un juez de menores, a quien le otorga facultades discrecionales.

Doctrina de la Protección Integral

Doctrina elaborada a partir de la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, integrada por la citada Convención, que es su instrumento más importante, por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de los Menores “Reglas de Beijing”, por las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad y por las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la delincuencia Juvenil “Directrices de Riad”. Su característica principal es que su preocupación se dirige al conjunto de la infancia y la adolescencia y no solamente a los niños en situación irregular. Distingue claramente entre los problemas sociales que afectan a la infancia y adolescencia y los infractores a la ley penal. Para estos últimos establece responsabilidad penal, previo un debido proceso, con todas las garantías del llamado derecho penal liberal y adicionalmente las garantías propias que se derivan de su condición de niños. Adopta las posturas del Garantismo Penal y el Derecho Penal Mínimo. Las medidas aplicables a infractores a la ley penal tienen un carácter eminentemente pedagógico y son diferentes a las medidas de protección aplicables a los niños con problemas sociales. La doctrina nació fundamentalmente como mecanismo de protección a los niños infractores a la ley penal, pero nada impide que se haga extensiva a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos e incluso a otras áreas del Derecho.

Interés Superior del Niño

Principio central en el derecho de la infancia y adolescencia, que lo convierte en sujeto privilegiado porque sus intereses y derechos van primero que cualquier otro. Nació en el marco de la doctrina de la situación irregular. En su interior fue un concepto vago e indeterminado, prácticamente un “cheque en blanco” que permitió la más absoluta discrecionalidad de los funcionarios encargados de los asuntos de la niñez. Su aplicación en este contexto frecuentemente generaba inseguridad jurídica y violación de los derechos fundamentales de los niños.

La Convención Internacional de los Derechos de los Niños, en su artículo 3 numeral 1, recoge el interés superior como un principio fundamental, que adquiere un sentido diametralmente diferente, porque se considera como un tratado sobre derechos humanos, sólo que su objeto específico son los niños y por ello debe ser interpretada en el contexto de las demás normas internacionales sobre derechos humanos. Estas parten de la consideración fundamental de considerar a todos los seres humanos, incluyendo los niños, como personas, y consagra una serie de derechos de los niños y promueve su efectividad, de suerte que tales derechos no pueden ser desconocidos con base en el interés superior del niño.

De acuerdo con lo anterior, y en el contexto de la Convención y las demás normas internacionales que protegen los derechos humanos, el interés superior pierde su carácter vago e indeterminado, para constituirse por el contrario en un principio que disminuya al máximo la discrecionalidad no sólo de los funcionarios y las instituciones encargados de los asuntos de la niñez, sino también de los particulares. Puede entonces definirse como la máxima satisfacción posible del mayor número de derechos de los niños.

Prevalencia de los Derechos de los niños

Es la forma como la Constitución Nacional consagra el interés superior del niño. Es decir, la prevalencia de los derechos de que trata la Constitución no es algo diferente al interés superior; es por el contrario, su expresión operativa.

Corresponsabilidad

Garantía que tienen los niños, niñas y adolescentes de que la efectividad de sus derechos es responsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado, sin posibilidad de que ninguno de ellos se exima de responsabilidad bajo el pretexto de la de los otros.

Integralidad

Perspectiva bajo la cual deben ser consagrados y atendidos los intereses y derechos de los niños, niñas y adolescentes. Tiene su fundamento “en el postulado de la universalidad y la interrelación de los humanos tal como lo estableció la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993. Estos postulados entienden la vigencia de los derechos humanos con visión integral. Según ellos, la responsabilidad de los Estados, en materia de derechos humanos, es un principio rector de las políticas públicas en el orden social, económico y cultural. Por lo tanto, se convierten en el contenido de políticas públicas en todos los órdenes.

VII. ANEXOS

BARATTA, Alessandro, “Infancia y Democracia”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, BELOFF, Mary, compiladores, “Infancia, Ley y Democracia en América Latina”, Ed. Temis, De Palma, Bogotá, Buenos Aires 1999, 2ª Ed., páginas 31 a 57.

GOMES DA COSTA, Antonio Carlos, “Pedagogía y Justicia”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, BELOFF, Mary, compiladores, “Infancia, Ley y Democracia en América Latina”, Ed. Temis, De Palma, Bogotá, Buenos Aires 1998, Págs. 59 a 68

CILLERO BRUÑOL, Miguel, “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, BELFO, Mary, compiladores, , “Infancia, Ley y Democracia en América Latina”, Ed. Temis, De Palma, Bogotá, Buenos Aires 1999, 2ª Ed., páginas 65 a 85

Código de la Infancia y la Adolescencia. Exposición de Motivos

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de los Menores “Reglas de Beijing”.

Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad.

Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la delincuencia Juvenil “Directrices de Riad”

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

UNIDAD 3

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS



- Analizar el alcance que tiene la condición de víctimas con derechos prevalentes, cuando los niños, niñas y adolescentes han sufrido abusos sexuales.



- Logar que el lector pueda analizar el concepto de víctima como categoría social.
- Permitir que el lector conceptualice sobre víctimas y su relación con la criminología y el derecho penal.
- Dar herramientas para el análisis de los derechos de las víctimas.
- Enumerar los diferentes estatutos del ordenamiento jurídico que protegen a las víctimas.

INTRODUCCIÓN

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes como sujetos adquieren una especial significación cuando se trata de víctimas de abusos sexuales, comenzando porque el concepto de víctima es polémico. Analice el siguiente caso: Usted es juez y a su despacho llega un joven de 15 años acusado de realizar actos sexuales abusivos con una niña de 8 años. En las entrevistas realizadas al sindicado, se descubre que el joven ha sido víctima consuetudinaria de maltrato físico y abusos sexuales por parte de su padrastro y en su hogar esta práctica era conocida y aceptada por su madre, en razón a su precaria situación económica ¿Cómo sería su fallo?

De la categoría de sujeto víctima se desprenden una serie de derechos, dentro y fuera del proceso penal, que tienen carácter de prevalente cuando se trata de niños, niñas y adolescentes.

ACTIVIDAD EXPLORATORIA

Con esta actividad se busca que el lector se aproxime a los diferentes enfoques y problemas que genera el tema a tratar en esta unidad



- Elaborar y clasificar una lista de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual, de acuerdo con las normas internacionales.
- Establecer qué consecuencias puede tener la aplicación del principio del interés superior frente a las causales de aplicación del principio de oportunidad en las distintas modalidades de abuso sexual.
- Establecer qué consecuencias puede tener la aplicación del principio del interés superior, frente a las negociaciones entre la Fiscalía y el imputado en casos de abuso sexual.

DESARROLLO

Esta preocupación internacional y de los constituyentes de 1991 por privilegiar al menor y protegerlo de toda clase de violencia, en especial en el seno de la familia, se fundamenta además en las conclusiones que han extraído de diversos estudios expertos en la materia. Así para Riosco Ortega “los niños y las niñas que han sido víctimas de violencia también tienden a perpetuar la violencia social y la pobreza. Esto ocurre porque, como forma de escapar de estos hogares violentos, tienen altas probabilidades de deserción escolar, de caer en la delincuencia, en la drogadicción, en el alcoholismo y de tener embarazos durante la adolescencia”¹.

Sentencia T554/03

I. VÍCTIMA

Para precisar el concepto de víctima debemos tener presente dos aspectos: El primero es que partimos del supuesto según el cual la víctima, al igual que el delincuente, es una construcción social a la que se llega a través de procesos de definición y selección. Y el segundo, que tratándose de niños, hablamos de víctimas con derechos prevalentes.

1 Riosco Ortega, L, “Mediación en casos de violencia doméstica”, *Género y derecho*, Santiago de Chile, 1999, p. 580.

A. DEFINICIÓN DE VÍCTIMA

Para entender el primer aspecto, esto es, la víctima como una construcción social a través de definiciones debemos tener en cuenta que los tipos penales no describen una acción simplemente, sino que contienen una situación entre personas, de manera que la norma no es un imperativo sino un sistema de instrucciones dialógicas, es decir, procesos de interacción y comunicación. En este sentido la víctima también es protagonista del delito al ser parte de la relación comunicacional que subyace al delito (así sea defectuosa). En este sentido, el concepto de víctima será correlativo a la definición del delincuente. Por ello desarrollaremos algunas de las nociones del delincuente desde diferentes construcciones sociales, para correlativamente discutir sobre el concepto de víctima.

Dentro de la determinación de delincuente encontramos ante todo el positivismo, para el cual, el delito depende de factores naturales, individuales sociales, que predestinan al sujeto para delinquir, se habla entonces de delincuente nato, de presuposición física, psíquica, etc. En este sentido, se toma el delito como fenómeno humano y social (el delito es un hecho antropológico y telúrico), es un hecho condicionado por causas: Endógenas (hereditarias o congénitas) o exógenas (físicas o sociales).

Dentro de ésta perspectiva solamente interesaría la víctima como causa del delito, es decir, como agente que por su predisposición individual está llamada a ser víctima, y por ende a ser causa del delito. Así encontramos estudios que nos hablan de la predisposición de la víctima por factores biofisiológicos (edad, sexo, raza, estado físico), sociales (profesión, estatus social, condición económica, condición de vida), y psicológicas (desordenes sexuales, estados psicopatológicos)².

En correspondencia con lo anterior aparece la Victimología como “disciplina que tiene por objeto el estudio de la víctima de un delito, de su personalidad, de sus características biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales, de sus relaciones con el delincuente, y del papel que ha jugado en la génesis del crimen; dentro de un marco psicosocial estudia la conducta de aquellas personas que han sido víctimas de conductas que ellos mismos han contribuido a crear³”.

2 RIVERA LLANO, Abelardo. La Victimología ¿un problema criminológico? Librería Jurídica Editores, Bogotá, 1997. pp. 83-115.

3 Ibíd. Pág. 2.

Desde otra perspectiva, conforme a la Teoría de la asociación o contactos diferenciales “el comportamiento humano criminal es siempre comportamiento aprendido (Sutherland)”⁴. En concordancia con este planteamiento se sitúan las posturas que definen la víctima desde su potencialidad como “victimario”, es decir, desde los efectos del aprendizaje del comportamiento criminal por parte de la víctima, y por ende la necesidad de la sociedad de protegerla con el fin de protegerse a sí misma de futuros delincuentes.

Otro punto de vista se desarrolla a partir de las teorías del conflicto social, que asumen una concepción social desde el conflicto y no a partir del consenso. Este conflicto está originado por el interés de los diferentes grupos sociales que luchan por imponer sus pretensiones. Dentro de este proceso la ley penal es el resultado de los intereses, que unos sectores sociales logran imponer sobre los de la mayoría⁵.

Desde esta perspectiva la determinación del comportamiento, como criminal, depende de las relaciones de dominación. Estas en primer lugar indican el poder de definición del comportamiento, al establecer quienes (los vencedores en el conflicto) pueden establecer un comportamiento como punible o no. Y en segundo lugar, el poder de selección, que se encargará de establecer a qué sujetos se les aplica el sistema penal (muchos pueden delinquir pero solo en ciertas personas –excluidos del poder– se pone en marcha la ley penal⁶.

Correlativamente dentro de esta perspectiva, la víctima será el integrante del grupo social que se ha logrado imponer al que se le afectan sus intereses, así el poder se ejerce de nuevo en las dos vías enunciadas para la determinación del delincuente: primero será víctima quien sea definida como tal por el poder, en otras palabras, el titular de los intereses protegidos por la ley penal (por ejemplo los propietarios no los desposeídos). Y por otro lado, será víctima solamente a quien el poder seleccione como tal a través del procesamiento penal. Así aunque a una persona pobre lo roben, no será tenido como víctima en tanto, posiblemente, nunca logre acceder al aparato de justicia penal.

Continuando con estos desarrollos encontramos el paradigma de la reacción social, que nos indica que los hechos sociales como la delincuencia son el resultado de procesos comunicacionales que se dan al interior de las sociedades, que tienen

4 BERGALI, Roberto; BUSTOS RAMÍREZ, y MIRALLES. Pensamiento Criminológico, Vol. 1. Temis, Temis Bogotá, 1983. Págs. 117-122.

5 Ibid. Págs. 140-146.

6 Ibidem.

por resultado que a determinados hechos sociales se les catalogue de una u otra manera. Estos procesos de definición se dan en dos estadios: definición primaria, y definición secundaria⁷.

La definición primaria implica el establecimiento de los comportamientos que corresponden a la designación de “víctimas” y la ocurrencia a un sujeto determinado de ellos. En este sentido, dentro de la definición primaria se encuentran las de legislación penal que considera como víctima el perjudicado por un hecho delictivo. Entonces, el propietario de la cosa robada se definirá como víctima.

La definición secundaria implica que el sujeto asuma el rol que le corresponde según la definición, es decir, que la víctima actúe como tal. En nuestro caso, el propietario de la cosa se constituirá en parte civil dentro del proceso penal o iniciará acción civil, con miras a obtener el restablecimiento de su perjuicio. Pero si por el contrario, el sujeto cae en inactividad, (como cuando somos víctimas de pequeña delincuencia y ni siquiera denunciarnos, sino que lo damos por un hecho pasado), no se asume el rol de víctima y, por ende, no se entra dentro de esta categoría.

En el presente trabajo nos enfocaremos en la víctima desde esta última perspectiva, es decir, como el sujeto que encaja dentro de las definiciones de la ley penal (que veremos posteriormente), pero que además asume su rol como víctima.

Para entender la víctima como una construcción social a través de definiciones, tenemos que dejar sentado que es el Derecho en sus distintos niveles -internacional, nacional, local— y en sus distintas áreas — civil, de familia, laboral, penal, quien define los derechos y sus titulares. Pero debemos también tener en cuenta que existen otros niveles de definición diferentes al derecho. Tal es el caso del nivel social de definición, en el cual usualmente las definiciones de derechos tienen como fundamento el concepto de la persona y sus transformaciones en el tiempo y en el espacio, y las nuevas necesidades que los cambios sociales, a todo nivel traen. Lo que usualmente sucede es que cuando ciertas definiciones logran imponerse en el nivel social, el derecho termina recogiendo a través de normas.

Sin embargo, tratándose de los niños, podemos observar que frente a ellos existen diferentes clases de derechos. En primer lugar encontramos los derechos inherentes a la persona o derechos de supervivencia. En segundo lugar, los derechos de garantía y en tercer término, los derechos de protección.

7 BERGALLI, Roberto. Crítica a la Criminología. Bogotá: Temis, 1983. Págs. 178-216.

Los derechos inherentes a la persona son aquellos que le permiten desarrollarse y realizarse como seres humanos, como el derecho a la vida y a la calidad de vida, el derecho a la salud, a la educación, al medio ambiente sano, a la recreación y en fin todos los derechos económicos, sociales y culturales, el derecho a la personalidad jurídica, el derecho a la intimidad, a tener una familia y a no ser separado de ella y al libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

Los derechos de garantía se refieren a la relación con el Estado y el orden jurídico. Los niños pueden encontrarse, por diversas circunstancias, frente al Estado y al orden jurídico. Así sucede, por ejemplo, cuando hacen uso del derecho de petición, instauran una acción de tutela, son acusados de haber violado la ley penal o cuando son víctimas de delitos. En todas estas circunstancias, tienen derechos y garantías que el Estado les debe respetar como la igualdad ante la ley, el derecho a una respuesta rápida y todas las obligaciones que se desprenden del derecho al debido proceso. Incluso, cuando son víctimas de delitos, tiene el derecho a que se le restituyan, en forma integral, sus derechos en el caso de ser víctimas de infracciones penales.

Por último están los derechos de protección. Con ellos los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les proteja contra conductas abusivas y lesivas o que conlleven riesgos a la dignidad, la integridad física y psíquica y que pueden causar daños irremediables. Así, por ejemplo, tienen derecho a que se les proteja contra los abusos sexuales, contra la trata de personas, contra la prostitución, la pornografía, la explotación económica y laboral, el reclutamiento forzado, etc. Estos derechos son obligaciones que los sujetos corresponsables –Estado, sociedad y familia– deben asumir.

Los derechos relacionados con la sexualidad, objeto del presente trabajo, participan de las tres categorías de derechos antes mencionados. En efecto derechos como la libertad de disposición sexual, derecho a la educación y salud sexual, pertenecen a la primera categoría, esto es a los inherentes a la persona. El derecho a un debido proceso penal, a la restitución integral de sus derechos cuando han sido víctimas de abusos sexuales, prostitución, trata de personas, turismo sexual, etc. corresponden a la segunda categoría, esto es, a los llamados derechos de garantía.

Y a la tercera categoría pertenecen los derechos a ser protegidos contra todas las formas de abuso sexual.

Por lo anterior, podríamos definir a la víctima, para efecto de nuestro trabajo, como todo niño, niña o adolescente que se le amenace o vulnere un derecho o a

quien no se le han dado las garantías suficientes en sus relaciones con el Estado o la sociedad civil o a quien no se le dio la debida protección frente a determinadas situaciones de riesgo, provenientes de cualquiera de las formas de abuso sexual.

El anterior concepto no está atado a que el derecho sea reconocido a nivel de la legislación nacional. Por el contrario puede estar reconocido solamente a nivel de las normas internacionales o incluso puede derivarse directamente de la concepción de los niños como personas. Es más, ni siquiera está atado al concepto de víctima, que trae la nueva legislación procesal penal⁸. Como veremos más adelante, el concepto de víctima en el nuevo Código Procesal Penal es demasiado estrecho, para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos. Un concepto más amplio, como el que hemos propuesto, además de ser una guía para futuras reformas legislativas, en el caso concreto de los niños, niñas y adolescentes tiene una función concreta muy importante: Recordarle al funcionario que así las medidas de protección que se requieran no sean de su competencia, tiene que, por lo menos, movilizar todo el sistema de protección integral en busca de respuestas adecuadas a la restauración de los derechos vulnerados y, en general, al disfrute de todos sus derechos y no solamente de los afectados con el delito.

B. VÍCTIMA CON DERECHOS PREVALENTES

Los niños, niñas y adolescentes son víctimas con derechos prevalentes. Esta circunstancia tiene al menos tres consecuencias importantes:

La primera de ellas, es que cuando los niños son víctimas de abusos sexuales, tienen atención prioritaria, en todo sentido. Así por ejemplo, las medidas que se tengan que tomar para restablecer su salud física y psíquica son prioritarias, al igual que las que tiendan a proteger su intimidad y buen nombre, las que tiendan a reintegrarlo a su círculo familiar y social. En la misma forma, todas las diligencias relacionadas con el proceso penal que se le sigue al autor de un delito de abuso sexual en el cual la víctima es un niño, niña o adolescente, tendrán prioridad.

La segunda plantea que no solamente son responsables de la restitución de los derechos vulnerados los autores y partícipes del delito, sino que también lo son

8 El artículo 132 del nuevo C.P.P. define la víctima como las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto. La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprenda, enjuicie o condene al autor de injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este.

los tres sujetos corresponsables de la protección integral de los derechos de los niños: El Estado, la sociedad y la familia. Ninguno de ellos puede excusarse bajo el pretexto de la responsabilidad del otro o incluso de la responsabilidad de los autores y partícipes del delito.

La tercera gran consecuencia, derivada de la prevalencia, consiste en que no basta con el restablecimiento de los derechos vulnerados con el delito, sino que es necesario revisar y atender, adecuadamente, todos sus derechos, puesto que la prevalencia conlleva la revisión inmediata de todos ellos. Esta revisión proviene también del marco de la protección integral.

II. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

Existe una consagración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como víctimas en general, pero además de estos se debe comprender que existen normas especiales para los casos que los involucran.

A. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN GENERAL

Como indicamos anteriormente la categoría de víctima depende de la definición primaria que de ésta haga la legislación, y subsiguientemente los derechos de las víctimas también serán los otorgados por ella. Estas definiciones de víctimas y derechos se dan en dos flancos perfectamente integrados por el bloque de constitucionalidad: la normatividad interna y el derecho internacional.

1. DERECHO INTERNO

La Ley 906 de 2004 (nuevo Código de Procedimiento Penal) consagró entre sus normas rectoras –artículo 11– una relativa a los derechos de las víctimas. Este aspecto es novedoso y responde a una nueva concepción en el Derecho Penal en que la víctima ha adquirido una importancia que antes se le desconocía. Sin embargo, tenemos la sospecha de que los principios condicionantes del proceso, han llevado a un desarrollo legal en que la víctima ha quedado desprotegida.

El artículo 11 bajo el título de derechos de las víctimas dispone que el Estado garantice el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código. En desarrollo de lo anterior las víctimas tendrán derecho a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno; b) A

la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor; c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este Código; d) A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas; e) A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas; f) A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto. g) A ser informados sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar; h) A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, si el interés de la justicia lo exigiere, por un abogado que podrá ser designado de oficio; i) A recibir asistencia integral para su recuperación, en los términos que señale la ley. j) A ser asistidos gratuitamente por un traductor o intérprete, en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos.

Sobre la dignidad e intimidad, aunque con frecuencia se nombren estos derechos de las víctimas, son pocas las reglas que los desarrollan. El artículo 250 del nuevo Código de Procesamiento Penal establece que en los casos de lesiones o de víctimas de agresiones sexuales, en caso de ser necesario el reconocimiento o los exámenes físicos de la víctima, se obtendrá el consentimiento escrito de ella y cuando es menor o incapaz, el de su representante legal. Si no lo aceptara, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. Si persiste la negativa se acudirá al juez de control de garantías para que señale los condicionamientos bajos los cuales ha de practicarse la inspección⁹. Como se puede observar, la ley impone su decisión de practicar el examen, sin importar que se trate de que la víctima sea un niño, niña o adolescente, de los daños que se le puedan ocasionar con el reconocimiento e incluso de su opinión. Es claro entonces, que en estas circunstancias no se tuvieron en cuenta los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes.

Se puede observar en el código penal, que la publicidad tiene más restricciones cuando se trata de proteger el orden público, la seguridad nacional, la moral pública

9 La expresión "para que señale los condicionamientos bajos los cuales ha de practicarse la inspección" fue declarada inexecutable.

y el interés de la justicia, que cuando se trata de proteger al niño, niña o adolescente que debe declarar. En efecto, en los primeros casos además de restricción del acceso al público y a la prensa, es posible imponerles a los asistentes el deber de guardar reserva de lo que vean, oigan o perciban. Sin embargo, en el caso de los declarantes menores de edad, ésta última medida no está prevista.

El concepto de seguridad que maneja el artículo se restringe a la seguridad física. Ello se confirma con lo establecido en el artículo 137 numeral 1, cuando se establece que las víctimas podrán solicitar al fiscal, en cualquier momento, protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en su contra o de sus familiares. Sin embargo, cuando hablamos bajo la óptica de la protección integral, la seguridad hace relación a la efectividad de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes. El acto legislativo 3 de 2002 –artículo 2 numeral 7, que modifica el artículo 250 C.N.– y el nuevo Código de Procedimiento Penal atribuyen a la Fiscalía la función de velar por la seguridad de las víctimas de delitos. En el caso de los niños, niñas y adolescentes, víctimas de delitos, su seguridad, va más allá de la seguridad física y en consecuencia, no puede quedar sólo en manos de la Fiscalía General de la Nación. Sin embargo, nada de esto se prevé en el nuevo Código de Procedimiento Penal.

Las restricciones a la libertad del procesado tiene como una de sus finalidades la protección de la comunidad especialmente de las víctimas. Sin embargo, cuando el artículo 2 del C.P.P. nos trae esta finalidad de la restricción de la libertad, no distingue entre las víctimas comunes y corrientes y las víctimas con derechos prevalentes.

Sobre el derecho a ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas, observamos que no es suficiente que este literal establezca que las víctimas deben ser oídas. Es indispensable que en forma expresa una norma establezca que los niños, niñas y adolescentes tiene derecho a ser escuchados en todas las situaciones que los afecten y que su opinión sea tenida en cuenta. Sólo de esta manera se les puede tratar como personas y con el respeto inherente a la dignidad humana. Una norma en este sentido resulta indispensable porque en nuestra cultura los niños no cuentan o son tratados como inimputables. Un ejemplo claro de ello es el artículo 250 del nuevo Código de Procedimiento Penal, ya comentado. Para que los niños, niñas y adolescentes sean escuchados efectivamente debe abandonarse definitivamente el concepto de inimputables.

Sobre derecho a recibir información establece el artículo 136 del nuevo Código de Procedimiento Penal que tienen derecho a recibir información además de

los sujetos procesales quien demuestre la calidad de víctima, o las organizaciones a las que ella se dirija para obtener apoyo. El tipo de información que tiene derecho a recibir la víctima es todo lo concerniente a la realización de su definición secundaria, es decir a la realización de su rol de víctima dentro del ordenamiento jurídico, así se le informará sobre el tipo de apoyo o de servicios que puede recibir, el lugar y el modo de presentar una denuncia o una querrela, las actuaciones subsiguientes a la denuncia y su papel respecto de ellas, el modo y las condiciones en que puede pedir protección, las condiciones en que de modo gratuito puede acceder a asesoría o asistencia jurídicas, asistencia o asesorías psicológicas u otro tipo de asesoría, los requisitos para acceder a una indemnización, etc.

Como se puede observar, son muchas las informaciones que se deben dar a la víctima, pero es en su gran mayoría información sobre normas o aspectos formales del proceso, como los trámites a seguir o las fechas de las audiencias. No desconocemos la importancia de ellas, pero resultan totalmente insuficientes. Por ejemplo a la víctima no se le informa nada sobre los hechos y sobre los adelantos de la investigación, y en consecuencia nos preguntamos cómo es que va a ser efectivo su derecho a la verdad, según lo establecido en el artículo 137 del nuevo Código de Procesamiento Penal.

El artículo 133 del nuevo Código de Procedimiento, bajo el título de atención y protección inmediata a las víctimas establece que la Fiscalía adoptará las medidas necesarias para la atención de las víctimas, la garantía de su seguridad personal y familiar y la protección frente a toda publicidad que implique un ataque indebido a su vida privada o dignidad. Aquí se insiste nuevamente en limitar la protección de las víctimas a la seguridad y a la intimidad, por ello nos limitamos a reiterar que frente a los niños y adolescentes es una protección limitada.

Desafortunadamente la norma no menciona, a título de ejemplo algunas de estas medidas, razón por la cual se corre el riesgo de que se convierta en una norma meramente simbólica en el sentido negativo del concepto. Esto es normas que se expiden para no ser aplicadas, pero que sin embargo transmiten una falsa imagen que en este caso consistiría en dejar ver que se hace algo para proteger a las víctimas.

El párrafo segundo del artículo 133 dispone que las medidas de atención y protección a las víctimas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del imputado o de un juicio justo e imparcial, ni serán incompatibles con estos. Frente a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, esta norma plantea conflictos de intereses, que resulta imposible de solucionar en forma abstracta. Los conceptos como

interés superior y su noción operativa de derechos prevalentes deben armonizarse con el estado de derecho, sin que resulte afectada la primacía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En nuestro ordenamiento, son más lógicas las estipulaciones de derechos de las víctimas realizadas por la Corte Constitucional, al sistematizar los derechos de las víctimas en verdad, justicia y reparación (en especial en lo relacionado con crímenes del conflicto armado interno). Al respecto ha señalado, en varias oportunidades, que en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa los derechos de las víctimas de un delito resultan constitucionalmente relevantes¹⁰.

Entre las normas constitucionales que respaldan los derechos de las víctimas de delitos tenemos el artículo 1 que consagra como principio fundante la dignidad humana. El artículo 2 de la C. N. que establece como fines esenciales del Estado la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, el aseguramiento de un orden justo. Igualmente dispone que las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos. El artículo 228, que señala la prevalencia del derecho sustancial. El artículo 229, sobre el derecho de acceso a la justicia. El artículo 250 que le asigna a la Fiscalía General de la Nación la protección de las víctimas de delitos.

10 Sobre derechos de las víctimas pueden consultarse las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C-228 de 2002, T-597 de 1992, MP: Ciro Angarita Barón, SU-067 de 1993, MP: Ciro Angarita Barón y Fabio Morón Díaz; T-451 de 1993, MP: Jorge Arango Mejía; T-268 de 1996, MP: Antonio Barrera Carbonell. T-399 de 1993, MP: José Gregorio Hernández Galindo; C-544 de 1993, MP: Antonio Barrera Carbonell; T-416 de 1994, MP: Antonio Barrera Carbonell; T-502 de 1997, MP: Hernando Herrera Vergara. T-046 de 1993, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, C-093 de 1993, MP: Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero, C-301 de 1993, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, C-544 de 1993, MP: Antonio Barrera Carbonell, T-268 de 1996, MP: Antonio Barrera Carbonell., C-742 de 1999, MP: José Gregorio Hernández, SU-067 de 1993, MP: Ciro Angarita Barón y Fabio Morón Díaz, T-275 de 1994, MP: Alejandro Martínez Caballero, T-416 de 1994, MP: Antonio Barrera Carbonell, T-502 de 1997, MP: Hernando Herrera Vergara, C-652 de 1997, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, C-742 de 1999, MP: José Gregorio Hernández. T-522 de 1994, MP: Antonio Barrera Carbonell; C-037 de 1996, MP: Vladimiro Naranjo Mesa; y C-071 de 1999, MP: Carlos Gaviria Díaz C-157 de 1998, MPs: Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara, C-412 de 1993, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, T-275 de 1994, MP: Alejandro Martínez Caballero, C- 805 de 2002, MP: Eduardo Montealegre Lynett. C-004 de 2003, MP: Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia C-451 de 2003, MP: Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia C-004 de 2004, MP: Clara Inés Vargas Hernández. Sentencia T-536 de 1994, MP: Antonio Barrera Carbonell. Sentencia T-249 de 2003, MP: Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia T-694 de 2000, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia T-114 de 2004, MP: Jaime Córdoba Triviño. Sentencia T-556 de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño. Sentencia T-694 de 2000, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

En sentencia T 453 del 2 de mayo del 2005, la Corte expresó al respecto lo siguiente: *“De lo anterior, surge que la concepción constitucional de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por un delito comprende, por lo menos, tres derechos esenciales: el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a la reparación*.

Dentro de la línea de la sentencia C-228 de 2002, esta Corporación ha establecido que los derechos de las víctimas del delito a la verdad, a la justicia y a la reparación se violan cuando en el proceso penal se adoptan decisiones que conducen a la impunidad, lo cual puede ocurrir, entre otras: (i) si se les impide solicitar el control de legalidad de las decisiones que adopten los funcionarios judiciales sobre la imposición de medidas de aseguramiento al procesado;¹¹ (ii) si no se les permite solicitar la revisión de sentencias judiciales absolutorias en casos de violaciones de derechos humanos o de infracciones al derecho internacional humanitario cuando un pronunciamiento judicial interno o de una instancia internacional reconocida por Colombia, constata la existencia de una prueba nueva o de un hecho nuevo no conocidos al momento del juzgamiento, o la omisión del Estado colombiano de investigar con seriedad e imparcialidad los hechos;¹² (iii) si se les restringe la posibilidad de acceder a las diligencias previas del proceso penal;¹³ (iv) si se les niega el derecho a intervenir en procesos disciplinarios que se instauran por violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario;¹⁴ (v) si se impide la constitución de parte civil exigiendo requisitos o condiciones no previstos en la ley,¹⁵ o desconociendo la jurisprudencia constitucional sobre los derechos de las víctimas;¹⁶ (vi) si se precluye la investigación penal sin haber respondido a la solicitud de pruebas de la parte civil;¹⁷ (vii) si se declara la caducidad de la acción civil dentro del proceso penal, sin que se reunieran los supuestos legales para aplicar la norma que lo permitía;¹⁸ (viii) si se cumple con el deber de investigar tan sólo de manera puramente formal,¹⁹ o sin la seriedad y rigor requeridos para la defensa de los derechos de las partes procesales²⁰”.

11 Corte Constitucional, Sentencia C- 805 de 2002, MP: Eduardo Montealegre Lynett.

12 Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 2003, MP: Eduardo Montealegre Lynett.

13 Corte Constitucional, Sentencia C-451 de 2003, MP: Eduardo Montealegre Lynett.

14 Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 2004, MP: Clara Inés Vargas Hernández.

15 Corte Constitucional, Sentencia T-536 de 1994, MP: Antonio Barrera Carbonell.

16 Corte Constitucional, Sentencia T-249 de 2003, MP: Eduardo Montealegre Lynett.

17 Corte Constitucional, Sentencia T-694 de 2000, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

18 Corte Constitucional, Sentencia T-114 de 2004, MP: Jaime Córdoba Triviño.

19 Corte Constitucional, Sentencia T-556 de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño.

20 Corte Constitucional, Sentencia T-694 de 2000, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

2. DERECHO INTERNACIONAL

En las últimas décadas se ha presentado una continua preocupación por los derechos de las víctimas de atentados a los derechos humanos, al Derecho Internacional Humanitario y de abusos sexuales. Se han creado una serie de directrices para tratar de armonizar el derecho de los procesados a un debido proceso con el derecho de las víctimas al respeto por su dignidad, al acceso a la justicia, al derecho a conocer la verdad, a la justicia, a las indemnizaciones de orden pecuniario entre otros. En las normas internacionales que protegen a las víctimas de delitos incluidos los niños, niñas y adolescentes es posible observar la siguiente evolución:

En un primer momento, que coincide con instrumentos tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se puede observar que en estos se consagran, en forma genérica, los derechos para todas las personas. Sin embargo, se deja sentir ya una preocupación por grupos tradicionalmente excluidos como las mujeres y los niños. Por esta razón contienen normas sobre protección especial, como en el caso de los niños, en los pactos y en la Convención Americana. La preocupación por este grupo ha sido cada vez mayor, a partir de la expedición de la declaración de Derechos del Niño en 1959.

Dentro de esta fase evolutiva es posible inscribir también las normas sobre Derecho Internacional Humanitario, esto es, los 4 Convenios de Ginebra de 1949 y los dos protocolos adicionales de 1977, porque en términos generales responden a estas mismas características.

En un segundo momento, aparecen en el concierto internacional una serie de instrumentos dedicados en forma específica, a consagrar derechos a favor de los grupos excluidos. Es el caso de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –1979–, de la Convención Internacional sobre Derechos de los Niños –1989–, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Para” –1994–.

Lo característico de estos instrumentos y de esta fase de evolución de las normas internacionales es que se consagran los derechos de las minorías excluidas y se condenan los actos y prácticas sociales que violan sus derechos, pero deja en manos de los Estados partes el desarrollo de mecanismos de protección. Las

fórmulas que se utilizan son del siguiente tenor: Los Estados partes se comprometen a tomar todas las medidas legales, judiciales y administrativas para hacer efectivos los derechos o para erradicar las prácticas que vulneren los derechos de esas minorías, tradicionalmente excluidas.

Es decir, los instrumentos internacionales no establecen parámetros precisos que puedan adoptar los Estados para la protección de los derechos o para erradicar las prácticas, de todo orden, que vulneran esos derechos.

Hay un tercer y último momento en esta evolución, y es el que estamos viviendo, en que la comunidad internacional se da cuenta que no es suficiente consagrar derechos y prohibir ciertas prácticas lesivas de derechos y dejar en manos de los Estados partes las medidas a tomar, sino que es fundamental establecer unos parámetros, unos derroteros, unas guías que los Estados puedan seguir. Es decir, entramos con dificultades a una fase en que la comunidad internacional se preocupa por desarrollar, en forma concreta, principios y mecanismos de protección. En esta fase es característico que los instrumentos internacionales se dediquen a problemas muy concretos y considerados de enorme relevancia, como el problema del reclutamiento forzado de los niños, las peores formas de trabajo infantil, la utilización de los niños en prostitución y pornografía, etc. Ello resulta comprensible porque sólo abordando problemas concretos es posible desarrollar mecanismos de protección, con algún grado de detalle.

Corresponden a esta fase el Conjunto de principios para la protección y promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad –1998–, el Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil –1999–, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía –2002– el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos de los Niños relativo a la participación de los niños en los conflictos armados –2002–, el Estatuto de Roma –2001–, Los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y de violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones y las directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos –2004–. Este último instrumento es importante, porque es el primero que en forma específica se dedica a los niños víctimas y testigos de delitos.

Entre los instrumentos internacionales que se refieren a los derechos de las víctimas tenemos los siguientes, presentados en orden cronológico:

a. El Derecho Internacional Humanitario²¹. Los 4 convenios tienen un artículo común, el 3 y dos protocolos adicionales: El protocolo I, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, del cual no nos ocuparemos porque Colombia no vive un conflicto de orden internacional. Y el Protocolo II, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional²².

El artículo 3, común a los cuatro convenios de Ginebra, trata de las reglas que cada una de las partes en el conflicto armado que no sea de índole internacional está obligada a aplicar.

En primer lugar el artículo mencionado se refiere a que las personas que no participen en el conflicto armado, incluidos los miembros de las fuerzas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate, por cualquier circunstancia, serán en todas las circunstancias tratadas con humanidad, sin distinción de alguna índole. Frente a ellas, se prohíbe en cualquier tiempo y lugar los atentados contra la vida e integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura, los suplicios, la toma de rehenes, los atentados contra la dignidad personal (especialmente los tratos humillantes y degradantes), las condenas y ejecuciones sin previo juicio.

De conformidad con el artículo 4 del Protocolo II, las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan dejado de participar, estén o no privadas de libertad tienen derecho a que se les respete su persona, su honor, sus convicciones, y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin distinción de carácter desfavorable. Está prohibido ordenar que no haya sobrevivientes. Frente a ellas se prohíben los siguientes comportamientos: los atentados contra la vida, la salud, la integridad física y mental, en particular el homicidio, los tratos crueles como la tortura, las mutilaciones o toda forma de pena corporal, los castigos colectivos, la toma de rehenes, los actos de terrorismo, los

21 Su aspecto central lo constituyen los 4 convenios de Ginebra, destinados a proteger a las víctimas de la guerra, aprobados por la conferencia Diplomática el 12 de agosto de 1949. Los 4 Convenios de Ginebra entraron a regir el 21 de octubre de 1950. Para Colombia entraron a regir el 8 de mayo de 1962, en virtud de la Ley 5 de 1950.

22 El Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 fue aprobado por la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho humanitario aplicable a los conflictos armados el 8 de junio de 1977. Entró en vigor el 7 de diciembre de 1978. Para Colombia entró en vigor el 15 de febrero de 1996, en virtud de la Ley 171 de 1994.

atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada, y cualquier otra forma de atentado al pudor, la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas, el pillaje, las amenazas de realizar los actos mencionados. Como se puede observar, esta norma consagra protección contra formas de abuso sexual de las personas que no participan directamente en las hostilidades, incluidos los niños (el artículo no los excluye).

Por otra parte, en el numeral 3 del mismo artículo se consagran normas especiales de protección a los niños, al establecer que se proporcionará a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten, en especial educación, medidas para que se reúnan con sus familias, medidas para trasladarlos temporalmente del lugar de las hostilidades con el consentimiento de sus padres o quienes ejercen la guarda. Los menores de 15 años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades. La protección que el artículo brinda, se seguirá aplicando aún si han participado en las hostilidades o si han sido capturados.

Por último, el artículo 13 del protocolo consagra la protección a la población civil, la cual no puede ser objeto de ataque. Igualmente se prohíben los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea atemorizarla. Entre la población civil, se encuentran los niños, niñas y adolescentes.

b. La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder²³. Esta declaración en primer lugar trae un concepto de víctima de delito que es adoptado parcialmente por el nuevo Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004. La declaración expresa que: “Se entenderá por” víctimas” las personas que individual, o colectivamente hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que prescribe el abuso de poder”.

Esta declaración es muy importante en tanto incluye un concepto de víctima independiente del proceso penal, así establece : “Podrá considerarse ‘víctima’ a una persona, con arreglo a la presente declaración, independientemente de que se identifique, aprenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima”. En cuanto a las víctimas de

23 Asamblea General de las Naciones Unidas del 29 de noviembre de 1985. Resolución 40/34.

delitos la declaración trae importantes normas sobre acceso a la justicia y trato justo, resarcimiento, indemnización, y asistencia.

Sobre la declaración quisiéramos resaltar los siguientes aspectos: 1. En primer lugar, que a pesar de los importantes avances en materia de protección de las víctimas, no consagró ninguna norma sobre niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos o de abuso de poder. Ello tal vez obedeció a que es un instrumento anterior a la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños y por tal motivo no existía todavía una clara conciencia de la protección de la niñez en la comunidad internacional. 2. En segundo lugar el concepto de víctima, que no lo limita a la persona que sufra daño directo, ni al concepto de delito. Y en tercer lugar las indemnizaciones que no las limita a lo pecuniario. En cuarto término que extiende la responsabilidad, en algunos casos, al Estado.

c. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem Do Para”²⁴. La Convención Interamericana contiene aspectos importantes para efectos del presente trabajo, en la medida que tiene que ver con los abusos sexuales, tal como se explica a continuación.

En primer lugar, desarrolla el concepto de violencia. Al respecto entiende por violencia contra la mujer, cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. Incluyen entonces la violencia física, sexual y psicológica que tenga lugar dentro de la familia, o unidad doméstica, o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer. Comprende, entre otros, la violación, el maltrato y el abuso sexual. Igualmente la violencia que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que incluya, entre otros, la violación, el abuso sexual, la tortura, la trata de personas, la prostitución forzada, el secuestro y el acoso sexual, en distintos lugares tales como: el sitio de trabajo, las instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar. También alude a la violencia perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra. Como se puede observar, dentro del concepto de violencia, que utiliza la convención, se encuentran en forma expresa cualquier tipo de abuso sexual.

24 Adoptada el 9 de junio de 1994, entrada en vigor el 5 de marzo de 1995, entrada en vigor para Colombia el 15 de diciembre de 1995, en virtud de la Ley 248 de 1995.

En segundo lugar, se deben destacar los derechos protegidos, los cuales no son otros que todos los derechos humanos y las libertades consagradas en los documentos regionales, internacionales sobre derechos humanos. Ellos se sintetizan muy bien, en el artículo 3, cuando se establece que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

En tercer lugar, deben destacarse las obligaciones que asumen los Estados partes, descritas en el artículo 7 y resumidas de el siguiente enunciado: Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia.

d. Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, presentado a la Comisión de Derechos Humanos en 1998. En este instrumento se desarrollan principios importantes en materia de protección a las víctimas de violaciones de los Derechos Humanos, como el derecho a saber, el derecho a la justicia y el derecho a obtener la reparación. Aunque este instrumento no obliga, porque no es convenio o tratado y no se ajusta a lo que se entiende por derecho internacional consuetudinario, es ilustrativo de la evolución de los derechos de las víctimas y puede servir como criterio utilizable tanto para reformas legales, como para la interpretación y aplicación del derecho a nivel nacional.

El derecho a saber entraña el derecho inalienable de los pueblos a conocer la verdad, el deber de recordar ya que el conocimiento de un pueblo de su historia es parte de su patrimonio, el derecho de las víctimas a saber y las garantías para hacer efectivo el derecho a saber. Entre estas garantías están la creación de comisiones extrajudiciales para la investigación y la conservación y consulta de los archivos. En el literal B regula el funcionamiento de las comisiones extrajudiciales de investigación y en el principio 9 se plantean unas normas sobre garantías relativas a víctimas y testigos.

En este sentido establece que habrá que tomar medidas para garantizar la seguridad y protección de las testigos y las víctimas y que solo podrán ser llamadas a declarar ante la Comisión con carácter estrictamente voluntario. Para aplicar el anonimato, se deben cumplir las siguientes condiciones: que la medida sea excepcional, salvo si se trata de víctimas de abusos sexuales; que tanto el presidente como un miembro de la comisión estén habilitados para verificar la legitimidad de la solicitud de anonimato y confidencialmente la identidad del testigo, a fin de

que pueda avalarlo ante los demás miembros de la comisión; que en el informe se mencione, en principio, el contenido del testimonio, si la comisión decidiera tomarlo en consideración.

Otra medida contemplada a favor de las víctimas, tiene que ver con la atención de los asistentes sociales y profesionales de la salud mental que estén facultados para prestar asistencia, en preferencia en su propio idioma, a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos, tanto en su declaración, como después de la misma, en especial cuando se trata de abusos sexuales. Por último dispone que el Estado deberá asumir los gastos efectuados por los testigos y las víctimas.

En cuanto al derecho a la justicia, se contempla normas para que la utilización de la reconciliación o el perdón, no generen impunidad. Al respecto, se manifiesta que no existe reconciliación justa y duradera si no se satisface efectivamente la necesidad de justicia. El perdón, es sin duda un factor importante de reconciliación, pero supone como activo privado que la víctima o sus derechos habientes conozcan al autor de las violaciones y que éste haya tenido la posibilidad de conocer los hechos y manifestar su arrepentimiento. Igualmente manifiesta que se incorporarán garantías contra las desviaciones que puedan tener lugar tal como al uso de la prescripción, la amnistía, el asilo, la denegación de extradición, la inexistencia de procesos en rebeldía, la obediencia debida, las leyes sobre arrepentidos, la competencia de tribunales militares, así como el principio de inamovilidad de los jueces, con el fin de promover la impunidad.

En cuanto al derecho a la reparación, el principio 36 establece que toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus derechos habientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho a dirigirse contra el autor. El principio 37 sobre procedimientos establece que tanto por la vía penal, civil, administrativa o disciplinaria, toda víctima debe tener la posibilidad de ejercer un recurso accesible, rápido y eficaz. En el ejercicio de este recurso, debe beneficiarse de una protección contra la intimidación y las represalias.

Las medidas de indemnización están consagradas en el principio 41, y establece que la indemnización deberá ser igual a la cantidad financiera evaluable que de todos los daños y perjuicios sufridos, en particular: los perjuicios físicos, incluidos el dolor, los sufrimientos y los traumas síquicos, la pérdida de oportunidades incluidas las relativas a la educación, los daños materiales y las pérdidas de ingresos incluido el lucro cesante, los ataques a la reputación o a la dignidad, los gastos de asistencia jurídica y peritajes.

Las medidas de rehabilitación están consagradas en el principio 42 y se refieren a la financiación de la atención médica psicológica o psiquiátrica y de los servicios sociales, jurídicos y de otra índole.

e. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional²⁵. La competencia de la Corte se limita a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, entre ellos el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra²⁶ y el crimen de agresión.

Las disposiciones del Estatuto son importantes para el objeto de nuestro trabajo por tres aspectos: En primer lugar porque en las definiciones de los delitos de competencia de la Corte se incluyen comportamientos que afectan a los niños, incluidos los abusos sexuales. En segundo lugar, porque el Estatuto consagra normas de protección a las víctimas, incluidos los niños, desde los aspectos probatorios. Y en tercer lugar porque consagra derechos de las víctimas, en cuanto a la reparación de los daños ocasionados.

En lo que concierne a la definición de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, se incluye en la definición de genocidio un comportamiento que afecta directamente a los niños y es el contemplado en el literal e del artículo 6, que establece que el traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro, con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal.

En la definición de crímenes de lesa humanidad que consagra el artículo 7 se incluye, en el literal g, la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y otros abusos sexuales de gravedad comparable, cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. De los anteriores crímenes pueden ser víctimas los niños, niñas y adolescentes.

Dentro de la definición de crímenes de guerra también hay comportamientos que afectan a los niños, niñas y adolescentes y que tienen que ver con el objeto de

25 Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Entrada en vigor, 1 de julio del 2002. Entrada en vigor para Colombia 1 de noviembre del 2002, en virtud de la ley 472 de 2002.

26 Colombia aprobó el Estatuto de la Corte Penal Internacional, con la reserva de no aplicar los crímenes de guerra en el término de 7 años.

nuestro trabajo. Así, de acuerdo con el artículo 8, la Corte conoce de los crímenes de guerra cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. Incluye en la definición de crímenes de guerra, en el numeral 2 literal b, otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales, dentro del marco del Derecho Internacional. En el aparte xxii plantea: cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, (definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7), esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave de los Convenios de Ginebra. Esta norma sólo tiene aplicación en el caso de conflictos armados de índole internacional.

Por último, es pertinente mencionar el apartado xxvi del literal e del artículo 8, que considera crimen de guerra el reclutar o alistar a niños menores de 15 años, en las fuerzas armadas nacionales, o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades.

En el caso de conflictos armados no internacionales, como es el caso que vive la sociedad colombiana, la norma pertinente es la prevista en el literal e del artículo 8 que incluye dentro de los crímenes de guerra otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, como los enunciados anteriormente.

En cuanto a la protección de las víctimas desde el punto de vista probatorio, tenemos que el Estatuto de Roma en el artículo 68, consagra la protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones. De esta manera la Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos. Con este fin, tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidas la edad, el género, así como la índole del crimen, en particular cuando este entrañe violencia sexual o por razones de género o violencia contra los niños.

Por otro lado, como excepción al principio del carácter público de las audiencias establecido en el artículo 67, las Salas de la Corte podrán, a fin de proteger a las víctimas y los testigos o a un acusado, decretar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u

27 Las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, adoptadas por la Asamblea General de los Estados parte del Estatuto de Roma, el 9 de septiembre de 2002.

otros medios especiales. En particular, se aplicarán estas medidas en el caso de una víctima de agresión sexual o de un menor de edad que sea víctima o testigo, salvo decisión en contrario adoptada por la Corte atendiendo a todas las circunstancias, especialmente la opinión de la víctima o el testigo.

Además, la Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieren afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni que sea incompatible con éstos. Se prevé una dependencia de víctimas y testigos que podrá asesorar al Fiscal y a la Corte en las medidas adecuadas de protección, los dispositivos de seguridad, el asesoramiento y la asistencia a que se hace referencia en el párrafo 6 del artículo 43.

Las reglas de procedimiento y prueba,²⁷ expedidas con base en el artículo 51 del Estatuto de Roma traen importantes normas probatorias en los casos de violencia sexual, concretamente las reglas 70 y 71, que disponen lo siguiente:

Regla 70. Principios de la prueba en casos de violencia sexual: En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará:

a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre; b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre; c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual; d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.

Regla 71. Prueba de otro comportamiento sexual: Teniendo en cuenta la definición y la naturaleza de los crímenes de la competencia de la Corte, y a reserva de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 69, la Sala no admitirá pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo.

En lo relativo a la reparación de las víctimas, el artículo 75 dispone “La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución,

la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causa habientes. Además la Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación.

f. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Presentada a la Comisión de Derechos humanos en el año 2000. Este instrumento consagra en primer lugar la obligación de respetar y hacer respetar las normas internacionales de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. En segundo lugar establece la obligación de los Estados de enjuiciar y castigar a los autores de violaciones a las normas internacionales de Derechos Humanos y del DIH que son crímenes de derecho internacional y de cooperar con los Estados y órganos judiciales internacionales competentes. En tercer término se establece que las violaciones a las normas internacionales de Derechos Humanos y del DIH, como crímenes de derecho internacional no prescribirán. En cuarto lugar se ocupa del concepto de víctima y sus derechos.

En relación con el último punto, define víctima como “a) Toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de Derechos Humanos o una violación grave del Derecho Internacional Humanitario; b) Toda persona que, al intervenir para ayudar a una víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones, sufra daños físicos, mentales o económicos; c) De conformidad con el derecho interno, una persona jurídica, el representante de una víctima, una persona a cargo o miembro de la familia inmediata o del hogar de la víctima directa. La condición de víctima de una persona no dependerá de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado”.

De la misma manera también establece que las víctimas deben ser tratadas, con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias. El Estado debe velar porque, en la medida de lo posible, su derecho interno disponga que las víctimas de violencias o traumas gocen de una consideración y atención especiales, para que los procedimientos

jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación, no den lugar a un nuevo trauma.

Establece el derecho de la víctima a interponer recursos, lo que incluye: *El acceso a la justicia*; la reparación del daño sufrido, y el acceso a información pertinente sobre las violaciones. Pero además el instrumento nos indica qué deben hacer los Estados, para lograr el acceso a la justicia, cómo deben ser las reparaciones, en cuanto a la proporcionalidad con la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Aspecto importante es que establece que cuando la violación no sea imputable al Estado, quien la haya cometido debe indemnizar a la víctima, o al Estado, si este hubiere resarcido a la víctima. Igualmente es importante destacar la obligación, que determina la creación de fondos nacionales para resarcir a las víctimas. Igualmente, incluye como formas de reparación la restitución, la indemnización, la rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

g. Declaración de la OMT sobre la prevención de Turismo Sexual Oorganizado²⁸. En este instrumento se insta a los países y a las organizaciones de turismo para adoptar las medidas necesarias para prevenir el turismo sexual en sus territorios, considerado como «viajes organizados en el sector del turismo, o al exterior del mismo, pero utilizando sus estructuras y sus redes, con el propósito principal de facilitar a los turistas la práctica de relaciones sexuales comerciales con residentes del lugar de destino».

B. DERECHOS PARTICULARES DE LOS NIÑOS VÍCTIMAS

Si bien a los niños como víctimas se les deben aplicar todos los derechos y principios vistos en el acápite anterior, también deben aplicárseles otras normas tendientes a realizar el principio de primacía de sus derechos, y en especial los que tiendan a proteger su condición especial de personas en formación.

Dentro de la normatividad nacional, específicamente en nuestro Código de Procedimiento Penal, las normas que se refieren directamente a los niños, niñas y adolescentes víctimas son escasas. Entre ellas contamos las siguientes:

a. La iniciación del proceso en forma oficiosa, a pesar de tratarse de delito querellable, de que trata el artículo 71 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

28 Adoptada por la Asamblea General de la OMT en su undécima reunión. El Cairo (Egipto), 17-22 de octubre de 1995.

b. El artículo 92, en su párrafo, cuando establece que en los procesos en que sean víctimas menores de edad o los incapaces, el Ministerio Público podrá solicitar el embargo y secuestro de bienes del imputado sin prestar caución.

c. El artículo 151, que establece en caso de declarar un menor de edad, se podrá limitar total o parcialmente el acceso del público o la prensa.

d. El artículo 250, que establece que en los casos de lesiones o de víctimas de agresiones sexuales, en cuales se requiera la práctica de reconocimientos y exámenes físicos de la víctima, deberá obtenerse el consentimiento escrito de la víctima, y, en caso de ser menor o incapaz, de su representante legal.

e. El artículo 525, que dispone que en los casos de mediación, cuando se trate de menores de edad, debe, participar su representante legal.

Así mismo en la normatividad internacional no hay un desarrollo exhaustivo de los niños víctimas, pero sí existe una gama de instrumentos que se refieren a su especial condición. Dentro de las normas internacionales específicas sobre protección de niños víctimas, tenemos:

a. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Para nuestro trabajo, son especialmente relevantes el artículo 3 numeral 2 que consagra el principio del interés superior; el artículo 12, según el cual los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniendo en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

El artículo 16, según el cual, ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

El artículo 19, que se refiere a las medidas que deben tomar los Estados partes de índole legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras se

encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

El artículo 34, que en forma concreta menciona el abuso sexual. Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a-La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales, y c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

El artículo 38, según el cual, los Estados partes se comprometen a velar por que se respeten las normas del Derecho Internacional Humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.

Por último tenemos el artículo 39, que obliga a los Estados partes a adoptar todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

b. Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil²⁹. Aunque este convenio se desarrolló dentro de los conceptos de “trabajo infantil”, es evidente que los hechos que conceptualiza como trabajo infantil (esclavitud prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes), no son formas de trabajo infantil sino, hechos en los que los niños son víctimas de delitos.

Por ello consideramos que éste más que un convenio sobre “trabajo infantil”, es un instrumento internacional de protección específica a los niños víctimas de delitos, como la prostitución, la esclavitud, el uso en tráfico de estupefacientes.

El Convenio establece que todo miembro que ratifique el Convenio deberá adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación

29 Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo del 17 de junio de 1999. Aprobada por la Ley 704 del 2001.

de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia. Empero, reiteramos no se trata de formas de trabajo sino de eliminar la comisión sistemática de ciertos delitos en que los niños son víctimas. Por ello, las medidas establecidas por el Convenio se convierten en derechos de las víctimas: a) impedir la ocupación de niños en las peores formas de trabajo infantil y en las que sean víctimas de determinados delitos; b) prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños de las peores formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social.

c. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía³⁰. Conforme a este instrumento, los Estados partes se comprometen a prohibir la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil. El protocolo define la venta de niños como todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona, o grupo de personas, a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución. La prostitución infantil la define como la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución. Por pornografía infantil entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.

El artículo 8 contempla las medidas a favor de las víctimas, al establecer que los Estados partes adoptarán medidas adecuadas para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños, víctimas de las prácticas prohibidas, por el presente Protocolo y, en particular, deberán:

a) Reconocer la vulnerabilidad de los niños víctimas y adaptar los procedimientos de forma que se reconozcan sus necesidades especiales, incluidas las de declarar como testigos.

b) Informar a los niños víctimas de sus derechos, su papel, el alcance, las fechas y la marcha de las actuaciones y la resolución de la causa.

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

30 Entrada en vigor: 18 de enero de 2002. Ratificado por Colombia.

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

e) Proteger debidamente la intimidad e identidad de los niños víctimas y adoptar medidas de conformidad con la legislación nacional, para evitar la divulgación de información que pueda conducir a la identificación de esas víctimas.

f) Velar por la seguridad de los niños víctimas, así como por la de sus familias y los testigos a su favor, frente a intimidaciones y represalias.

g) Evitar las demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de las resoluciones o decretos por los que se conceda reparación a los niños víctimas.

Por otro lado el protocolo establece a favor de los niños víctimas obligaciones para los estados, en relación con los funcionarios y procedimientos que tomen parte en el tratamiento a las víctimas. Ante todo indica que, en los procedimientos penales, se tendrá en consideración primordial el interés superior del niño indica la necesidad de formación de los funcionarios encargados del tratamiento a las víctimas. Los Estados partes adoptarán, cuando proceda, medidas para proteger la seguridad e integridad de las personas u organizaciones dedicadas a la prevención o la protección y rehabilitación de las víctimas de esos delitos.

Por último, el protocolo establece que los Estados partes tomarán las medidas necesarias para fortalecer la cooperación internacional para la prevención, investigación, enjuiciamiento y castigo de los responsables de la venta de niños, prostitución infantil, utilización de niños en la pornografía, así como para ayudar a los niños víctimas, para su recuperación física, psicológica, reintegración social y repatriación.

d. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados³¹. Este protocolo obliga a los Estados partes a adoptar todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades. Igualmente a velar porque no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años.

El artículo 4 establece que los grupos armados, distintos de las fuerzas armadas, de un Estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a

31 Entrada en vigor: 12 de febrero de 2002, Ratificado por Colombia.

menores de 18 años. A su vez, exige a los Estados partes adoptar todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y tipificar esas prácticas.

El artículo 6, numeral 3 establece que los Estados partes adoptarán todas las medidas posibles para que las personas que estén bajo su jurisdicción y hayan sido reclutadas o utilizadas en hostilidades en contradicción con el presente Protocolo sean desmovilizadas o separadas del servicio de otro modo. De ser necesario, los Estados partes prestarán a esas personas toda la asistencia conveniente para su recuperación física y psicológica y su reintegración social.

Las normas de este protocolo son importantes, porque a partir de ellas y del Convenio 182 de la OIT, la Ley 782 del 2002 definió a los niños, niñas y adolescentes vinculados al conflicto armado, como víctimas de la violencia política.

e. Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos, (Elaboradas por la Oficina Internacional de los Derechos del Niño. –21 de julio de 2004). Estas directrices constituyen el primer instrumento internacional, que en forma específica, aborda el tema de los niños víctimas y testigos de delitos. Sus objetivos son los de orientar a los profesionales y voluntarios que trabajan con niños víctimas y testigos de delitos, en sus actividades cotidianas; prestar asistencia para la revisión de leyes, procedimientos y prácticas locales y nacionales para lograr el pleno respeto de los derechos de los niños, establecidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño; prestar asistencia a los gobiernos, organizaciones internacionales, organismos públicos, ONG y organizaciones comunitarias y demás partes interesadas en la elaboración y aplicación de leyes, políticas, programas y prácticas relacionadas con niños víctimas y testigos de delitos; prestar asistencia y apoyo a quienes están dedicados al cuidado de los niños para que los traten con sensibilidad cuando han sido víctimas o testigos de delitos.

Las directrices tienen dos instrumentos internacionales como puntos de referencia claves: La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y La declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. En el literal C trata de los principios, entre los cuales se encuentran la dignidad, la no discriminación, los mejores intereses del niño, la protección, el desarrollo en un ambiente de armonía, y el derecho a la participación.

Merecen especial comentario el tratamiento de la dignidad y el derecho a la participación. En cuanto al primero, se expresa que todo niño es un ser humano

único y valioso, y como tal, se debe respetar y proteger su dignidad individual sus necesidades particulares, sus intereses y su privacidad. Este aspecto de ser humano único y valioso, es novedoso, pero además representa el intento de darle a cada niño su propia individualidad. En cuanto a la participación, se expresa que todo niño tiene derecho a expresar libremente sus criterios, opiniones y creencias sobre cualquier asunto en sus propias palabras, y a aportar su contribución, especialmente a las decisiones que afecten a su vida, incluidas aquellas que se adopten en el marco de cualquier proceso judicial, y a que esos puntos de vista sean tomados en cuenta. Este aspecto de la participación nos parece central, porque la primera condición para tratar a los niños con dignidad, es reconocerlos como personas y escucharlos, cuando expresan sus opiniones en su propio lenguaje.

Las directrices traen importantes desarrollos del derecho a un trato digno y compasivo, del derecho a la protección contra la discriminación, del derecho a estar informado, del derecho a expresar opiniones y preocupaciones y a ser escuchado, del derecho a una asistencia eficaz, del derecho a la privacidad,³² del derecho a ser protegido de todo perjuicio que pueda causar el proceso de justicia, del derecho a la seguridad, del derecho a la reparación, y del derecho a medidas preventivas especiales. Se establece que los profesionales deben recibir capacitación y educación con respecto a las directrices, de tal modo, que puedan tratar con sensibilidad y de manera eficaz a los niños víctimas y testigos. Por último se establece que la aplicación de las directrices debe vigilarse.

A manera de conclusión de esta revisión de las normas internacionales sobre protección de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, podríamos señalar que hay una significativa evolución hacia la protección de las víctimas y especial hacia los niños víctimas, situación que se vislumbra en las directrices del año 2004 y que tiende a crear mecanismos concretos de protección, que sirvan como guías a los Estados. Esta normatividad todavía no es suficiente para compensar siglos de olvido y exclusión. Pero además tendrá que ser una evolución incesante porque

32 27. La privacidad de los niños víctimas y testigos se debe proteger como asunto de fundamental importancia.

28. Toda información relativa a la participación del niño en el proceso de justicia debe ser protegida. Esto se puede lograr manteniendo la confidencialidad y restringiendo la divulgación de la información que pueda conducir a la identificación del niño que es víctima o testigo en el proceso de justicia.

29. Cuando proceda, se deben tomar medidas para excluir al público y a los medios de información de la sala de audiencia mientras el niño presta su testimonio.

siempre aparecerán nuevas formas de violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Lo importante es destacar que en el ámbito internacional esta evolución, que pretende cada vez una mayor eficacia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, está en marcha, al contrario de lo que sucede en el ámbito nacional, en donde todavía, no empieza.

III. CONCLUSIONES DE LA UNIDAD

Como se puede observar, los niños, niñas y adolescentes no fueron tenidos en cuenta como víctimas con derechos prevalentes en el nuevo Código de Procedimiento Penal. Por regla general no se distingue de las otras víctimas. Los principios propios del derecho de la infancia y adolescencia universalmente reconocidos, como el interés superior, la prevalencia de sus derechos, la protección integral, la corresponsabilidad, la orientación pedagógica, entre otros, ni siquiera son mencionados en el nuevo Código de Procedimiento Penal, Ley 906 del 2004. No debemos olvidar que tratar como iguales situaciones y personas diferentes genera discriminación.

La evolución que ha tenido lugar en el Derecho Internacional en el reconocimiento de los derechos de las víctimas y de crear y desarrollar mecanismos concretos de protección, no se reflejan en el Derecho Penal y Procesal Penal a nivel interno. Conceptos como el de víctima, que en el nivel internacional se han ampliado, el nuevo Código de Procedimiento Penal lo restringe notoriamente. Las víctimas en general, en el nuevo Proceso Penal Acusatorio no están lo suficientemente protegidas, como lo exigen las doctrinas dominantes en el Derecho Penal. E igualmente hay pocas normas sobre los derechos de los niños. Lo anterior significa que no se les tuvo en cuenta y no existe la evolución que se nota en el Derecho Internacional, en términos de su reconocimiento y protección.

PARA RECORDAR

El concepto de víctima es una construcción correlativa a la de delincuente, depende de instancias de definición y selección, y de la asunción del rol como tal.

Ante los desarrollos actuales se considera como víctima las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto. La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprenda, enjuicie o condene al autor de injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este.

Las víctimas tienen derecho a la reparación, verdad, consideración, y a obtener una pronta justicia.

Existe una consagración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como víctimas en general, pero además de estos se debe comprender que existen normas especiales para el caso de los niños víctimas. Los niños son víctimas con derechos prevalentes.

¿QUÉ HE APRENDIDO?

Con los siguientes ejercicios usted aplicará lo aprendido en esta unidad, con la posibilidad de dar sus propias discusiones a partir de las herramientas conceptuales adquiridas. Por favor no olvide llevar memoria escrita del desarrollo de su trabajo.

ANÁLISIS DE CASO

FASE DE PRESENTACIÓN DEL CASO: el planteamiento inicial es “Usted es juez de conocimiento y a su despacho llega un proceso en la que una adolescente de 17 años ha sido violada en varias ocasiones por su padre. En el proceso hubo negociaciones entre el imputado y la Fiscalía, en las cuales el procesado acepta cargos por el delito de violencia sexual. El fiscal solicita la imposición de la pena mínima con la disminución de la mitad por el acuerdo. Diga si usted como juez de conocimiento aprueba o no el acuerdo. En uno y otro evento, explique su decisión.

FASE DE ANÁLISIS: en esta fase se ubicarán los problemas principales a resolver. Así mismo se puntualizarán los postulados y elementos necesarios para su resolución.

FASE DE CONCEPTUALIZACIÓN: es la formulación de conceptos operativos o de principios concretos de acción, aplicables en el caso. Es decir, la aplicación de los conceptos que usted elija para el caso concreto

FASE DE RESOLUCIÓN: En esta se indicará expresamente la conclusión a la que se llega en el caso.

Ca

i. Complete el espacio

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, los tres derechos fundamentales de las víctimas de delitos son:

a. _____

b. _____

c. _____

Diga cuáles son las tres consecuencias que tiene el hecho de que los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, sean víctimas con derechos prevalentes

a. _____

b. _____

c. _____

ii. Escoja cuál de las siguientes afirmaciones no es cierta:

a. El nuevo Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, contempla a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos como víctimas con derechos prevalentes.

b. El nuevo Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, exige la participación de los representantes legales en el incidente de reparación integral de perjuicios, cuando las víctimas sean niños, niñas y adolescentes.

c. El nuevo Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, permite la celebración de audiencias a puerta cerrada cuando deba declarar un niño, niña o adolescentes.

d. El nuevo Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, sólo reconoce como víctima a los niños, niñas o adolescentes cuando han recibido daños directos como consecuencia de los hechos punibles.

e. El nuevo Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, exige el consentimiento escrito de los representantes legales cuando un niño, niña o adolescente deba hacérsele un reconocimiento físico en los casos de abuso sexual.

Escoja cuál de las siguientes afirmaciones no es cierta:

a. La Convención Internacional de Derechos del Niño es un tratado de derechos humanos, sólo que su objeto específico son los niños, niñas y adolescentes.

b. Los derechos consagrados en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos se predicen de los niños, niñas y adolescentes.

c. La Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el principio de corresponsabilidad de la familia, la sociedad y del Estado, respecto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

d. El Convenio 182 de la OIT considera como una de las peores formas de explotación de trabajo infantil el reclutamiento de niños para la prostitución.

e. La Convención Internacional sobre Derechos del Niño no consagra el principio del interés superior para los adolescentes.

iii. Diga si la siguiente afirmación es verdadera o falsa:

En nuestro sistema penal, el Estado puede ser condenado como responsable de los daños ocasionados a un niño, niña o adolescente que ha sido víctima de un delito de violencia sexual.

F_____ V_____

IV. GLOSARIO

Tratado: un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

Ratificación: también entendida como aceptación, aprobación o adhesión. Es el acto internacional por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado.

Reserva: declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado

Parte: un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor.

Organización Internacional: una organización intergubernamental

Protocolo: es el tratado internacional que tiene por finalidad complementar las estipulaciones de otro acuerdo, para hacerlo mas perfecto y eficaz.

Acuerdo: se emplea especialmente para instrumentos de índole técnica o administrativa, que son firmados por representantes de dependencias gubernamentales

pero sin estar sujetos a ratificación. Los Acuerdos típicos están relacionados con la cooperación económica, cultural, científica y técnica. Con frecuencia, los acuerdos también se ocupan de cuestiones financieras tales como eliminación de la doble imposición, garantías de inversión o ayuda financiera.

Convención: sinónimo del término genérico «Tratado». Convención se utiliza en general para el caso de tratados multilaterales formales que incluyen a un gran número de partes. Normalmente, las convenciones están abiertas a la participación de la totalidad de la comunidad internacional o de un gran número de Estados. Por lo general, los instrumentos negociados bajo los auspicios de una organización internacional se titulan convenciones

Canje de instrumento de ratificación, aprobación o aceptación: Se acostumbra que en el mismo lugar de la firma o en el sitio que se haya previsto en el tratado, las partes por intermedio de plenipotenciarios proceden a intercambiar los instrumentos de ratificación, aprobación o aceptación de un tratado, de lo cual se deja constancia en un acta de canje o adhesión. En los convenios multilaterales, cuando no los ha firmado el país y previa aprobación parlamentaria se deposita un instrumento de adhesión. En esencia, la ratificación es la manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por un Tratado que ha sido previamente firmado.

DECLARACIÓN: Documento en el que se consagra un acuerdo sobre normas que no es legalmente vinculante.

PROTOCOLO: Es un tratado que modifica otro tratado (por ejemplo, agregando nuevos procedimientos o provisiones sustantivas). El término podría ser utilizado para cubrir las siguientes clases de instrumentos:

a. «Protocolo de firma» Instrumento internacional subsidiario a un tratado, concertado por las mismas partes. Trata sobre asuntos complementarios o subordinados, tales como la interpretación de ciertas cláusulas del tratado, las cláusulas formales que no fueron incluidas en el tratado o la reglamentación de cuestiones técnicas.

b. «Protocolo facultativo» Instrumento que establece derechos y obligaciones adicionales en el marco de un tratado. En general, se adopta el mismo día, pero es de carácter independiente y está sujeto a una ratificación independiente.

c. «Protocolo basado en una Convención Marco» Es una elaboración más sencilla y acelerada de un tratado y se usa especialmente en el campo del derecho

ambiental internacional. Un ejemplo es el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, adoptado en 1987 en virtud de los Artículos 2 y 8 de la Convención de Viena para la Protección de la capa de ozono de 1985.

d. «Protocolo de enmienda» Instrumento que contiene disposiciones que enmiendan uno o varios tratados anteriores, tal como el Protocolo aprobado en 1946 que enmienda los acuerdos, convenciones y protocolos para limitar la fabricación y reglamentar la distribución de los estupefacientes.

V. ANEXOS

Sentencia T 453 del 2 de mayo del 2005, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda.

Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos, elaboradas por la Oficina Internacional de los Derechos del Niño. –21 de julio de 2004.

Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad, presentado a la Comisión de Derechos Humanos en 1998.

La declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder” de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 29 de noviembre de 1985.

UNIDAD 4

DELITOS DE ABUSO SEXUAL EN LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES



- Otorgar herramientas para el desarrollo del análisis dogmático de los delitos de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes.



- Lograr que el lector forme conceptos sobre el abuso sexual y su significación penal.
- Permitir que el lector analice el sistema penal en lo referente a delitos sexuales, desde una perspectiva constitucional.
- Otorgar herramientas de análisis de los diferentes tipos penales que conforman los delitos sexuales.

INTRODUCCIÓN

En el momento de aplicar los conceptos desarrollados en el análisis de las categorías penales que contemplan los delitos de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes, nos encontramos con la problemática de que el análisis de las situaciones concretas no es nada fácil. Por ejemplo, a usted, en calidad de Juez, se le pone en consideración un caso de acceso carnal abusivo, donde un joven de 13 años tiene relaciones sexuales con su niñera de 18 años. El niño argumenta que él realmente quería tener relaciones, que él se lo propuso a la señorita y que realmente él se sintió muy bien con todo lo ocurrido. (Evidentemente el denunciante es el padre del niño). ¿Cómo sería su fallo?

En la presente unidad se dará una aproximación dogmática a los diferentes tipos penales de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes, de manera que se otorguen herramientas suficientes para la solución de casos problemáticos.

ACTIVIDAD EXPLORATORIA

Con esta actividad se busca que el lector se aproxime a los diferentes enfoques y problemas que genera el tema a tratar en esta unidad.

A

- Busque en las normas internacionales y en las constitucionales, aquellas que pueden darle fundamento a la criminalización de actos sexuales con menores de 18 años a través de las redes de computador.
- Revise en las legislaciones penales de los países latinoamericanos qué tratamiento se le da a los actos sexuales con menores de 18 años utilizando las redes de computadores.
- En las normas internacionales en cuál de ellas se apoyaría usted para afirmar que los abusos sexuales contra niños, niñas y adolescentes son delitos de lesa humanidad. ¿Cuáles serían las consecuencias de considerarlos delitos de lesa humanidad?

DESARROLLO

Ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados —particularmente en el campo de los derechos fundamentales— que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Pero lo anterior no implica que la Constitución haya definido de una vez por todas el derecho penal, puesto que el Legislador, obviamente dentro de los marcos fijados por la propia Carta, tiene ante sí un espacio relativamente autónomo, caracterizado, a su turno, por unos valores, presupuestos y finalidades propios, pese a su acentuado grado de constitucionalización.

C- 609 de 1996. M.P. Dres. Morón Díaz y Martínez Caballero.

I. EL ABUSO SEXUAL

La violencia y el abuso sexual de niños, niñas y adolescentes es una condición mucho más frecuente de lo que realmente se reconoce. En el 2004, el Instituto

Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses realizó 17.912 reconocimientos medicolegales por delitos sexuales, directos e indirectos, observándose un incremento con respecto al año anterior de 3.673 casos de abuso sexual. Esto significa que se elevó un 25.8%. Además, en lo relativo a quiénes fueron las víctimas de estos abusos, se observa con preocupación que el 84.3% son menores de edad. El grupo comprendido entre niños, niñas y adolescentes entre los 0 y los 17 años registró 14.434 casos, que comparados con la cifra reportada en el 2003 (11.886 casos) se encuentra un incremento del 21.4%. En los servicios de ginecología infantil, más de la mitad de las pacientes son llevados a consulta directamente por abuso y el otro 50% se diagnostica por la actitud de los acompañantes y del propio paciente.

El abuso sexual en los niños, niñas y adolescentes puede presentarse como un episodio de agresión, ejercida por extraños o por figuras familiares protectoras que acompañan al niño. Un niño, niña o adolescente que ha sufrido violencia sexual está afectado por una experiencia traumática. Ha sentido impotencia, temor y angustia. Debido a que su sexualidad está pasando por etapas de especial vulnerabilidad pues son personas en etapa de formación y consolidación de su personalidad, y han sido violentados por medio de una agresión, pueden presentar mutismo, temor, angustia, rabia, hostilidad, vergüenza y pueden llegar a sentirse “responsables” del abuso y/o de las consecuencias que su revelación tiene para el adulto abusador y para la familia.

En algunos casos, al ser el agresor cercano o incluso miembro de la familia, el sentimiento de inseguridad es mayor. La mayoría de los niños abusados no están seguros de ser creídos por sus familiares, temen ser acusados de desleales y en muchos casos, deberán asumir las consecuencias de una denuncia, incluyendo la detención del agresor. Por tal razón no es raro que se retracten después de haber revelado el abuso, por lo cual es necesario tener presente esta posibilidad y buscar activamente signos o indicadores que confirmen o refuercen la sospecha.

Los niños y niñas abusados sexualmente suelen creer que comparten un “secreto” y expresar, incluso, sentimientos positivos hacia el agresor.

A. CONCEPTO DE ABUSO SEXUAL Y VIOLENCIA SEXUAL

El abuso sexual es toda conducta que atenta contra la sexualidad de otra persona, y todo lo que acarrea ella, según vimos en el capítulo I. Se manifiesta con conductas agresivas, temporales, o permanentes que buscan lesionar, humillar, degradar y, en general, ejecutar un acto de carácter sexual a partir de relaciones de

dominio o presión sobre una persona o personas que se encuentran o se colocan en condiciones de inferioridad. En el abuso sexual el agresor, generalmente, es conocido y aprovecha su condición de parentesco, amistad o relación laboral con la víctima.

El abuso sexual asume muchas formas físicas y psíquicas. El actor utiliza cualquier tipo de coacción para conseguir favores sexuales. Hierde físicamente durante el acto sexual, lesiona los genitales de la víctima, usando objetos o armas a nivel intravaginal, anal y oral. Le obliga a tener sexo con otras personas o a que vea a otras personas tener relaciones sexuales. Le constriñe sexualmente en cualquier lugar. Le obliga al sexo, cuando no está completamente consciente, sin consentimiento o cuando tiene miedo.

El abuso sexual de un niño, niña o adolescente se define como su participación en actividades sexuales, en un espacio no libre de dominación, sino por el contrario permeado por el poder que puede ejercer un adulto sobre él para obligarlo o llevarlo a realizar un acto sobre su sexualidad. En general el abuso sexual es la contradicción al derecho de desarrollar una sexualidad en espacios libres de dominación (ver capítulo I).

En este sentido no compartimos algunas definiciones de abuso sexual que tienen como centro la incapacidad de los niños y en las cuales se define el abuso sexual como "... la situación por la que un adulto pretende satisfacer sus deseos sexuales explotando el poder que tienen sobre el menor que aún comprendiendo o no, lo que está pasando o lo que está haciendo, se encuentra imposibilitado para dar un consentimiento válido o de oponerse a los actos practicados sobre su cuerpo". El abuso sexual si bien contiene un abuso de poder por parte del adulto, no tiene su razón de ser en la incapacidad de un "menor" para autodeterminarse. Como vimos, el concepto de niño conlleva su respeto como persona, como sujeto de derechos. Y aunque se trata de un menor con capacidad de elección, esta se ve constreñida por los actos de poder realizados sobre su sexualidad. No es que no tenga capacidad de elegir.

El concepto de abuso sexual es un concepto genérico que comprende las distintas formas de violencia sobre la sexualidad. La violencia, entendida como agresión, puede manifestarse de dos formas: física y moral.

1 RIVERA LLANO, Abelardo. La Victimología ¿Un problema criminológico? Librería Jurídica Editores, Bogotá, 1997. Pág. 280.

La violencia física es el empleo de energía física para vencer un obstáculo real o supuesto. Son los actos de fuerza material que, ejercitados sobre el cuerpo del ofendido, anulan, superan o vencen su resistencia, obligándole a realizar diversidad de actos contra su voluntad. En nuestro caso obligándole a realizar acceso carnal o realizar actos sexuales diversos al acceso.

La violencia moral, es sinónimo de coacción. Es la fuerza moral que ha actuado sobre la voluntad del sujeto y obliga a éste a resolver entre dos posibilidades, privándole de la libertad de elegir. Es el mismo constreñimiento psicológico, amenaza de daño, o intimidaciones de tal naturaleza, que por el temor que causan en el ofendido, o por evitar males mayores, le impiden resistir o lo llevan a acceder a la realización de actos sexuales que en realidad no se han querido.

La violencia moral es, por tanto, esencialmente personal por cuanto obra sobre la psiquis de la persona víctima de la agresión (sujeto pasivo). La finalidad de la violencia moral es obtener un estado psicológico de temor que debilita la libertad de elegir. La amenaza es una forma de violencia moral mediante la cual se prospecta en una persona un mal futuro cuya ejecución depende de la voluntad del agente. Es la manifestación, expresa o tácita, explícita o implícita, real o simbólica, escrita, oral o mímica, directa o indirecta, del propósito condicionado de causar daño o de determinar una situación de peligro, cuando el amenazado no consienta a la unión carnal violenta o a los actos sexuales diversos de ella.

Cuando se habla de violencia sexual, no se requiere que ésta sea grave, ni es suficiente una violencia leve; sólo se requiere una cosa: la capacidad de esa violencia para vencer, en un caso concreto, la resistencia de la víctima. Esta resistencia real o posible, mide la idoneidad de la violencia, y si el sujeto pasivo no resistió, pudiendo hacerlo, o resistió débilmente. Para que se configure la violencia necesaria, basta con que los actos intimidatorios sean iniciales; no es preciso que acompañe todo el proceso de ejecución del acto sexual.

A pesar de que los actos de coerción van dirigidos a la consumación del acto, la Corte Suprema de Justicia define el nivel de violencia que debe quedar cobijado por los tipos penales relacionados con el abuso sexual. Los que desborden la actividad como tal, son tomados como lesiones personales.

“... solamente pueden tenerse como propios del acceso carnal violento, los connaturales de la unión sexual, como el rompimiento del himen, o los desgarros menores y los inherentes a la violencia material necesaria, desde una perspectiva de observador objetivo, para sojuzgar

la voluntad de la agredida. Si los daños a la salud trascienden estos límites, ya no serán consubstanciales del ilícito de violación, sino que concurrirán como una especie delictiva autónoma²”.

“La coerción y la violencia representan la ausencia de opciones para ejercer el derecho a decidir sobre la salud sexual y reproductiva. Entendiendo como violencia sexual, toda conducta que viole los límites de la dignidad, la integridad y la libertad sexual de una persona; incluidas las conductas tipificadas como violencia sexual en razón de la edad o la situación de indefensión o posibilidad de comprensión de la conducta agresiva³”.

B. ABUSO SEXUAL PARA EL DERECHO PENAL

Retomando lo indicado en el Capítulo I, vemos que la relación del ordenamiento jurídico con la sexualidad se ha dado por la vía de penalizar aquellos comportamientos que se consideran que atentan contra el desarrollo de la sexualidad de un sujeto, en un determinado tiempo.

Actualmente el abuso sexual, es un concepto amplio que abarca, en primer lugar, todas las modalidades delictivas previstas en el Código Penal como delitos contra la libertad, la integridad y formación sexuales en su Título IV. En segundo lugar, abarca ciertos comportamientos que si bien no se encuentran sancionados como infracciones penales, afectan la formación de la identidad sexual, el libre desarrollo de la personalidad y el libre ejercicio de la sexualidad de los niños, niñas y adolescentes, tales como el turismo sexual, la trata de personas con fines sexuales, las molestias sexuales y el acoso sexual, entre otros.

En general las distintas formas de abuso sexual son verdaderas violaciones de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes y como tales han de ser tratados por parte de los funcionarios judiciales.

El Código Penal del 2000, contempla las siguientes formas de abuso sexual: El acceso carnal violento (artículo 205), el acto sexual violento (artículo 206), el acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (artículo

2 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Agosto 23 de 1976. Magistrado Ponente: Jesús Bernal. Julio 26 de 1960. Magistrado Ponente: Gustavo Rendón Gaviria.

3 Conserjería Presidencial para la Política Social, Fondo de Población de las Naciones Unidas (unfpa), “informe de sistematización. Proceso para desarrollar propuestas de atención integral a víctimas de violencia sexual” (sin publicar) página 16.

207), el acceso carnal abusivo con menor de 14 años (artículo 208), los actos sexuales con menor de 14 años, el acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir (artículo 210), la inducción a la prostitución (artículo 213), el constreñimiento a la prostitución (artículo 214), el estímulo a la prostitución de menores (artículo 217), la pornografía con menores (artículo 218), la utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores (artículo 219 A) y la omisión de denuncia (artículo 219 B).

Como en el presente capítulo no se trata de hacer un estudio detallado de cada uno de los tipos penales contemplados en el Código Penal y de cada uno de los elementos que integran dichos tipos, sino de realizar un análisis del tratamiento penal que se le da a las distintas formas de abuso sexual, desde la perspectiva de los niños, niñas y adolescentes víctimas. Hemos seleccionado algunos criterios que nos permitan determinar si la regulación penal es adecuada para proteger en debida forma a las víctimas en sus derechos prevalentes, y en caso de no serlo, buscar alguna solución a la luz de las normas internacionales y de las directrices de la Constitución Nacional. En consecuencia, planteamos los siguientes criterios: El bien jurídico protegido, las conductas sancionadas penalmente, las califican tanto de los sujetos activos como de los pasivos y las sanciones previstas. A continuación analizaremos cada uno de estos criterios frente a los distintos tipos penales.

II. ANÁLISIS DOGMÁTICO

A. BIENES JURÍDICOS CON SIGNIFICACIÓN CONSTITUCIONAL

Consideramos que el Derecho Penal se constituye a partir de la selección de valores constitucionales que deben ser protegidos en este marco. Estos valores son elevados a la categoría de bienes jurídicos que a su vez constituirán, por antonomasia, los hechos catalogados como delitos. Así, el valor de la vida es elevado a bien jurídico y determina los ilícitos que hablan de “matar”.

De esta manera la calificación de un hecho como ilícito penal depende directamente del bien de relevancia constitucional que se pretenda proteger. *“Relevancia constitucional de un bien no significa simplemente no antiteticidad del bien respecto a la Constitución, sino más bien, asunción del mismo entre valores explícita o implícitamente garantizados por la Carta Constitucional (Sic)”*⁴. De manera que, la relevancia

4 BRICOLA. Teoría del delito. (traducción informal Francisco Acuña, pág. 36).

constitucional implica que solamente los delitos surgen de valores constitucionales seleccionados por el sistema penal.

Siguiendo el concepto de Juan Bustos Ramírez, entendemos por bien jurídico una fórmula sintética de una relación jurídica que el legislador quiere proteger. El bien jurídico es el punto de enlace entre el Derecho Penal y la vida⁵. Pero el bien jurídico debe ser derivado y precisado conforme a las normas constitucionales y al llamado Bloque de Constitucionalidad. Al respecto, afirma Roxin, y esta afirmación es aplicable al derecho colombiano, que “El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante político criminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la ley fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia se puede decir: los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”⁶.

El actual Código Penal, Ley 599 del 2000 en su libro 2, título IV describe los llamados delitos sexuales, bajo el título de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Algunos autores consideran que el encabezado del título nos determina el bien jurídico. Desde esta perspectiva, los bienes jurídicos tutelados serían la libertad, la integridad y formación sexuales. Sin embargo, consideramos que las figuras de organización sistemática de un texto legal no necesariamente corresponden al concepto de bien jurídico con la significación constitucional que esbozamos anteriormente. Por lo cual, es necesario realizar un análisis que nos permita identificar cuáles son los valores constitucionales que se elevan al rango de bienes jurídicos, para los abusos sexuales en niños, niñas y adolescentes.

En primer lugar, encontramos bienes jurídicos con relevancia constitucional que son comunes a los niños, niñas y adolescentes y a los adultos, pero que preferimos nombrarlos expresamente porque, con mucha frecuencia, en la vida cotidiana, en las

5 Véase BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Bases críticas de un nuevo derecho penal”, Editorial Temis, Bogotá 1982, pág. 73.

6 ROXIN, Claus, “DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. Fundamentos de la estructura de la teoría del Delito”. Ed. Civitas páginas 55 y 56.

prácticas sociales y judiciales se desconocen para los niños a pesar de estar consagrados en las normas incluso de mayor jerarquía.

El bien jurídico de relevancia constitucional más importante para el caso de los abusos sexuales es la dignidad humana. Sin embargo, el Código Penal, no lo contempló como bien jurídico tutelado en los abusos sexuales. A la luz de la Constitución Nacional, de las normas internacionales que integran el llamado bloque de constitucionalidad y a los demás instrumentos internacionales que mencionamos en el capítulo III, resulta indiscutible que los derechos sexuales y reproductivos, son parte integrante de los derechos humanos y como tales están relacionados en forma directa con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

En la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, celebrada en el Cairo en 1994, se postuló el derecho “al desarrollo básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de los hijos e hijas, y a disponer de la información, educación, y medios para hacerlo. “El derecho a obtener niveles más elevados de salud sexual y reproductiva y a tomar las decisiones concernientes a la reproducción sin sufrir discriminación, coerción, ni violencia. Incluyen el derecho a tener control sobre la sexualidad, a decidir libre y responsablemente respecto de estas cuestiones, reconociendo la sexualidad como elemento fundante de lo humano”.

La sexualidad no solamente es parte fundamental del ser humano, sino que hace parte de lo íntimo de las personas, de su esfera privada. Por ello, el derecho a la intimidad debe hacer parte de las relaciones sociales vinculadas a la sexualidad y como tal debe hacer parte del bien jurídico tutelado. El Código Penal tampoco lo enunció como bien jurídico protegido en los abusos sexuales.

Estos errores del Código deben ser subsanados recurriendo a las normas internacionales y a los principios fundamentales de la Constitución Nacional. La libertad e integridad sexuales son bienes que también tienen relevancia constitucional, pero que además son nombrados expresamente en el Código Penal. Nos preguntamos entonces en primer lugar ¿quiénes son los titulares de la libertad sexual? La respuesta no puede ser otra que los titulares de la libertad sexual son todas las personas humanas, incluidos los niños, niñas y adolescentes.

En cuanto a los niños es preciso recordar que tal como se sustentó en el capítulo I tienen un derecho a la sexualidad, sólo que lo ejercen conforme al grado de desarrollo en que se encuentren. Por tanto, si hay un derecho a la sexualidad del

cual son titulares los niños, niñas y adolescentes, de ellos también se debe predicar la libertad en el ejercicio de esa sexualidad. Sólo que además de ejercerse, conforme a su grado de desarrollo y ejercerse de manera responsable.

Las prohibiciones que consagran los tipos penales de los artículos 208 del Código Penal, bajo el nombre de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y el 209, actos sexuales con menor de catorce años, dan a entender que los niños menores de esa edad no tienen libertad sexual. Sin embargo, esta postura es errónea, porque la sexualidad no se puede limitar al acceso carnal, ni a los actos sexuales, ya que ella comprende muchos aspectos más, como todos aquellos que tienen que ver con la formación de la identidad sexual, los cuales no pueden ser desconocidos ni coartados bajo el pretexto de las citadas normas.

Sin embargo la sanción penal a quien tenga acceso carnal u otros actos sexuales con menor de 14 años, así sea con su consentimiento, implica sin lugar a dudas una limitación en la libertad para ejercer esos comportamientos. Lo que sucede en estos casos es que se considera más importante que antes de llegar a esos actos se produzca una madurez mínima, para que puedan ser ejercidos con responsabilidad y no generen daño. Pero además, que una libertad sin un conocimiento mínimo del derecho que se pretende ejercer, no es en realidad una verdadera libertad.

La integridad sexual es protegida por todos los tipos penales consagrados en el título IV del libro segundo del Código Penal. La integridad puede ser física o psíquica. Los niños, niñas y adolescentes, víctimas de abuso sexual son los que más sufren en cuanto a su integridad sexual, puesto que se trata de personalidades en formación, en busca de una identidad sexual. La integridad física puede resultar afectada por los actos de violencia, por el acto sexual en sí mismo o por enfermedades de transmisión sexual. La integridad psíquica resulta afectada cuando se altera la identidad sexual, cuando se altera la personalidad, el equilibrio emocional, el disfrute de la sexualidad entre otros.

Hasta aquí hemos hecho referencia a los bienes jurídicos, con relevancia constitucional, relacionados con los abusos sexuales, que son comunes a los niños y a los adultos. Es necesario en segundo lugar determinar cuál es el bien jurídico, con relevancia constitucional específico para los niños, niñas y adolescentes.

Para determinar el bien jurídico con relevancia constitucional que tiene en cuenta en forma específica a los niños, niñas y adolescentes, es necesario remitirnos al artículo 44 C. N. que indica: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su

nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”.

Hasta este inciso no se encuentra razón de ser para que los derechos de los niños fueran enumerados por aparte, en tanto, desde la consideración de que los niños, niñas y adolescentes son seres humanos, ya la Constitución les habría otorgado la protección a todos los derechos enumerados, como al resto de seres humanos en el país. Lo cual no se resuelve con la noción de interés superior del niño, del inciso 3, solamente con este artículo bastaría el artículo constitucional de protección privilegiada de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Pero el artículo 44 en su inciso segundo indica “La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”. Consideramos que este inciso es el punto de partida para la protección especial de los niños.

Así, podemos decir que la Carta contiene como uno de sus valores el “*desarrollo armónico de los niños*”. Este se compone del deber que tienen el Estado, la sociedad y la familia de proteger los derechos fundamentales de los niños, con el fin de propiciar un desarrollo armónico...De este valor constitucional se deriva un bien jurídico a protegerse por el aparato penal, con derechos prevalentes y la mayor punición que ameritan los abusos sexuales en niños, niñas y adolescentes.

Algunos autores sostienen que el “*desarrollo armónico de los niños*”, se caracteriza por ser un bien jurídico funcional. Los bienes jurídicos funcionales “no son bienes jurídicos en el sentido tradicional, sino objetos de organización política, social, económica”⁷. Es decir, se trata de bienes que no protegen valores individuales, sino que existen para lograr la consecución de una finalidad política, social o económica de la organización social⁸. El “*desarrollo armónico de los niños*” sería un bien jurídico funcional en tanto existe en función de la consecución de un

7 MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones. En SÁNCHEZ SILVA (Editor), Política criminal y un nuevo derecho penal. JM Bosch, Barcelona, 1997.

8 ACUÑA VIZCAYA, Francisco. Constitución y Sistema Penal (Documentos de trabajo).

proyecto social, el Estado Social de Derecho, del cual hace parte el respeto por los niños, como sujetos de derechos.

Esta concepción hace que en el Derecho Penal ya no se protejan víctimas sino funciones⁹. En este sentido, con las normas penales que tutelan el bien jurídico del “*desarrollo armónico de los niños*” no se protegen solamente los niños como víctimas, sino la función que en la sociedad cumple su desarrollo (el mejoramiento social).

Aún estando por entero de acuerdo en que el desarrollo armónico de los niños es el bien jurídico de relevancia constitucional específico de los niños, niñas y adolescentes y que en él se desarrollan finalidades del Estado Social de Derecho, no compartimos el criterio de que sea un bien jurídico funcional. La protección de la vida y la calidad de vida es también finalidad del Estado Social de Derecho y no por ello el bien jurídico vida es un bien jurídico funcional. Como titulares del bien jurídico resultarían el Estado, la sociedad y la familia y no los niños.

Pero es sobre todo por las consecuencias que trae el hecho de considerar el desarrollo armónico de los niños como bien funcional, que no compartimos esta tesis. En este contexto, importaría antes que los derechos de los niños víctimas la protección de la función. Resulta evidente que los niños, niñas y adolescentes resultan instrumentalizados y ello es contrario a la dignidad humana. Por otra parte, sus intereses y derechos dejarían de ser prevalentes, porque primaría la función que cumplen la sociedad y el Estado.

Por último, el riesgo de considerar el desarrollo armónico de los niños como bien jurídico funcional estriba en transformar el injusto penal en mera trasgresión de la norma, aumentando los delitos de peligro abstracto.

En conclusión, el bien jurídico con significación constitucional del “*desarrollo armónico de los niños*”, es imprescindible para comprender el significado de la protección del desarrollo de la sexualidad en los niños, niñas y adolescentes en contextos libres de dominación, por medio del ordenamiento penal. Así mismo, los tipos penales en relación con los niños, niñas y adolescentes deben ser comprendidos y explicados como protectores de este bien, al lado de los otros bienes jurídicos de relevancia constitucional, como la dignidad humana, la intimidad, la libertad e integridad sexuales.

9 MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones. En SÁNCHEZ SILVA (Editor), Política criminal y un nuevo derecho penal. JM Bosch, Barcelona, 1997.

Uno de los aspectos que ha de tenerse muy en cuenta, por parte del funcionario judicial, para todos los efectos legales, es el enorme daño a los bienes jurídicos que se tutelan y que generan las distintas formas de abuso sexual. Ellos afectan en primer lugar varios de los derechos humanos básicos, empezando por la vida, la dignidad, la integridad, la salud, la libertad, la formación, la intimidad. Pero además, genera lesiones que perduran a lo largo de la vida, que son difíciles de reparar.

Por ello, la situación de las víctimas de abusos sexuales se le ha denominado, con frecuencia, condiciones de sobrevivientes¹⁰. “Los estudios psicológicos y sociológicos demuestran que el sufrimiento de la violencia sexual, independientemente del sexo o la edad en la cual se sufra, permea la individualidad, la autoimagen, el autorrespeto, y por supuesto la capacidad relacional. Esto es, la posibilidad valorativa del ser mismo, aceptable y valioso y la posibilidad valorativa de otros y otras como iguales, valiosos y legítimos en sí mismos. Esto ocurre, porque las tensiones y dispositivos emocionales movilizados en los actos sexuales abusivos y violatorios, están mediados por ejercicios de poder, dominación y sometimiento, activados en contra de una individualidad que al ser subyugada, pierde los contenidos autoreferenciales que la constituyen: la violencia sexual, se constituye en una quiebra de los más propios aspectos valorativos de la intimidad, del ser persona, del ser uno y poder entrar en relación con otros”¹¹...

Una última observación que retomaremos en el capítulo correspondiente a las propuestas, hace referencia a que si queremos darle un tratamiento, o mejor, una protección privilegiada a los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual, como sujetos con derechos prevalentes, tal como lo consideran las normas internacionales y el artículo 44 de la C. N. , es necesario que la legislación penal contemple un título especial, separado de los demás, en donde se recojan los atentados contra la vida, la integridad personal y los abusos sexuales contra los niños, niñas y adolescentes.

Así como el Código Penal consagró todo un título para los atentados contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, con ocasión del conflicto armado, así mismo debemos consagrar un título especial para la protección de los niños, niñas y adolescentes como sujetos protegidos en forma

10 LONDOÑO VÉLEZ, Argelia, “Derecho a los derechos. atención integral a los sobrevivientes de delitos sexuales” FNUAP, Editorial Visuales Dar, Bogotá, 2001, pág 7.

11 *Ibidem*.

especial y prevalece por las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ello equivaldría a elevar los respectivos bienes jurídicos a una categoría especial, con la equivalencia punitiva que le corresponde a esta categoría. Sería esta una forma de resaltar la protección especial del sujeto niño y de ir creando toda una cultura de respeto de sus derechos. Sólo de esta manera podríamos decir que realmente los niños tienen prelación.

B. CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES DE LOS DELITOS

En este capítulo analizaremos los tipos penales relacionados con el abuso sexual de los niños niñas y adolescentes. Esto implica el análisis de las circunstancias especiales que constituyen cada tipo, en especial la calificación de la víctima. Hemos querido tratar este tema en forma específica en primer lugar, porque hay que destacar que el sujeto niño es privilegiado tanto por la Constitución Nacional como por las normas internacionales de Derechos Humanos y en consecuencia tal calidad debe cualificar los comportamientos que atenten contra su vida, su integridad personal y su sexualidad.

ACCESO CARNAL VIOLENTO

Este es el tipo que más caracteriza a los delitos sexuales. Por acceso carnal se comprende 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, según la codificación penal colombiana. Manzini explica, “Con tal expresión, (conjunción carnal), se designa todo hecho en virtud del cual el órgano genital de una de las personas (sujeto activo o pasivo) es introducido en el cuerpo de la otra, por vía normal o anormal, en tal forma que haga posible el coito o un equivalente anormal de él. (...) Cuando exista la compenetración carnal de que se habla, es indiferente el punto (idóneo) del cuerpo en el cual ocurre (según o contra natura). Por esto el delito subsiste, tanto en el caso de coito vaginal, como en el coito anal u oral”. Y “Se debe tener en cuenta si la parte del cuerpo donde se actúa, hace posible una verdadera unión, equiparable si no ya en sus consecuencias, en la forma y en la finalidad inmediata del acto, a la conjunción normal. Ahora bien, el coito oral, por tal aspecto, bien puede equipararse, ya que no difiere esencialmente, al acto contra natura, como todos lo reconocen”. Referencia.

Antiguamente no se consideraba dentro del acceso carnal el “sexo oral”, así lo explica Maggiore, “se consideran órganos sexuales el pene, por una parte, y la vulva y el ano, por otra. No la boca; por esto la *fellatio in ore* (derrame seminal dentro de

la boca de otro), llamado impropriamente coito bucal, como no es sino una forma de masturbación por medio de la boca, no puede constituir violencia carnal, sino únicamente un acto “libidinoso”. Pero nuestra legislación es clara en extender la noción de acceso carnal a penetraciones con el miembro viril o con otros elementos por ano, vagina o boca.

La única circunstancia especial que define el delito en cuestión, es la violencia. Esta como vimos, puede entenderse como toda manifestación de fuerza física que coarte la libre decisión sobre la sexualidad, esto es, que impida las decisiones sobre si se han de tener relaciones o actos sexuales, con quién, cómo, cuándo, en dónde y en qué circunstancias. Igualmente incluye la llamada violencia psíquica, que se traduce en las intimidaciones y amenazas. La fuerza física debe ser de tal magnitud que pueda doblegar la resistencia del sujeto pasivo, considerando obviamente las circunstancias que se presenten en cada caso concreto.

ACTO SEXUAL VIOLENTO

Lo que caracteriza este tipo de delito, consagrado en el artículo 206, es que los actos sexuales realizados mediante violencia sean diversos al acceso carnal. Comprende entonces comportamientos tales como tocamientos, besos, dirigidos a exaltar o despertar la libido de las personas. Ello es necesario para distinguirlo de comportamientos parecidos, pero que tienen una finalidad socialmente aceptable, como pueden ser los besos o abrazos que se dan en señal de saludo, solidaridad, confraternidad. Estos son actos despojados de la sexualidad o asexuados, los cuales no invaden la esfera de lo penal. Sobre la violencia, es predicable todo lo que se dijo, en relación con el acceso carnal violento y a ella nos remitimos.

ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR

En este tipo penal, el sujeto activo coloca a la víctima en incapacidad de resistir, en estado de inconciencia o en condiciones de inferioridad psíquica, de tal forma que le impide comprender la relación sexual o dar su consentimiento para ella. En estas circunstancias, la víctima no se encuentra en condiciones de ejercer su libertad de disposición sexual y como es el sujeto activo quien la ha colocado en tal situación, el comportamiento se asimila en su gravedad a la violación y por ello la pena es similar. Cuando se realizan actos sexuales diferentes al acceso carnal, la pena es ostensiblemente menor.

ACTOS SEXUALES ABUSIVOS

Bajo la denominación común de actos sexuales abusivos se describen en el capítulo II del título IV del Código Penal tres tipos penales: el acceso carnal abusivo con menor de 14 años (artículo 208), los actos sexuales con menor de 14 años (artículo 209) y el acceso carnal o acto sexual abusivo con persona incapaz de resistir.

Las definiciones de acceso carnal y actos sexuales que se han dado para los delitos anteriores, esto es, los del capítulo II del libro 2, son los mismos. Lo que caracteriza los tipos penales consagrados en los artículos 208 y 209 del Código Penal es que el acceso carnal o los actos sexuales sean realizados sobre persona menor de 14 años, sin importar que la víctima haya expresado su consentimiento.

Se entiende por acceso carnal abusivo, acceso carnal con menor de 14 años. Tal como lo estipula el artículo 208 del Código Penal “El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años”.

En este caso la circunstancia especial que determina los tipos es la edad, (menor de 14 años). Esto en ningún caso puede entenderse como la falta de capacidad de autodeterminación de los niños y niñas, sino por el contrario solamente tiene razón de ser en la protección del bien jurídico funcional *desarrollo armónico* de los niños y niñas, que se puede ver alterado no por el contacto sexual propiamente dicho, sino por el ejercicio de una función dominante por parte de quien ejerce esa fuerza, como un adulto.

La relación de dominación de la que se pretende proteger al menor, no es la violencia, sino la obtención de un consentimiento dentro de relaciones de poder, en las cuales este no será libre. Claro está que si no ha habido consentimiento del menor de catorce años y se ha empleado violencia para llevarlo al acceso carnal, lo que se configura es el delito de acceso carnal violento. Esta norma impone a todos un deber absoluto de abstención del acceso carnal con menores de catorce años y que en forma implícita considera carnalmente inviolables, aun en el caso de que lo consientan.

Se ha dicho entonces que la ley considera que el consentimiento de una persona menor de 14 años, para el acceso carnal o para actos sexuales diversos del acceso carnal, es un consentimiento inmaduro y de alguna manera viciado. Sin embargo, este concepto que puede ser considerado como la regla, presenta ciertas dificultades,

sobre todo a raíz de algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, en donde se ha dicho que se presume de derecho, esto es, que no admite prueba en contrario, que la persona menor de catorce años se encuentra en condiciones de inferioridad. En efecto, en sentencia de diciembre 11 del 2003, la Corte suprema de Justicia expresó lo siguiente:

“La ley no exige —y en ello radica el error del demandante— que el abuso deba ser objeto de debate. En atención a la edad de la víctima, el legislador presume de derecho -lo que implica que no admite prueba en contrario- que esta se halla en circunstancias de inferioridad, en un estado de incapacidad que es aprovechado por quien siendo un adulto no encuentra resistencia alguna en su actuar. El abuso se cargaría al autor, por obrar sobre una persona menor de 14 años de edad, que no está en condiciones de asumir responsablemente el acto sexual. Nada interesaría, para estos fines, que la misma hubiera asentido el hecho, porque para tomar esas decisiones la ley la tiene como inmadura por la edad”¹².

La sentencia antes mencionada es problemática porque en derecho penal no puede haber presunciones y menos de derecho, ya que ellas son contrarias a la presunción de inocencia. Pero además se presentarían casos en los cuales el consentimiento de la víctima tiene incidencia en la solución del caso, como el de las relaciones sexuales de una persona menor de 14 años, con un hombre adulto, pero que ha contraído matrimonio con la víctima o que ha formado una unión marital de hecho, o los casos de dos adolescentes menores de 14 años que han decidido libremente formar una unión marital de hecho.

En este sentido, es oportuno recordar que la Corte Constitucional, en sentencia C-146 del 23 de marzo de 1994 expresó lo siguiente:

“Declárese exequibles, por no ser contrarios a la Constitución, los artículos 303 y 305 del Código Penal (Decreto 100 de 1980). Es entendido que no se cometen los delitos plasmados en ellos cuando el acceso carnal o los actos sexuales diversos del mismo se tengan con mujer mayor de 12 años con la cual se haya contraído previamente matrimonio o se haya conformado con anterioridad una familia por vínculos naturales, según lo previsto en el artículo 42 de la Constitución”¹³. Los artículos 303 y 305 del Código Penal de 1980 describían los tipos penales de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y el delito de corrupción,

12 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, sentencia de diciembre 11 de 2003, Magistrado Ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón, rad. 18.585.

13 Corte Constitucional, sentencia C-145, del 23 de marzo de 1994, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

que en su descripción típica corresponde a los actos sexuales con menor de 14 años en el Código Penal de 2000. Es decir, el pronunciamiento de la Corte versa sobre los mismos delitos que venimos tratando.

El artículo 209, sobre actos sexuales con menor de catorce años, fue adicionado por el artículo 33 de la Ley 679 de 2001, para introducirle un inciso 2, según el cual, “si el agente realizare cualquiera de las conductas descritas en este tipo con personas menores de 14 años por medios virtuales, utilizando redes globales de información, incurrirá en las penas correspondientes disminuidas en una tercera parte”. Este inciso sin lugar a dudas tiene su antecedente en la sentencia del 8 de marzo de 1988 de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se consideró que el hecho de obligar a una menor a desvestirse, posar desnuda y mostrarle unas fotografías de contenido impúdico constituía delito de corrupción de menores. Sobre el hecho de haberle mostrado las fotografías dijo la Corte lo siguiente: “...Desde luego que ante el avance de la técnica es posible realizar, valiéndose de medios modernos, como el video, actos sexuales, aunque el sujeto no esté físicamente practicándolos, pero que sí aparecen en las imágenes y que pueden tener el mismo significado y efecto que un acto sexual practicado en presencia del menor. Vale tanto realizarlo frente a él, que exhibírsele mediante un medio técnico que muestra la imagen en movimiento y que resulta, por tanto, equivalente a su realización personal”¹⁴.

El tipo penal de acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir, de que trata el artículo 210 de Código Penal se diferencia fundamentalmente del acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir de que trata el artículo 207 del Código Penal, en que en el primero la incapacidad para resistir es una circunstancia que preexiste a la conducta del autor y éste sólo se aprovecha de ella. Por el contrario, el segundo, el autor pone a la víctima en incapacidad de resistir.

PROXENETISMO

En el capítulo IV, del título IV del libro segundo del Código Penal, bajo el nombre genérico de proxenetismo se describen los tipos penales de inducción a la prostitución —artículo 213—, el constreñimiento a la prostitución —artículo 214—, el estímulo a la prostitución de menores —artículo 217—, la pornografía con menores —artículo 218—, la utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores —artículo 219A— y la omisión de denuncia —artículo 219B—.

14 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de marzo de 1988, Magistrado ponente Dr. Guillermo Duque Ruiz, radicación 2037.

La inducción a la prostitución contiene un elemento subjetivo, el cual consiste en el ánimo del autor de lucrarse o satisfacer los deseos de otra persona. Así por comercio carnal o prostitución se entiende la utilización de una persona en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución. Inducir significa instigar, insinuar, crear el ánimo, exhortar, mover a, en este caso, al comercio carnal o a la prostitución.

El tipo penal de constreñimiento a la prostitución contiene el mismo elemento subjetivo de la inducción, esto es, el comportamiento debe ser realizado con el ánimo de lucrarse o de satisfacer los deseos de otra persona. Constreñir significa obligar, compeler de suerte que hay un elemento de coacción, aspecto que justifica que se encuentre sancionado con pena mayor que la inducción a la prostitución.

En el artículo 217 se describe el tipo penal de estímulo a la prostitución de menores. El comportamiento consiste en destinar, arrendar, mantener, administrar o financiar casa o establecimiento para la práctica de actos sexuales en la que participen menores de edad. La descripción del comportamiento, sin embargo, no corresponde con su título. En efecto, la descripción típica hace referencia al destino de un sitio en donde los menores de edad practiquen actos sexuales. Sin embargo, lo característico de la prostitución es que las prácticas sexuales se realicen a cambio de una remuneración o de cualquier otra retribución, situación que no aparece en la descripción típica.

El artículo 218 describe el delito de pornografía con menores así: el comportamiento consiste en fotografiar, filmar, vender, comprar o exhibir o, de cualquier manera, comercializar material pornográfico en que participen menores de edad. Para entender que se entiende por material pornográfico, es menester acudir al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños y la prostitución infantil. En este instrumento internacional se define la pornografía infantil como toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales. La anterior definición de pornografía infantil es tomada literalmente por el Decreto 1542 del 2002, reglamentario del artículo 5 de la Ley 679 del 2001 y que trata de la prevención del acceso de menores de edad a información pornográfica en internet.

El artículo trae una causal de agravación de la pena, de una tercera parte a la mitad, cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima. En cuanto al concepto de familia, consideramos que su interpretación debe ser restrictiva

y por tanto sólo cobijaría a cónyuges, compañeros permanentes, padre, madre y hermanos.

El artículo 34 de la Ley 769 del 2001, adicionó el artículo 219 A del Código Penal e introdujo el delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores. El comportamiento consiste en utilizar o facilitar el correo tradicional, las redes globales de información o cualquier otro medio de comunicación para obtener contacto sexual con menores de 18 años, o para ofrecer servicios sexuales con éstos. El tipo pretende evitar el contacto sexual con menores de edad o la utilización de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores de edad.

En cuanto al correo tradicional, es cierto que no es un medio idóneo para los contactos sexuales. Lo es, en cambio, para ofrecer servicios sexuales de niños, niñas y adolescentes. Las redes globales de información son aptas para los contactos sexuales, al igual que las redes telefónicas e igualmente son aptas para ofrecer servicios sexuales de personas menores de edad.

El tipo penal no es coherente, en lo que hace a la prohibición del contacto sexual en todas las personas menores de 18 años, porque las comunicaciones sexuales, cara a cara, no se encuentran prohibidas. Es más, el sexo real, no está prohibido en las personas mayores de 14 años. Es decir, no se entiende muy bien cómo se prohíben los vínculos o contactos sexuales que se obtienen a través de los medios de comunicación, cuando esos solos vínculos o contactos no se encuentran prohibidos en las comunicaciones que tienen lugar cara a cara. Pero resulta aún más incomprensible la prohibición de los contactos sexuales a través de los medios de comunicación entre los 14 y los 18 años, cuando en estas mismas edades el sexo real es permitido.

Los tipos penales descritos en los artículos 217 del C.P., denominado estímulo a la prostitución de menores, 218, llamado pornografía con menores y 219A titulado utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores, tienen sujeto pasivo cualificado. El destino, arriendo, mantenimiento, administración o financiamiento de casa o establecimiento de que trata el artículo 217 debe hacerse para la práctica de actos sexuales en que participen menores de edad. Igualmente, el fotografiar, filmar, vender, comprar, exhibir o de cualquier manera comercializar debe referirse a material pornográfico en el que participen menores de edad. Y el empleo de los medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales o tener contacto sexual deben referirse a personas menores de edad. La

calificación del sujeto pasivo que se utiliza en ambos artículos no presenta problemas porque para nosotros, por norma constitucional, y de acuerdo a lo previsto en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, menor de edad, es quien no ha cumplido los 18 años.

El inciso 2 del artículo 219 A, contempla una cualificación del sujeto pasivo que agrava la pena hasta en la mitad y consiste en realizar el comportamiento con personas menores de 12 años.

OMISIÓN DE DENUNCIA

Por último tenemos que el artículo 35 de la Ley 679 del 2001 adicionó el artículo 219 B, para consagrar el delito de omisión de denuncia. En consecuencia establece que incurre en este delito el que por razón de su oficio, cargo, o actividad, tuviere conocimiento de la utilización de menores para la realización de cualquiera de las conductas previstas en el título IV –sobre proxenetismo– y omitiere informar a las autoridades administrativas o judiciales competentes, sobre tales hechos, teniendo la obligación jurídica de hacerlo, e incurrirá en multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si la conducta fuere realizada por servidor público, se impondrá además la pérdida del empleo.

Este tipo penal no tiene mayor sentido, puesto que este comportamiento está recogido en el artículo 441 del C. P. , adicionado por la Ley 733 del 2002, artículo 9, que lo consagra con pena mayor, puesto que prevé prisión de 2 a 5 años. Adicionalmente, la omisión de denuncia debió contemplar todas las formas de abuso sexual, esto es, las previstas en el título IV del Código Penal, en sus 4 capítulos y no solamente las previstas en el capítulo IV sobre proxenetismo.

Por último, la omisión de denuncia califica, pero en este caso no al sujeto pasivo, sino al comportamiento que se omite denunciar, el cual debe tratarse de alguna de las formas de proxenetismo descritas en el Código, cuando recaen en personas menores de edad. Este tipo penal también califica al sujeto activo, en el sentido en que debe ser persona que por su oficio, cargo o actividad tuviere conocimiento de la utilización de menores en alguno de los comportamientos de proxenetismo y tuviera la obligación legal de denunciar.

En realidad, el deber de solidaridad para con los niños, impone que cualquier persona que tenga conocimiento de los comportamientos a que se refiere el artículo 219 B debería denunciarlo y su omisión debe ser considerada infracción penal, sin

importar el cargo, oficio o actividad. En este sentido, podemos afirmar que también aquí el legislador se quedó corto, si la intención fue la de dar mayor protección a los niños, niñas y adolescentes, frente al proxenetismo

C. CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES COMUNES DEBEN TENERSE EN CUENTA EN LOS DELITOS SEXUALES

Ninguno de los 3 tipos penales consagrados en los artículos 205, 206 y 207 del Código Penal tiene sujeto activo o pasivo cualificado. Esto quiere decir que, cualquier persona puede ser tanto sujeto activo como pasivo de cualquiera de estas infracciones, en sus tipos básicos.

Sin embargo, es necesario hacer algunas precisiones. En cuanto al sujeto activo, cuando es menor de 18 años y mayor de 12 años, el juzgamiento corresponde al juez penal de menores, de conformidad con lo establecido en el Código del Menor. Si el sujeto activo es menor de 12 años es competente para conocer del caso el Defensor de Familia. El Código del Menor no precisa qué debe hacer el Defensor de Familia en estos casos: si lo juzga o simplemente le impone una medida de protección o si hace ambas cosas. Siempre hemos considerado que la facultad de los Defensores de Familia no puede ser la de juzgarlos ya que sería una norma inconstitucional, ya que esta es una potestad exclusiva de los jueces de la República y el Defensor de Familia no ostenta tal calidad. Queda entonces el aspecto de la protección, el cual no deja de ser problemático en éstos casos porque deja al niño o niña sujeto a una medida de protección sin que se haya establecido su responsabilidad.

En cuanto al sujeto pasivo, si tiene una edad por debajo de los 14 años, la circunstancia de la violencia o el poner a la víctima en incapacidad de resistir tiene como consecuencia que se excluya la aplicación de los tipos penales de abuso de que trata el capítulo II, esto es, el acceso carnal abusivo (artículo 208), los actos sexuales con menor de 14 años (artículo 209) y el acceso carnal o acto sexual con persona incapaz de resistir (artículo 210), siguiendo el principio de la consunción, según el cual, el tipo de mayor riqueza descriptiva excluye en su aplicación a los otros.

En cuanto a las circunstancias de agravación contempladas en el capítulo III, artículo 211 del C.P., tenemos que de las 6 causales contempladas, tres de ellas lo son en atención a cualidades especiales de los sujetos, esto es, las causales previstas en los numerales 2, 4 y 5. Todas ellas implican un aumento punitivo de la tercera parte a la mitad de la pena.

La causal de agravación contemplada en el numeral 2, del artículo 211 del C.P. califica al sujeto activo. En efecto, la causal nos habla de que el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza. Se trata de abuso de las relaciones de poder, por parte del sujeto activo. Se encuentran en relaciones de poder, entre otros, los padres con relación a los hijos, los maestros con sus discípulos, los patronos con sus trabajadores, los adultos en relación con las personas menores de edad, las autoridades públicas con sus subordinados y con la comunidad en general. Por el contrario, las relaciones de confianza pueden existir entre hermanos, entre compañeros de crianza, de estudio de actividades laborales, entre el confesor y su feligrés, aunque lo que normalmente sucede es que ésta relación es más de poder.

El agravante del numeral 4, tiene lugar cuando la conducta se realizare en persona menor de 12 años. Resulta indiscutible que los comportamientos de abuso sexual causan mayor daño a medida que decrece la edad de la víctima y por ello la causal de agravación se encuentra debidamente justificada. Sin embargo, no se entiende bien la razón por la cual se tomó la edad de los 12 años. Hubiera sido mucho más lógico utilizar la misma edad que el Código emplea para definir los comportamientos de abuso, esto es, los 14 años y evitar de esta manera la proliferación de edades sin un claro sustento.

La causal de agravación del numeral 5 del artículo 211 califica al sujeto activo, pero a su vez, califica también a la víctima. Se trata de los casos en que el comportamiento se realiza sobre el cónyuge, sobre persona con quien se cohabite o se haya cohabitado o sobre la persona con quien se haya procreado un hijo. Es importante que la ley haya dejado claro que los comportamientos de violencia sexual, pueden recaer sobre el cónyuge o sobre personas con quienes se tenga o haya tenido relaciones íntimas, porque en el pasado este fue un punto de discusión. Si la ley no hace expresa referencia al punto, es posible que de buena o mala fe se aleguen errores, frente al alcance de los tipos penales. Pero además, la ley tiene un efecto pedagógico importante en la creación de una cultura respetuosa de la libertad de disposición sexual de las personas.

Ni el matrimonio, ni el hecho de tener o haber tenido relaciones íntimas con una persona otorgan derechos sobre la libertad de disposición sexual de las personas. Afirmar lo contrario implicaría tratar a las personas como cosas, situación que negaría, de por sí, la dignidad inherente al ser humano.

Hoy, al contrario de lo que sucedió en el pasado, se entiende que el hecho de existir un vínculo matrimonial o de tener o haber tenido relaciones íntimas con

otra persona genera una mayor exigencia de comportamiento, un mayor respeto por la libertad de disposición sexual y la dignidad de la otra persona. Por ello, el comportamiento se agrava en presencia de tales vínculos.

Esta causal no es aplicable al acceso carnal y a los actos sexuales con menor de 14 años, cuando se trata de cónyuge y cuando se trata de la persona con quien se cohabite, siempre y cuando exista la intención de formar con ella una familia. En los demás casos la causal es aplicable y en ella se refleja la evolución que se ha tenido doctrinariamente, en el sentido de que la autonomía y la libertad sexuales pertenecen a la persona, aún medie una relación matrimonial o un vínculo familiar natural. Es más, hoy se considera que este tipo de vínculos genera, por el contrario, unos deberes y obligaciones aún mayores en relación con la libertad de disposición sexual del cónyuge o compañera permanente o de la persona con quien antes se han tenido relaciones sexuales, o con quien se ha procreado un hijo.

Otro de los problemas que con frecuencia genera la aplicación de los tipos penales, de acceso carnal y actos sexuales con menor de 14 años, son los relativos al error acerca de la edad de la víctima. El artículo 32 del C. P. consagra las causales de ausencia de responsabilidad, y entre ellas, en el numeral 8 contempla el error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. En el caso que nos ocupa, se relaciona con el error acerca de un hecho constitutivo del delito, en este caso de la edad de la víctima. El error para que se exonere de responsabilidad ha de ser invencible.

El problema que se plantea en nuestro sentir, es que todos los errores acerca de la edad de la víctima son vencibles, porque siempre es posible averiguar previamente la edad de la víctima. Sin embargo, la causal 8 contempla que en los casos en que el error sea vencible, la conducta será punible cuando la ley la hubiera previsto como culposa. Pero estos delitos de acceso carnal y actos sexuales con menor de 14 años son modalidades delictivas que sólo admiten la modalidad dolosa. Luego, la consecuencia es que en este tipo de errores, siempre vencibles, la conclusión es la absolución del autor por la existencia de una causal que excluye la responsabilidad, en este caso la culpabilidad del comportamiento.

Por esta vía se puede llegar, en forma fácil, a la impunidad de muchos de estos comportamientos. La única forma por la cual se puede evitar que muchos casos terminen en impunidad, cuando se alegan errores sobre la edad de la víctima, es siendo exigentes en la pruebas del error, ya que los adultos tienen un deber especial de

cuidado sobre los niños, que se los imponen, entre otras normas de mayor jerarquía, el artículo 44 de la C. N. y las normas internacionales que hemos reseñado en el capítulo III, en especial la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Y decimos que es la única manera, porque del Principio de Culpabilidad no se puede desconocer en ningún caso.

Un ejemplo de la Jurisprudencia nos podría ilustrar al respecto:

“Analizados los elementos probatorios consignados en precedencia, se ha de concluir que por las circunstancias ambientales de subcultura en que vivían y en que actuaron los protagonistas de los sucesos investigados, y por los hechos y circunstancias que se han evidenciado con los medios probatorios analizados, que el sentenciado incurrió en un error de tipo, en cuanto por información recibida de la madre o de la propia ofendida y por la conducta sexual que ésta desarrollaba antes, actuó con la convicción errada de que la menor tenía quince años en el momento del ayuntamiento sexual. En las condiciones anteriores se da la causal de inculpabilidad prevista en el numeral 4 del artículo 40 del Código Penal y se ha de revocar la providencia condenatoria, para en su lugar dictar sentencia de absolución a favor del procesado... Debe destacarse finalmente que los medios probatorios antes analizados, no debían tener como finalidad fundamental demostrar la edad que tenía la menor en el momento de los hechos, aunque también es un objeto de la prueba dentro de este tipo de procesos, sino que básicamente era indispensable recaudar y analizar los medios probatorios allegados que demostraran cuál era la creencia que sobre la edad aparente de la menor tenía el procesado en el momento de las relaciones sexuales...”¹⁵.

Por otro lado, tenemos que el tipo penal del artículo 210 presenta dos situaciones problemáticas. La primera, hace relación al trastorno mental de la víctima, y el segundo, a cuando el sujeto activo es una persona menor de 14 años.

En el primer caso, cuando se presenta trastorno mental en la víctima, si aplicamos la norma en forma genérica a toda persona que sufra trastorno estaremos violando los derechos de las personas con este tipo de problemas, porque les estaríamos violando el derecho a la sexualidad. Por ello, la norma sólo es aplicable en aquellos eventos en que el trastorno mental es de tal entidad, que no le permita al sujeto comprender o bien la naturaleza de la relación, o identificar la persona con quien la va a tener.

15 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de febrero 28 de 1990, Magistrado Ponente Dr. Édgar Saavedra Rojas, radicación 3925.

En el segundo caso, esto es, cuando el sujeto activo del delito es una persona menor de 14 años, en principio el menor es autor del delito descrito en el artículo 210 del C.P., pero a su vez es también víctima de acceso carnal abusivo (artículo 208) o de actos sexuales abusivos (artículo 209 C.P.). En relación con la persona que se encuentra en estado de inconciencia, de ella no se puede predicar comportamiento delictivo frente al menor de 14 años, porque en este caso, ni siquiera existe comportamiento de parte suya ya que se encuentra inconsciente. Frente a la persona que se encuentra en incapacidad de resistir, si bien de ella podría predicarse comportamiento, lo que sí resulta indiscutible es que no habría culpabilidad en su actuar. No habría delito entonces. Y en relación a la persona que padece trastorno mental, si este no le permite comprender ni la naturaleza de la relación ni la persona con quien la va a tener, se trataría de un inimputable y respondería en tal calidad. Y si su trastorno mental le permite comprender la naturaleza de la relación y la identificación de la persona con quien la va a tener, responderá penalmente de su comportamiento como sujeto imputable. El menor de 14 años responderá de estos delitos conforme a las normas que rigen la responsabilidad penal de los adolescentes, o sea conforme al Código del Menor. Si es persona menor de 12 años no podrá ser juzgado.

Por último, encontramos que el artículo 216 consagra 3 causales de agravación comunes a los delitos de inducción y constreñimiento a la prostitución. Cuando alguna de ellas se presenta, las penas se aumentan de una tercera parte a la mitad.

La primera causal de agravación se presenta cuando el comportamiento se realiza en persona menor de 14 años. La mayor facilidad con la que los niños y niñas menores de 14 años pueden ser inducidos o constreñidos y los mayores daños que se le pueden causar a las personas menores de esa edad, justifican la causal de agravación.

La segunda, cuando los comportamientos se realizan para llevar a la víctima al extranjero. La mayor indefensión a que se encuentran sometidas las personas en el exterior, en atención al desconocimiento de la cultura, leyes, procedimientos, autoridades, ausencia de nexos familiares o de amigos que le pueden prestar apoyo están sobre la base de esta causal de agravación. Por otra parte, el hecho de llevar a la víctima al exterior implica de por sí la existencia de una criminalidad organizada, que tiene nexos transnacionales y que mueve cantidades importantes de dinero.

La causal tercera se presenta cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima. La mayor solidaridad que se exige a los miembros de la familia explica

la causal de agravación del comportamiento. La norma, sin embargo, no precisa hasta qué grado de parentesco actúa la causal de agravación.

Por su parte, el agravante previsto en el numeral inciso 2 de los artículos 217 y 218, califican tanto al sujeto activo como al pasivo. En efecto, estas causales se presentan cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima. En estos artículos, el legislador tampoco precisó el concepto de familia. Como en los casos anteriores, el concepto de familia que se ha de tomar para efectos penales ha de ser restrictivo y por tanto cuando se habla de la familia sólo puede referirse a la nuclear.

III. ABUSOS SEXUALES A NIÑOS QUE NO SON PUNIBLES

En esta parte nos referimos a comportamientos que, según nuestro criterio, constituyen abusos sexuales en los niños, niñas y adolescentes, pero, sin embargo, no se encuentran definidos en la ley penal como delitos. Nos referimos a la trata de niños con fines de prostitución, al turismo sexual y al acoso sexual.

LA TRATA CON FINES DE PROSTITUCIÓN

La versión original del Código Penal, Ley 599 del 2000, contemplaba en el artículo 215 la trata de personas y la definía en los siguientes términos: “El que promueva, induzca, constriña o facilite la entrada o salida del país de una persona para que ejerza la prostitución incurrirá en prisión de 4 a 6 años y multa de setenta y cinco (75) a setecientos cincuenta salarios (750) mínimos legales mensuales vigentes”. Esta norma fue derogada por el artículo 4 de la Ley 747 de 2002. Las formas de trata que consagran los artículos 1 y 2 de la Ley 747 de 2000, integrados al Código Penal como los artículos 188 y 188 A, no corresponden al derogado artículo 215 del Código Penal.

En efecto, en cuanto al artículo 1 de la Ley 747 del 2002, artículo 188 del C. P. requiere en primer lugar que la entrada o salida del país se haga sin el cumplimiento de los requisitos legales y en segundo lugar, exige un elemento subjetivo, el ánimo de lucrarse o de obtener cualquier otro provecho, para sí o para otra persona. Estos elementos no estaban presentes en el derogado artículo 215 del C. P.

En lo que se refiere al artículo 2 de la Ley 747 del 2002, artículo 188 B, exige, en primer lugar, que la conducta se realice utilizando cualquier forma de violencia

amenaza o engaño. En segundo lugar, exige la finalidad de explotación y en tercer lugar el propósito de obtener provecho económico, o cualquier otro beneficio, para sí o para otra persona. Estos elementos no los contemplaba el derogado artículo 215 del Código Penal. Esta es una modalidad agravada de trata. Al derogar el artículo 215, se perdió la modalidad básica de la trata de personas con el fin de dedicarlas a la prostitución. Este vacío que ha quedado en la legislación penal, es problemático sobre todo para la protección de los niños, niñas y adolescentes.

EL TURISMO SEXUAL

El artículo 7 de la Ley 747 del 2002, derogó el artículo 219 del Código Penal, que definía el turismo sexual. El artículo derogado establecía lo siguiente: “El que dirija, organice o promueva actividades turísticas que incluyan la utilización sexual de menores de edad incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años. La pena se aumentará en la mitad cuando la conducta se realizare con menor de 12 años”.

Con la derogación del turismo sexual, Colombia pierde una importante herramienta para la protección de los niños, niñas y adolescentes, puesto que como se manifiesta en el preámbulo del Protocolo Facultativo de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en pornografía, los niños son especialmente vulnerables al turismo sexual, ya que fomenta directamente la venta de niños, su utilización en pornografía y su prostitución.

Pero además, Colombia está incumpliendo el citado protocolo porque los Estados partes se comprometieron a que los actos definidos en el artículo 3 numeral 1 del protocolo queden íntegramente comprendidos dentro de su legislación penal. Esto es, que queden definidos como delitos. Entre ellos se encuentran en relación con la venta de niños, ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de explotación sexual, transferencia con fines de lucro de órganos del niño, trabajo forzoso. Igualmente la oferta, posesión, adquisición o entrega del niño con fines de prostitución.

EL ACOSO SEXUAL

Este comportamiento consiste en solicitar favores o respuesta sexual de una persona que no lo desea, valiéndose de posiciones de poder, tales como las relaciones laborales, docentes, actividades profesionales, entre otras. Aunque afecta la sexualidad de los niños, niñas y adolescentes, es oportuno plantearse el problema de si es o

no conveniente elevarlo a la categoría de delito. Si seguimos los lineamientos del Derecho Penal Mínimo, del Derecho Penal como *ultima ratio*, la conclusión es que no todos los conflictos deben ir a la ley penal. Tratándose de adultos, esta posición es indiscutible. Nos queda sin embargo una duda frente a los niños, niñas y adolescentes, ya que son más vulnerables frente al acoso. Sin embargo, debemos tener en cuenta que en el fondo, los comportamientos de acoso son comportamientos previos o bien al acceso carnal violento, a los actos sexuales violentos o al acceso carnal o acto sexual abusivo, con menor de catorce años y, desde esta perspectiva, no sería sensato adelantar la protección penal.

IV. EL SISTEMA DE PENAS

La Ley 890 de 2004, artículo 14 consagró un aumento de penas en los tipos penales de la parte especial del Código Penal de una tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. La aplicación del anterior aumento punitivo debe respetar lo establecido en el artículo 2 de la citada ley. Este artículo modificó el artículo 37 del C.P. para establecer que la pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de 50 años, excepto en los casos de concurso. El artículo 15 de la Ley 890 de 2004 dispuso que el artículo 2, antes mencionado, empezaba a regir a partir del 1° de enero del 2005.

De acuerdo a los aumentos punitivos de la Ley 890 de 2004, los nuevos límites mínimos y máximos quedarían de la siguiente manera:

Delito	Mínimo	Máximo
Acceso carnal violento.	128 meses	270 meses
Acto sexual violento.	48 meses	108 meses
Acceso carnal o acto sexual violento en persona puesta en incapacidad de resistir.	128 meses	270 meses
Acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Art. 208.	64 meses.	144 meses
Acto sexual con menor de 14 años. Art. 209.	48 meses.	90 meses
Acto sexual con menor de 14 años por medios virtuales. Art. 209 inciso 2.	32 meses.	90 meses
Acceso carnal con incapaz de resistir. Art. 210 inciso 1.	64 meses.	144 meses

Delito	Mínimo	Máximo
Acto sexual con incapaz de resistir. Art.210 inciso 2.	48 meses.	90 meses
Acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Art. 208, agravado art. 211.	32 meses.	216 meses
Acto sexual con menor de 14 años. Art. 209, agravado art. 211.	64 meses.	135 meses
Acto sexual con menor de 14 años por medios virtuales. Art. 209 inciso 2, agravado art. 211.	42,66 meses	135 meses
Acceso carnal con incapaz de resistir. Art. 210 inciso 1 agravado art. 211.	85,33 meses	216 meses
Acto sexual con incapaz de resistir. Art.210 inciso 2, agravado art. 211.	64 meses	135 meses
Inducción a la prostitución. Art. 213.	32 meses	72 meses
Constreñimiento a la prostitución. Art. 214.	80 meses	162 meses
Inducción a la prostitución. Art. 213, agravado art. 216.	42,66 meses	108 meses
Constreñimiento a la prostitución. Art. 214, agravado art. 216.	106,66 meses	243 meses
Estímulo a la prostitución de menores. Art. 217 inciso 1.	96 meses	144 meses
Estímulo a la prostitución de menores. Art. 217 inciso 2.	128 meses	216 meses
Pornografía con menores art. 218 inciso 1.	96 meses	144 meses
Pornografía con menores art. 218 inciso 2.	96 meses	216 meses

Delito	Mínimo	Máximo
Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores. Art. 219 A inciso 1.	80 meses	180 meses
Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores. Art. 219 A inciso 2.	80 meses	270 meses

Los tipos penales de inducción y constreñimiento a la prostitución, estímulo a la prostitución de menores y utilización y facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores contemplan la pena de multa de 50 a 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 890 de 2004, artículo 4, esta pena debe aumentarse de una tercera parte a la mitad. De suerte que el nuevo mínimo de la pena de multa sería de 66,66 salarios mínimos legales mensuales vigentes y el nuevo máximo 750 salarios mínimos legales mensuales.

El delito de pornografía con menores contempla una pena de multa mayor ya que va de 100 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Con el aumento punitivo de la Ley 890 del 2004, artículo 14, la pena de multa sería de 130 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Es comprensible que los tipos penales del capítulo IV, denominados bajo el nombre genérico de proxenetismo tenga como sanción una pena de multa, ya que en la base de ellos se encuentra la finalidad de lucro del comportamiento. No sucede lo mismo en los delitos sexuales que están sobre la base de la violencia y el abuso, los cuales no son sancionados con pena de multa.

Del análisis de las anteriores tablas podemos concluir lo siguiente:

1. Las sanciones previstas para el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años es muy baja si se le compara con delitos como el acceso carnal violento o con la utilización de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores. El acceso carnal con menores de 14 años es un comportamiento que causa graves daños a los niños y por ello se consideró tradicionalmente como una especie de violencia presunta. Sin embargo, la pena mínima es apenas la mitad del acceso carnal violento. Y comparado con el delito de utilización o facilitación de medios de

comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores, es notoria la desproporción porque en este la pena mínima es de 80 meses de prisión al paso que en el acceso carnal abusivo con menor de 14 años la pena mínima es de tan sólo 64 meses de prisión.

2. El delito de actos sexuales con menor de catorce años, mediante medios virtuales –inciso 2 del artículo 209 C.P.– contiene una sanción privativa de libertad totalmente desproporcionada si se le compara con la prevista para la utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores –artículo 219 A. C.P.–. En efecto, la pena mínima para el primero de los delitos mencionados es de 32 meses de privación de libertad y el máximo de 90 meses, al paso que para el segundo de los comportamientos mencionados, esto es, la utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores, la pena mínima es de 80 meses y su máximo 180 meses. Desde el punto de vista punitivo es más grave ofrecer servicios sexuales de menores, utilizando los medios, que tener sexo virtual, lo cual no parece lógico.

3. Los delitos de inducción y constreñimiento a la prostitución se encuentran sancionados en forma muy benigna, si se tiene en cuenta los graves daños que ocasionan, ya que incluso generan daños de orden social.

Si se compara, por ejemplo, la inducción a la prostitución, incluso agravada, con el estímulo a la prostitución de menores, tenemos que la pena mínima del primer delito mencionado es de 42,66 meses, al paso que la pena para el segundo es de 96 meses.

Y si comparamos comportamientos similares como el acceso carnal violento y el constreñimiento a la prostitución, tenemos que la pena mínima del primero es de 128 meses, mientras que en el segundo es sólo de 80 meses.

4. Las demás infracciones penales tienen una sanción penal relativamente alta.

En resumen los problemas de los delitos sexuales no están tanto en las penas previstas por el legislador, sino en el alto índice de impunidad que presentan. Los altos índices de impunidad provienen de aspectos, tales como, las dificultades probatorias o del hecho de que los casos no se denuncian por múltiples razones: porque les da vergüenza, porque no les creen, porque no encuentran apoyo en su familia o en su círculo de amigos, porque se sienten culpables sin serlo, porque se les coarta, porque, en ocasiones, no perciben el hecho como violencia, especialmente en niños y mujeres que no tienen clara conciencia de sus derechos, o porque la respuesta de las instituciones no siempre es la mejor.

V. CONCLUSIONES DE LA UNIDAD

Los bienes jurídicos con relevancia constitucional, son la dignidad humana, la intimidad, la libertad e integridad sexual y el desarrollo armónico de los niños consagrado en el artículo 44 de la Constitución. El bien jurídico específico para los niños es el desarrollo armónico.

Las distintas formas de abuso sexual son verdaderas violaciones de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes y, como tales, han de ser tratados por parte de los funcionarios judiciales.

Un aspecto que ha de tener en cuenta el funcionario judicial es el enorme daño que causan las distintas formas de abuso sexual ya que no solamente afectan derechos humanos básicos, sino que generan lesiones que persisten, son difíciles de reparar y además afectan la capacidad de relación de los sujetos, porque en ellos median relaciones de poder.

Los delitos de acceso carnal violento y actos sexuales violentos, no ofrecen mayor dificultad para el intérprete, porque de un lado el concepto de acceso carnal se ha definido legalmente y, por otro lado, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina hay unanimidad sobre el concepto de violencia, y sus distintas formas; y así como también, del concepto de actos sexuales.

En los casos de acceso carnal y actos sexuales abusivos, no se puede hablar de presunción de Derecho, para sostener que se presume que el menor de 14 años no puede dar el consentimiento. En el derecho penal no puede haber presunciones y menos de derecho, ya que ellas son contrarias a la presunción de inocencia. Pero, además, se presentarían casos en los cuales el consentimiento de la víctima tiene incidencia en la solución del caso, como el de las relaciones sexuales de una persona menor de 14 años, con una persona adulta, pero que ha contraído matrimonio con la víctima o que ha formado una unión marital de hecho; o los casos de dos adolescentes, menores de 14 años, que han decidido libremente formar una unión marital de hecho.

La causal de agravación, contemplada en el numeral 5 del artículo 211 del C.P., cuando el hecho se realizare con el cónyuge, con quien se cohabite o haya cohabitado, o con quien se haya procreado un hijo, no es aplicable al acceso carnal y a los actos sexuales con menor de 14 años, cuando se trata de cónyuge y cuando se trata de la persona con quien se cohabite, siempre y cuando exista la intención de formar con ella una familia.

La trata de personas con fines de prostitución, el turismo sexual, el acoso sexual a personas menores de 14 años, por parte de sujetos que detentan frente a ellos posiciones de poder, son comportamientos que se encuentran por fuera de la legislación penal, pero que sin embargo son violatorios de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

A excepción de la inducción y el constreñimiento a la prostitución que tienen penas bajas si tenemos en cuenta los graves perjuicios individuales y sociales que causan, los problemas de los delitos sexuales no están tanto en las penas previstas por el legislador, sino en el alto índice de impunidad que presentan

El sujeto niño es privilegiado tanto por la Constitución Nacional como por las normas internacionales de Derechos Humanos y, en consecuencia, tal calidad debe cualificar los comportamientos que atenten contra su vida, su integridad personal y su sexualidad. Por ello, consideramos oportuno que el Código Penal constituya un título especial que abarque los atentados contra los bienes jurídicos mencionados, en forma parecida como el Código Penal le dedica un espacio especial a las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.

PARA RECORDAR

El derecho penal se constituye a partir de la selección de valores Constitucionales que deben ser protegidos por el derecho penal. Existen bienes jurídicos de relevancia constitucional, que son protegidos por el Derecho Penal en el título que trata de los abusos sexuales, que son comunes a los niños y los adultos. Estos son: la dignidad humana, la intimidad, la libertad e integridad sexuales.

Pero a su vez, la carta contiene como uno de sus valores el “**desarrollo armónico de los niños**”, este se compone del deber que tienen el Estado, la sociedad y los padres de proteger los derechos fundamentales de los niños, con el fin de propiciar un desarrollo armónico en ellos. Este es el bien jurídico de relevancia constitucional específico para los niños, niñas y adolescentes y que le da sentido a la protección especial de su sexualidad.

Para algunos autores el “**desarrollo armónico de los niños**”, ha de caracterizarse por no ser un bien jurídico común, sino por ser de tipo funcional. Los bienes jurídicos funcionales “no son bienes jurídicos en el sentido tradicional, sino objetos de organización política, social, económica”. El “**desarrollo armónico de los niños**” sería un bien jurídico funcional en tanto existe en función de la consecución

de un proyecto social, en el Estado Social de Derecho, del cual hace parte el respeto por los niños, como excluidos. A pesar de estar de acuerdo en que el desarrollo armónico de los niños hace parte de las finalidades del Estado Social de Derecho, no compartimos esta tesis, porque instrumentaliza a los niños, lo cual es contrario a la dignidad humana y se pierde la prevalencia de sus derechos.

¿QUÉ HE APRENDIDO?

Con los siguientes ejercicios usted aplicará lo aprendido en esta unidad, con la posibilidad de dar sus propias discusiones a partir de las herramientas conceptuales adquiridas. Por favor no olvide llevar memoria escrita del desarrollo de su trabajo.

ANÁLISIS DE CASO

FASE DE PRESENTACIÓN DEL CASO: el planteamiento inicial es “Dos adolescentes de 13 años, hombre y mujer intercambian comunicaciones de contenido sexual a través de una red de internet. A los pocos días realizan actos sexuales por intermedio de la red. A los 2 meses se conocen personalmente y tienen relaciones sexuales. Uno de los padres de los adolescentes se entera del caso y formula la denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación”.

FASE DE ANÁLISIS: en esta fase se ubicarán los problemas principales a resolver. Así mismo se puntualizarán los postulados y elementos necesarios para su resolución.

FASE DE CONCEPTUALIZACIÓN: es la formulación de conceptos operativos o de principios concretos de acción, aplicables en el caso. Se trata de la aplicación de los conceptos que usted elija, al caso concreto.

FASE DE RESOLUCIÓN: En esta se indicará expresamente la conclusión a la que se llega en el caso.

Diga si la siguiente afirmación es verdadera o falsa.

Ca

De acuerdo a los estándares internacionales, el acceso carnal violento es considerado como una violación de los derechos humanos de la víctima.

V_____ F_____

Diga a cuál de los siguientes tipos penales no se aplica la causal 5 de agravación del artículo 211 del C.P., cuando el comportamiento “se realizare sobre cónyuge, o sobre quien se cohabe o haya cohabitado”, o con la persona con quien se haya procreado un hijo:

1. Acceso carnal violento.
2. Acto sexual violento.
3. Acceso carnal con menor de 14 años.
4. Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir.

Diga cuál de los siguientes comportamientos no es sancionado penalmente, cuando se realiza por medios virtuales, utilizando redes globales de información:

1. Actos sexuales diversos al acceso carnal con menores de 14 años.
2. Actos sexuales en presencia de menor de 14 años.
3. Acceso carnal con menor de 14 años.
4. Inducción a prácticas sexuales en menor de 14 años.

Diga cuál de los siguientes tipos penales tiene sujeto pasivo cualificado.

1. Acceso carnal violento.
2. Acto sexual violento.
3. Inducción a la prostitución.
4. Constreñimiento a la prostitución.
5. Acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir.

Escriba las modalidades de abuso sexual que no constituyen delito en Colombia:

- 1 _____
- 2 _____
- 3 _____

VI. GLOSARIO

Bloque de constitucionalidad

Concepto desarrollado a partir de la Constitución de 1991, con la introducción de normas tales como los artículos 53, 93, 94 y 214. Sin embargo, la expresión “Bloque de Constitucionalidad” sólo aparece hasta el año de 1995, con la sentencia C-225. En esta oportunidad la Corte consideró que el Bloque de Constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que sin estar formalmente en el texto de la Constitución, son utilizados como parámetros del control constitucional de las leyes, porque han sido integrados a la Constitución por diversos medios y por mandato de la misma Carta. Son verdaderas normas constitucionales. De allí en adelante, el concepto ha continuado su evolución, aunque no ha estado exento de ambigüedades.

Abuso sexual

Concepto genérico con el cual se designan los distintos comportamientos relacionados con la sexualidad. Abarca, en primer lugar, todas las modalidades delictivas previstas en el Código Penal como delitos contra la libertad, la integridad y formación sexuales en su Título IV. En segundo lugar, abarca ciertos comportamientos que, si bien no se encuentran sancionados como infracciones penales, afectan la formación de la identidad sexual, el libre desarrollo de la personalidad y el libre ejercicio de la sexualidad de los niños, niñas y adolescentes, tales como el turismo sexual, la trata de personas con fines sexuales, las molestias sexuales y el acoso sexual, entre otros.

Proxenetismo

Término genérico que designa los comportamientos de las personas que tiende a explotar y lucrarse con la prostitución. Abarca la inducción y el constreñimiento a la prostitución, el estímulo a la prostitución de menores, la trata de personas con fines de prostitución, el turismo sexual, la pornografía con menores, la utilización o facilitación de medios de comunicación, para ofrecer servicios sexuales de menores.

Turismo sexual

Comportamiento que consiste en promover actividades turísticas que incluyen utilización sexual de menores. En este momento no es delito en Colombia, pero es un comportamiento que afecta la formación y libertad sexual de los niños, niñas y adolescentes.

Trata de personas con fines de prostitución

Comportamiento que consiste en promover la entrada o salida del país de personas para que ejerzan la prostitución. En este momento no es delito en Colombia. Las modalidades sancionadas penalmente requieren la utilización de violencia o engaño y además la finalidad de lucro. (Véase artículo 188 A. C.P.).

Acoso sexual

Comportamiento que consiste en solicitar favores o respuesta sexual de una persona que no lo desea, valiéndose de posiciones de poder, tales como las relaciones laborales, docentes, actividades profesionales, entre otras. El comportamiento no es considerado delictivo en Colombia, pero afecta la sexualidad de los niños, niñas y adolescentes.

VII. ANEXOS

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de diciembre 11 de 2003, Magistrado Ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón, rad. 18.585.

Corte Constitucional, sentencia C-145, del 23 de marzo de 1994, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de febrero 28 de 1990, Magistrado Ponente Dr. Édgar Saavedra Rojas, radicación 3.925.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de marzo de 1988, Magistrado Ponente Dr. Guillermo Duque Ruiz, radicación 2037.

UNIDAD 5

PROCESO PENAL ACUSATORIO Y DELITOS DE ABUSO SEXUAL EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES



- Analizar cada una de las etapas del proceso penal acusatorio desde la perspectiva de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual.



- Permitir que el lector analice el espacio procesal, desde la teoría escénica.
- Analizar los espacios procesales y extraprocesales en los que la víctima puede exigir sus derechos.
- Otorgar herramientas para que se establezcan los principios aplicables al momento de tratar con una víctima de abuso sexual.
- Otorgar herramientas para que el lector realice un análisis crítico del Código de Procedimiento Penal, con respecto a la inclusión de las víctimas como sujetos con derechos prevalentes.

INTRODUCCIÓN

Dentro de la implementación del Sistema Penal Acusatorio, se espera mantener una protección efectiva a las víctimas, en especial de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente. Definitivamente no es claro, el nuevo Código de Procedimiento Penal en lo relativo a la protección de los niños, niñas y adolescentes como víctimas de abuso sexual, pero en la presente unidad pretendemos acercar al lector a los principios del Sistema Penal Acusatorio y su incidencia para la protección de los niños, niñas y adolescentes.

En este sentido, si usted es Juez de Control de Garantías, y le presentan solicitud de legalización de la aplicación del principio de oportunidad, un hecho que había sido imputado como inducción a la prostitución, en tanto se encontró un

sujeto de 25 años a quien le pagaban por persuadir en bares a jóvenes de 15 años para vincularse al negocio de la prostitución. La solicitud del principio se hace bajo la causal de ser un delito cuya pena máxima no supera los 6 años y ¿legalizaría la aplicación del principio?

ACTIVIDAD EXPLORATORIA

Con esta actividad se busca que el lector se aproxime a los diferentes enfoques y problemas



- Dentro del nuevo Código de Procedimiento Penal, busque las normas que regulan la participación de las víctimas en el proceso.
- Dentro de la jurisprudencia colombiana ¿Cuáles son las principales formas de participación de las víctimas?

I. ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO

El Acto Legislativo 3 de 2002 y la Ley 906 del 2004, ponen en funcionamiento un nuevo Sistema Procesal Penal, de corte acusatorio. Se trata de un esquema procesal de partes, de un lado la Fiscalía encargada de la investigación y acusación y de otro lado el procesado y su defensor que integran la defensa, y por supuesto con intereses contradictorios. En medio de ellos, un juez neutral, que sin contaminarse debe proferir un fallo. Se trata además de un proceso oral, público, contradictorio, con todas las garantías. Igualmente se consagra un sistema probatorio diferente, en donde las pruebas se practican en el juicio, ante el juez y en donde existen mayores exigencias para su validez.

En este contexto, cambian radicalmente los aspectos procesales a tener en cuenta en los casos de niños, niñas y adolescentes víctimas de abusos sexuales, si queremos protegerlos adecuadamente y, además, evitar que un elevado número de casos termine en la impunidad.

II. EL PROCESO COMO ESCENA

Consideramos que el derecho sustantivo contiene los criterios de relevancia para la construcción de la realidad y en él se encuentran los criterios para la

producción del caso. El derecho procesal contiene las reglas de cómo se ha de reproducir un caso y cuando se ha de considerar correctamente producido¹. La fase de producción del caso tiene su propia ley y su propia rutina y constituye el objeto del derecho procesal.

En este sentido, la explicación al proceso ha recurrido a diferentes metáforas, una de ellas es la comprensión escénica del proceso, en la que se comprende como una gran obra, donde sus partícipes deben respetar rigurosamente los tiempos y movimientos que están impresos en un “libreto”. Al juez le corresponde ser el director, complementando el guión que los actores deben seguir con sus señales y particulares gestos. Esta teoría la retomamos en nuestra concepción del Proceso Penal Acusatorio.

En la teoría escénica del proceso, la comunicación es tenida como unidad básica del sistema. La comunicación no se reduce a la hablada, sino que comprende todo comportamiento relacionado entre las personas, que tiene lugar en secuencias con principio y fin que tienen relaciones entre sí, formando un todo en el tiempo.

La comprensión escénica tiene que ver con prejuicios, roles, historias vitales e incluso con la historia que ambos sujetos tienen en común. Cuando el que habla y quien escucha desatienden tales presupuestos, fracasa la comprensión de la situación. Las investigaciones han demostrado que las relaciones comunicacionales se acostumbran a las distorsiones. Las secuencias de conductas fijan, a los partícipes de la comunicación, determinadas imágenes de sí mismos y de los demás. Se constituyen así en estereotipos que distorsionan la realidad e impiden la comprensión. Cuando los participantes no se logran poner de acuerdo sobre las imágenes e interrupciones, se interrumpe la comunicación.

La comunicación, en el proceso, está dirigida y dominada unilateralmente. Es el juez el único que tiene la facultad de interpretar y concretizar los preceptos legales, y solamente él tiene el poder de definición.

El proceso tiene que ver con secuencias de comportamiento, con acciones que a su vez son reacciones a otros. Los participantes en el proceso se refieren unos a otros y todos ellos se orientan por un modelo de transcurso de sus acciones: el derecho procesal. En razón de este lugar asignado y en busca de un mejor manejo del escenario, los actores que intervienen se pueden clasificar en dos grupos: los agentes

1 HASSEMER, W. Fundamentos de Derecho Penal, Bosh, Barcelona 1987.

profesionalizados² y los agentes no profesionalizados³, entre los cuales se encuentran: el imputado, el querellante, los testigos y el público en general.

Dentro de la comprensión escénica del proceso los elementos a tener en cuenta serán, por un lado, los límites espacio-temporales que están sostenidos por marcadores físicos y simbólicos; en segundo lugar las actitudes faciales, lingüísticas y corporales, expresadas por los actores presentes y en tercer lugar, el uso reflexivo que los agentes hacen de estos fenómenos a fin de influir en el transcurso de la interacción⁴.

En este sentido, lo relevante en el análisis del procedimiento penal colombiano frente a los niños, niñas y adolescentes de delitos sexuales es establecer los escenarios procesales en los que su participación es permitida y subsiguientemente el rol que deben desarrollar.

III. PRINCIPIOS APLICABLES EN PROCESOS POR ABUSO SEXUAL

Es evidente que el proceso no solamente esta guiado por los libretos de actuación fijados en la ley, sino que también han de tenerse en cuenta los principios que informan estas normas.

En este sentido, la primera observación de orden general es que los principios aceptados nacional e internacionalmente en el derecho de la infancia y la adolescencia tienen aquí plena aplicación cuando la conducta recaiga sobre una persona menor de 18 años. Es decir, principios tales como el interés superior del niño, la prevalencia de sus derechos, la protección integral y sus desarrollos, tienen en todos los aspectos procesales plena aplicación, así el nuevo Código de Procedimiento Penal no se refiera a ellos. Lo anterior se explica porque se encuentran en la Constitución Nacional y en las normas internacionales que conforman el Bloque de Constitucionalidad y como lo indica el

2 En la escena procesal penal son: *Agentes profesionalizados: El Fiscal o Ministerio Público, El Defensor Oficial, el Abogado Querellante, el Tribunal o Juez, el Secretario, los Peritos.*

Es indispensable la presencia del juez, el defensor, el fiscal, el secretario y el imputado para que se pueda llevar a cabo el juicio o audiencia oral, los demás actores pueden estar presentes o no de acuerdo a las circunstancias especiales de cada caso.

3 SANTOS, Boaventura de Sousa. “Estado, derecho y luchas sociales”. Bogotá. ILSA, 1991.

4 GIDDENS, Anthony: “La constitución de la sociedad. Bases para la teoría de la estructuración”. Buenos Aires, Amorrortu editores, 1995, pág. 308.

mismo artículo 4 de la C.N., esta es norma de normas y en caso de incompatibilidad con las normas legales, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

IV. LÍMITES DEL ESCENARIO PROCESAL

Dentro de la regulación del espacio procesal, se establecieron unas claras limitantes para la protección efectiva de los derechos de los niños y niñas víctimas, entre las cuales se encuentran las siguientes:

a. Objeto de la jurisdicción penal ordinaria. La primera de estas limitantes la podemos vislumbrar en los artículos 29 y 30 del nuevo Código de Procedimiento Penal, Ley 906 del 2004. En el primero de ellos se define el objeto de la jurisdicción penal ordinaria como la persecución y el juzgamiento de los delitos cometidos en el territorio nacional y los cometidos en el extranjero en los casos que determinen los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia. Y el artículo 30 trae como excepciones a la jurisdicción penal ordinaria, los delitos cometidos por miembros de las fuerzas armadas en relación con el servicio, esto es, la justicia penal militar y la jurisdicción indígena. En relación con la justicia de “Menores” no fue ni siquiera nombrada. Este desconocimiento, desde las mismas normas constitucionales genera graves problemas jurídicos ya que el olvido no es gratuito, sino que proviene de una concepción cultural dominante con la cual los niños no son tenidos en cuenta.

Pero la definición del objeto es además restringida, porque se refiere sólo a la persecución y juzgamiento de los delitos, olvidando el aspecto fundamental del restablecimiento de derechos a las víctimas.

b. El tratamiento del principio de igualdad. Como segundo ejemplo de límites, en el escenario procesal encontramos el principio de igualdad, consagrado en la Ley 906 del 2004 dentro del título preliminar sobre principios rectores y garantías fundamentales, artículo 4, cuyo texto plantea:

“Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta... El sexo, la raza, la condición social la profesión, el origen nacional o familiar, la lengua, el credo religioso, la opinión política o filosófica, en ningún caso podrán ser utilizados dentro del proceso penal como elementos de discriminación”.

c. El concepto de responsabilidad individual. En tercer lugar, encontramos, como ejemplo de límites, el concepto de responsabilidad individual que maneja el Derecho Penal. Tanto la legislación civil, como la penal, de tiempo atrás, han reconocido la responsabilidad de orden patrimonial derivada de los actos delictivos. Piénsese en los artículos 2341 del Código Civil y en el artículo 94 del Código Penal. Este último en forma clara establece, que las personas declaradas penalmente responsables deben indemnizar los perjuicios materiales y morales que ha causado la infracción. Pero esta responsabilidad se limita a los autores y partícipes declarados penalmente responsables y eventualmente a los terceros civilmente responsables, de conformidad con lo establecido en el artículo 96 del Código Penal. En este último caso se refiere a quienes de acuerdo a las leyes civiles están obligados a responder por los hechos de otro, como en el caso de los padres por los hechos de los hijos menores de edad, de los maestros por los actos de sus alumnos, de los tutores por los hechos de sus pupilos y de los empresarios por el hecho de sus dependientes.

Como se puede observar, se trata de una responsabilidad de orden individual, personal. En este aspecto se pueden observar los límites del derecho penal como mecanismo protector de derechos. En efecto, la responsabilidad individual, con la cual trabaja el Derecho Penal es un límite muy grande para la efectiva e integral protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos. El derecho penal solo puede declarar responsables penalmente a individuos en concreto. Y en el caso de la responsabilidad civil podrá hacerlo con personas naturales o jurídicas.

La protección integral de los niños, niñas y adolescentes exige en cambio que cuando ellos son víctimas de delitos sean además responsables la familia, la sociedad y el Estado. Estos tres sujetos corresponsables no pueden sin embargo ser condenados en el proceso penal. Con ello se pone de presente una característica tal vez insustituible del sistema penal y es que es por excelencia un mecanismo reductor de responsabilidades. Con ello hacemos referencia a que los comportamientos humanos tanto delictivos como no delictivos se producen dentro de un contexto social, en el cual existe interacción entre individuos, grupos sociales, instituciones, colectivos, y autoridades. Entonces cuando el comportamiento es social, el Derecho Penal establece responsabilidades de orden individual. Sobre la ciencia penal pesará siempre el haber ocultado la cuota de responsabilidad social, estatal, o incluso de grupos sociales que existe siempre en todo acto delictivo.

d. La responsabilidad de orden patrimonial. En cuarto lugar, como mecanismo limitador de la reparación integral de los derechos de los niños, niñas

y adolescentes está la responsabilidad de orden patrimonial. Tradicionalmente el derecho penal limitó la responsabilidad que deducía de la conducta punible a una responsabilidad de índole patrimonial. Sin embargo, a partir de la sentencia C-228 de abril 3 de 2002, de la Corte Constitucional, magistrados ponentes doctores Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre, se ha establecido que la responsabilidad no es sólo patrimonial, sino que incluye otros derechos como el derecho a la verdad, a la justicia, a otro tipo de reparaciones como las simbólicas e incluso se tiene el derecho a la reconciliación entre la víctima y el victimario.

En este sentido, el nuevo Código de Procedimiento Penal ha traído un importante aunque tímido avance al establecer en su artículo 137 que las víctimas en desarrollo a su derecho a conocer la verdad, a la justicia y la reparación tienen derecho a intervenir en todas las fases de actuación penal de acuerdo con las reglas que consagra la misma norma y al contemplar los mecanismos de justicia restaurativa.

Sin embargo, esta concepción aún incipiente apenas empieza a abrirse paso en nuestro sistema jurídico con muchas dificultades. Piénsese por ejemplo en el proceso de negociación con los paramilitares, en donde algunos sectores han señalado que tales derechos son contrarios a la paz.

Pero además, esta nueva e importante concepción de la responsabilidad que trae la nueva legislación procesal penal es contraria a lo establecido en el Código Penal, ya que su artículo 94 limita la responsabilidad derivada del delito a la indemnización de los perjuicios materiales y morales causados con la infracción. Esta contradicción resulta problemática cuando demandemos una protección integral a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos.

Lo que tenemos claro es que una protección integral y efectiva de los niños, niñas y adolescentes va más allá de las indemnizaciones pecuniarias que ha sido lo tradicional en el sistema penal.

e. La responsabilidad tardía. La decisión sobre la responsabilidad que trae el derecho penal es una responsabilidad tardía. En términos generales ella opera sólo a partir de la ejecutoria de la sentencia, aunque existen aspectos de la restitución del derecho que se pueden presentar anticipadamente, como lo establece el artículo 92 del nuevo Código de Procedimiento Penal. Este artículo, sobre medidas patrimoniales a favor de las víctimas, establece que el fiscal, a solicitud del interesado, podrá ordenar la restitución inmediata a las víctimas de los bienes objeto del delito que hubieren sido recuperados, autorizar a las víctimas el uso y disfrute provisional de bienes objeto

del delito, que se hayan adquirido de buena fe y reconocer ayudas provisionales con cargo al fondo de compensación para las víctimas. Este último aspecto podría ser un mecanismo importante y novedoso de protección a las víctimas. Sin embargo, hay que esperar a que realmente funcione y no vaya a suceder que esta norma se quede simplemente en su eficacia simbólica en el sentido negativo de normas que se expiden para no ser cumplidas, pero que, sin embargo, transmiten una falsa imagen, un engaño, en este caso de que se hace algo a favor de la víctima.

Pero la protección integral de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se requiere una reacción inmediata que el derecho penal no está en capacidad de dar.

f. El diseño del nuevo Proceso Penal Acusatorio. Con el esquema del nuevo Proceso Penal Acusatorio, de partes, con el cual se desarrolla todo el proceso, no hay un lugar para la víctima. Tampoco el Ministerio Público. Por ello, se suprimió la parte civil dentro del proceso penal. El nuevo sistema supone que fiscalía y víctima van de la mano, al menos durante la etapa de la investigación. Pero en la práctica ello no es así. Tienen intereses distintos y, por tanto, no podemos asumir que la Fiscalía sea el legítimo representante de la víctima.

Por otro lado, el nuevo proceso penal acusatorio está diseñado para que en un alto porcentaje los casos terminen anticipadamente, sin llegar a la etapa del juicio oral. De no ser así, el sistema colapsaría. Para ello se han desarrollado instituciones como el principio de oportunidad y los acuerdos entre la Fiscalía y el imputado, que son centrales en la concepción del proceso. Pero a la víctima sólo se le reconoce como tal y se le permite estar representada por un apoderado hasta la audiencia de formulación de la acusación. Es decir, que muchos casos se van a resolver por la vía de las instituciones citadas —oportunidad y acuerdos— sin una real y verdadera actuación de la víctima. Es más, es muy probable que los acuerdos sólo se logren en detrimento de los derechos de la víctima.

El código no tuvo en cuenta que esas instituciones del principio de oportunidad y las negociaciones tienen que ser muy diferentes cuando estamos frente a víctimas de delitos con derechos prevalentes, como en el caso de los niños, niñas y adolescentes.

g. Los niños, niñas y adolescentes son personas. No deben ser considerados como inimputables. En el capítulo I veíamos como la ley define a los niños como inimputables y cuales son las consecuencias de tal definición. Es evidente que tratar a los niños como inimputables es un obstáculo grande para que

sus opiniones sean tenidas en cuenta en el proceso como sujeto único y valioso, portador de derechos prevalentes.

Con el fin de evitar que los límites antes mencionados, afecten los derechos de los niños, niñas y adolescentes es necesario promover una reforma a la legislación procesal penal, en la cual se consagre que en los procesos por delitos en donde los niños, niñas o adolescentes sean víctimas, el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior, tales como; prevalencia de sus derechos, protección integral, corresponsabilidad, criterio pedagógico y los demás derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia y en la Constitución Nacional.

Igualmente es oportuno introducir en la legislación procesal penal una serie de criterios para el desarrollo del proceso judicial en delitos que involucran a los niños, niñas y adolescentes, como víctimas con el fin de hacer efectivos los principios previstos en el párrafo anterior y para garantizar el restablecimiento de los derechos, como los siguientes:

1. Dar prioridad a las diligencias, pruebas, actuaciones y decisiones que se han de tomar.

2. Citar a los padres, representantes legales o a las personas con quienes convivan, cuando no sean éstos los agresores, para que lo asistan en la reclamación de sus derechos. Igualmente, informar de inmediato a la Defensoría de Familia, a fin de que se tomen las medidas de protección pertinentes, en los casos en que el niño, niña o adolescente víctima carezca definitiva o temporalmente de padres, representante legal, o estos sean vinculados como autores o partícipes del delito.

3. Prestar especial atención para la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de los derechos vulnerados.

4. Decretar de oficio o a petición de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, de sus padres, representantes legales, del Defensor de Familia o del Ministerio Público la práctica de las medidas cautelares autorizadas por la ley para garantizar el pago de perjuicios y las indemnizaciones a que haya lugar. En estos casos no será necesario prestar caución.

5. Tener especial cuidado, para que en los procesos que terminan por conciliación, desistimiento o indemnización integral, mediación. No se vulneren los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas del delito.

6. Abstenerse de aplicar el principio de oportunidad, las negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado y la condena de ejecución condicional cuando los

niños, niñas o adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados integralmente.

7. Poner especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en los tratados internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Nacional y en las leyes. Igualmente velar porque no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo de proceso judicial de los responsables.

8. Tener en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos en los reconocimientos médicos que deban practicárseles. Cuando no puedan expresar el consentimiento lo darán sus padres, representantes legales o, en su defecto, el Defensor de Familia.

9. Ordenar a las autoridades competentes la toma de medidas especiales para garantizar la seguridad de los niños, niñas y adolescentes víctimas y/o testigos de delitos y su familia, cuando a causa de la investigación del delito sea necesario.

10. Informar y orientar a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, a sus padres, representantes legales o personas con quienes convivan sobre la finalidad de las diligencias del proceso, el resultado de las investigaciones y la forma como pueden hacer valer sus derechos.

11. Abstenerse de decretar la detención domiciliaria, en los casos en que el sindicado es miembro del grupo familiar del niño, niña o adolescente víctima del delito.

12. En los casos en que un niño niña o adolescente deba rendir testimonio, debe estar acompañado de autoridad especializada o por un psicólogo o pedagogo, si fuere necesario.

13. En las diligencias en que deba intervenir un niño, niña o adolescente, la autoridad judicial debe asegurarse de que esté libre de presiones o intimidaciones.

14. En los procesos en que proceda el desistimiento, la autoridad judicial debe verificar que sea libre e informar sobre sus consecuencias procesales.

15. Dar la información necesaria al Defensor de Familia para efectos de la toma de las medidas de protección integral pertinentes.

16. Nombrar un apoderado de oficio, en caso de no tenerlo.

17. No tener término de caducidad para iniciar el incidente de reparación integral.

A. FASE DE INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN: PROTOCOLOS

1. LA ADMISIÓN DEL CASO

En el caso de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales es prioridad que todo el personal del servicio de urgencia, profesional, técnico, auxiliar y administrativo, que estén involucrados tengan un trato digno, respetuoso y sensible hacia ellos y una actitud neutral, sin expresión de juicios de valor o comentarios acerca de lo sucedido. Deben expresar comprensión por la magnitud y trascendencia del daño que la persona ha sufrido. Se trata, habitualmente, de una situación de crisis, en que la persona es especialmente vulnerable. Esta situación se ve agravada con el impacto de la intervención.

Los profesionales y técnicos deben desarrollar la capacidad de reconocer y decodificar la demanda de ayuda, detrás de los síntomas banales. Algunos síntomas psicosomáticos son: dolores abdominales o pelvianos, encopresis secundaria, enuresis secundaria, anorexia, bulimia, lesiones o infecciones genitales.

Las víctimas de abuso sexual presentan frecuentemente trastornos de comportamiento, tales como: fuga, tentativa de suicidio, problemas escolares, trastornos de sueño, aislamiento y conducta seductora. Así mismo, este trastorno puede generar conducta sexual no acorde a la edad, que se traduce en masturbación compulsiva, miedo “inexplicable” al embarazo, expresiones verbales o juegos sexuales inapropiados para la edad, inhibición o pudor excesivo y agresión sexual a otros niños y niñas.

2. LA ENTREVISTA

La entrevista se divide en dos partes:

A. LA VÍCTIMA

La atención debe realizarse respetando siempre el pudor de los niños, niñas y adolescentes y con la presencia del médico y de un trabajador social. Puede ser acompañado por uno de sus padres o su representante legal. Sin embargo, en caso de abuso intrafamiliar, debe considerarse que su presencia podría inhibirlo a relatar lo que le ha sucedido. Por ello, en el caso de niños, niñas y adolescentes que están emocionalmente tranquilos, podrían ser entrevistados y examinados sin ellos⁵.

5 Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Reglamento Técnico para el abordaje integral forense de la víctima en la investigación del delito sexual, versión 1 de noviembre de 2002.

Al momento de hacer las preguntas, debe tenerse en cuenta: Preguntar directamente sobre el origen de las lesiones encontradas; asegurar a los niños, niñas y adolescentes que no se tomarán decisiones sin explicarse claramente; no hacer juicios o acusaciones a los adultos involucrados; explicar la necesidad y el por qué de todo lo que se hace; y respetar su silencio, sin insistir ni exigir⁶.

Un niño o niña mayor de 3 años, con un desarrollo normal, está en condiciones de contar lo que le sucede, pero es probable que no lo haga en el servicio de urgencia, porque está asustado, porque se da cuenta de que es algo “malo” y no quiere “acusar”. Si es mayor de esa edad, también presentará algunas dificultades para narrar los hechos porque puede sentirse “responsable”. Si el examen es completo y se registra adecuadamente se evitará que el niño sea interrogado y examinado varias veces, lo que constituiría un maltrato por parte del sistema⁷.

B. EL ACOMPAÑANTE

Esta entrevista supone cumplir con los siguientes parámetros: desarrollarse con privacidad y el menor número de personas posible en la entrevista; escuchar atentamente; evitar críticas, juicios de valor o acusaciones; no se debe tratar de lograr “confesiones”; preguntar por situaciones de riesgo del niño, niña o adolescente y de su entorno familiar y social, tales como aislamiento social, institucionalización, separaciones prolongadas de la familia, abuso de drogas, alcoholismo, enfermedad mental en miembro/s de la familia; observar si los familiares manifiestan frialdad emocional o indiferencia hacia el estado de la víctima; observar si los familiares se muestran demasiado atentos, vigilantes y se resisten a separarse de los niños, niñas y adolescentes⁸.

Es importante saber que, en muchos casos, los familiares aparecen como personas corrientes, seductoras, relajadas, seguras, sin problemas socioeconómicos y a los cuales los niños, niñas y adolescentes demuestran mucho afecto.

C. EL INFORME

Dentro de los informes materiales de prueba, desarrollados durante los exámenes a niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente, se debe consignar:

6 Ibid.

7 Véase Normas y guía clínica para la atención en servicios de urgencia de personas víctimas de violencia sexual. Gobierno de Chile, Ministerio de Salud de Chile, abril de 2004, (www.scielo.cl/pdf/rchog/v70n1/art11.pdf).

8 Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Op.cit.

Nombre del médico y de la enfermera o auxiliar presente; si es la primera constatación, o la fecha y lugar de constatación anterior; quién o quiénes acompañan al niño (padres, amigos, policía); Si es posible, el relato de la agresión con las palabras del propio niño; si hubo baño, ducha o cambio de ropa después de la agresión; la apreciación clínica del nivel de desarrollo cognitivo (curso escolar, guardería o jardín infantil...) y social del niño de acuerdo a su edad; en adolescentes, determinar desarrollo puberal; observar y anotar si la ropa del niño(a) está rota o manchada, detallar; estado psicológico del niño (agitación, inhibición, vergüenza, rabia). En las niñas, los hallazgos más característicos de abuso sexual son: Excoriaciones, erosiones y hematomas en la cara interna del muslo y genitales, cicatrices, desgarros del himen, lesiones o cicatrices en la horquilla posterior, lesiones en labios mayores y menores⁹.

La presencia de una ETS puede o confirmar un abuso o fundamentar una sospecha. La confirmación del diagnóstico de gonorrea o sífilis en el niño(a) permite afirmar que se trata de abuso y, la de herpes, clamidias y condilomas permiten fundamentar una sospecha.

D. MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Pensar en la inmediata protección del niño o adolescente es una responsabilidad ineludible cuando se atiende un caso de violencia o abuso sexual. La hospitalización esta indicada, aunque los daños físicos no sean severos. Cuando las lesiones físicas o psicológicas son severas (necesidad de reparación quirúrgica, embarazo de alto riesgo, signos severos de infección, impacto emocional incontrolable en el niño o el entorno) y/o cuando existe riesgo inmediato de que el niño continúe siendo abusado porque vive con o depende del abusador. La indicación de hospitalización debe consignar claramente el abuso y este debe ser informado, a la mayor brevedad, a la asistente social o equipo de salud mental, el que puede hacerse cargo de hacer la denuncia con mayor información. En estos casos, si el familiar o acompañante rechaza la hospitalización, puede hacerse una denuncia en el propio servicio de urgencia, con el propósito de retener al niño en el hospital, para lo cual es necesario que esté presente un representante de la autoridad, el establecimiento, para recibirlo.

En situaciones de abuso intrafamiliar crónico en que el niño solicita que no se revele el abuso o se siente incapaz de enfrentar la situación, la denuncia puede ser

9 Véase Reglamento Técnico para el abordaje integral forense de la víctima en la investigación del delito sexual. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, versión 1 de noviembre de 2002.

postergada y reservada a un equipo profesional con mayores competencias en salud mental. En estos casos, debe insistirse en que el niño sea llevado para ser atendido por un equipo de salud mental o asistente social. Debe entregarse una citación urgente y comunicarse a la asistente social para que realice una visita domiciliaria.

Dentro de las medidas de protección inmediatas, se deben ordenar los exámenes y tratamientos para la prevención de enfermedades venéreas incluido el VIH/SIDA. Así como las medidas pertinentes para anticoncepción de emergencia¹⁰.

E. DENUNCIA

La noticia criminal se define, de acuerdo con el Manual Operativo del Sistema Acusatorio de la Fiscalía General de la Nación como “el conocimiento o la información obtenidas por la Policía Judicial o la Fiscalía, en relación con la comisión de una o varias conductas que revisten las características de un delito”¹¹. Es la forma a través de la cual llega a conocimiento de las autoridades, la ocurrencia de un hecho punible. La noticia criminal puede provenir de una denuncia, querrela, petición especial del Procurador General de la Nación o de un informe de la Policía Judicial.

Además de la información de un hecho criminoso, en el caso de niños y niñas en el momento de la denuncia se deben tener presentes sus derechos prevalentes. En este sentido se debería contar con personal especializado para recepcionarla, de manera que se garantice que el menor será escuchado y le serán respetados sus derechos.

F. LAS SITUACIONES DE FLAGRANCIA

Es cierto, que el nuevo Código de Procedimiento Penal ordena en su artículo 206 que la Policía Judicial debe dar protección a las víctimas, pero no establece la prioridad que requiere la víctima menor de edad. Ella se deduce de la norma constitucional citada y las disposiciones internacionales que forman el bloque de constitucionalidad, que son normas de mayor jerarquía y priman sobre las demás normas del ordenamiento jurídico, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la C. N.

10 Véase Departamento Administrativo de Bienestar Social. Protocolo de atención para la adecuada recepción de las denuncias de los delitos sexuales. Consejo Distrital para la atención integral a niños y niñas víctimas de abuso y explotación sexual.

11 Manual Operativo del Sistema Penal Acusatorio, Sección Primera, acápite 1.1.

Entonces, consideramos que si bien el artículo 205 faculta a la policía judicial para recibir la denuncia y para realizar los actos urgentes, tales como inspección de cadáver, aseguramiento de la escena, etc., en caso de delitos sexuales a niños y niñas se debe tener en cuenta que el acto más urgente es asistir a la víctima, porque se trata de una víctima con derechos prevalentes, de conformidad con lo establecido en los artículos 44 de la C. N. y artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

3. ROL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO

Para abordar los aspectos procesales de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, tomaremos los momentos procesales más importantes y a partir de ellos trataremos de señalar cuál debe ser el tratamiento que se le da al caso para tutelar los derechos de las víctimas con derechos prevalentes. En estos escenarios interesa determinar el rol que cumple el niño víctima.

A. ROL DE LA VÍCTIMA EN AUDIENCIAS PRELIMINARES

Recordemos que el término audiencia preliminar se le asigna a toda audiencia previa al juicio oral, esté o no esté estipulada específicamente en el Código de Procedimiento Penal colombiano. Ellas tienen por finalidad tomar todas las medidas, anteriores al juicio, para posibilitarlo o desistir de él.

Las audiencias preliminares se realizan ante el juez de control de garantías, que es un juez constitucional especial, y en estas ante todo se pretende legalizar las actuaciones adelantadas por la fiscalía en la instrucción e indagación del ilícito, así como los posibles acuerdos, preacuerdos o aplicación del principio de oportunidad.

En cuanto a la posibilidad de acudir ante el juez de control de garantías, en la investigación la víctima no lo puede hacer por sí misma, sino que debe hacerlo por intermedio del fiscal. Y lo puede hacer para proteger su seguridad e intimidad, solicitando las medidas indispensables para su atención y protección. En este punto es claro que la garantía de los derechos de la víctima depende en esta etapa de su relación con la Fiscalía, lo que conlleva que la víctima se encuentre en una situación de dependencia. No se tiene aquí en cuenta que no siempre los intereses de la víctima y los de la Fiscalía coinciden.

En cuanto a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, resulta claro que la posibilidad de acudir al Juez de Garantías por intermedio del Fiscal, sólo para

efectos de solicitar las medidas de atención y protección, para tutelar su seguridad y su intimidad, resulta absolutamente insuficiente si se trata de proteger integralmente sus derechos. Lo anterior resulta aún más cierto, si se reduce el concepto de seguridad a la protección física de la persona.

Audiencias preliminares de legalización de la captura, imputación y solicitud de medida de aseguramiento.

Dentro de estas audiencias, la víctima no tiene participación. La primera de ellas hace parte de un requisito en garantías de los derechos del capturado fundamentalmente y no de las víctimas. Sin embargo, eventualmente la víctima puede ser llevada por el Fiscal para la audiencia de la legalización de la captura y para la solicitud de medida de aseguramiento. En el caso de los niños abusados sexualmente la comparecencia a estas audiencias, no es lo más indicado.

Audiencia preliminar de legalización de la captura

Cuando la captura la realice un particular o una autoridad, se requiere que se cumplan una serie de requisitos ante el Juez de Garantías en la audiencia de control de legalidad de la captura. La consecuencia de omitir estos requisitos es que la captura se considere ilegal y la persona sea liberada. Si la captura la realizó un particular, ante el juez de garantías se ha de demostrar lo siguiente: que se estaba en uno cualquiera de los tres casos de flagrancia contemplados en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004;¹² que quien hizo la captura lo conduzca en el término de la distancia ante una autoridad de policía; que la autoridad de policía identifique al capturado; que la autoridad de policía ponga de presente al capturado los derechos que el artículo 303 del Código de Procedimiento Penal consagra en su favor; que la autoridad de policía haya recibido un informe detallado de las circunstancias en que se produjo la captura; que la autoridad de policía ponga a disposición de la Fiscalía al capturado en el término de la distancia con un informe detallado; que la fiscalía haya liberado al capturado, en caso de delitos que no admitan detención preventiva, lo cual no procederá sino en casos de inducción a la prostitución en los eventos de abusos sexuales considerados como delictivos; que la Fiscalía libere al capturado en

12 El artículo 301 de la Ley 906 de 2004, trae 3 situaciones en las cuales se entiende que existe flagrancia: a) Cuando la persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito. b) Cuando la persona es sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho. c) La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él.

caso de que considere que se trata de una captura ilegal; que la Fiscalía haya puesto al capturado inmediatamente a disposición del juez de garantías o dentro de las 36 horas siguientes; que la Fiscalía presente a la audiencia de control de garantías a la persona que realizó la captura. El Juez de Garantías puede interrogar a la persona que realizó la captura y al policía que recibió los informes. La defensa podrá contra interrogar sobre estos aspectos y exigir que se le muestre el informe detallado.

Audiencia Preliminar de Formulación de la imputación

El fiscal formulará la imputación, cuando a partir de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, permita inferir, razonablemente, que el indiciado es autor o partícipe del delito que se investiga.

De conformidad con lo establecido en el artículo 288 de la Ley 906 de 2004, para formular la imputación el fiscal debe individualizar al capturado, con sus nombres, documento de identidad, u otros datos que lo identifiquen, además de informar sobre su domicilio para efecto de las citaciones. Además debe hacer una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, sin que ello implique el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física, o información recolectada. Debe además informar al imputado sobre los descuentos a que tiene derecho en caso de aceptar la responsabilidad.

La formulación de la imputación es un acto procesal importante. En primer lugar marca el inicio del proceso penal y es uno de los actos que activa la defensa del imputado. En segundo lugar interrumpe el término de prescripción de la acción penal. En tercer término, a partir de la audiencia de formulación de la imputación empieza a correr el término de 30 días que tiene la Fiscalía para formular la acusación. En cuarto lugar, a partir de la imputación es posible la aplicación del principio de oportunidad, las negociaciones entre la Fiscalía y el imputado y la mediación.

La formulación de la imputación no es susceptible de recursos, ni es objeto de debate probatorio, ni objeto de decisión por parte del Juez de Garantías. Sin embargo, la defensa puede solicitarle al Juez de Garantías que le pida a la Fiscalía que precise la imputación. Este aspecto es muy importante, sobre todo si la defensa quiere optar como estrategia de defensa la aceptación de los cargos.

Audiencia preliminar de solicitud de medida de aseguramiento

Si bien en esta audiencia la víctima no cumple rol alguno, consideramos que en la decisión tomada en ella sí se deben tener presente las condiciones y derechos de las víctimas.

Las medidas de aseguramiento afectan la libertad de la persona, sean o no privativas de libertad. Por ello, son medidas que no puede tomar sino el Juez de Control de Garantías, a solicitud del Fiscal en audiencia preliminar. Ellas pueden ser privativas o no privativas de libertad, de acuerdo a la clasificación que trae el artículo 307 de la Ley 906 de 2004. La presencia del defensor es requisito de validez de la audiencia. El otro requisito de orden formal para solicitar la medida de aseguramiento es que exista previamente una audiencia de formulación de la imputación.

Además de los requisitos formales, las medidas de aseguramiento sean o no privativas de libertad requieren dos tipos de requisitos sustanciales: los primeros tienen que ver con la finalidad de la medida y los segundos con el tipo de medida y la valoración de los elementos probatorios.

En cuanto a los requisitos que tienen que ver con la finalidad de la medida, el artículo 308 exige que la medida de aseguramiento resulte necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, que constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y que resulte probable que no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia. La Ley 906 de 2004, trae criterios para concretar lo que se entiende por cada uno de estos requisitos, en los artículos 309 a 312.

La segunda clase de requisitos sustanciales para dictar medida de aseguramiento hace relación a que de los elementos materiales probatorios, evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado pueda ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga. De entrada se puede observar que no se puede utilizar la prueba obtenida ilícitamente.

La medida de aseguramiento de detención preventiva requiere un elemento adicional y hace relación al tipo de delito por el que se proceda. En efecto, ella no procede sino en los delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializado, en los delitos investigables de oficio cuando el mínimo de pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro años y en los delitos a que se refiere el título VIII, del libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase los 150 salarios mínimos legales mensuales. En el caso de los abusos sexuales criminalizados, en todos ellos procede la medida de aseguramiento de detención preventiva, a excepción de la inducción a la prostitución que tiene una pena privativa de libertad mínima de 32 meses, inferior a la exigida por el artículo que es de 4 años (48 meses). Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que para la determinación del mínimo de los 4 años

a partir del cual procede la detención preventiva, es necesario tener en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes que modifican los límites mínimos y máximos del tipo penal, sean ellas genéricas o específicas. Tal es el caso de la tentativa, el estado de ira e intenso dolor, en algunos casos las cuantías, la edad, o el parentesco entre otros.

La medida de aseguramiento privativa de libertad es un mecanismo muy importante para la protección de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abusos sexuales, tanto desde el punto de vista de la seguridad física, como desde el punto de vista psicológico, puesto las agresiones sexuales generan ansiedad, intranquilidad, incertidumbre, etc., que en algo es disminuida cuando se sabe que el agresor está tras las rejas. Especial cuidado ha de tenerse cuando el agresor es miembro de la familia de la víctima, sobre todo de no sustituir la detención preventiva en establecimiento carcelario por detención preventiva en el domicilio, puesto que deja expuesto a los niños, niñas y adolescentes a futuros abusos sexuales. En este aspecto, se debe tener en cuenta en forma estricta lo previsto al respecto, en el artículo 38 del C.P. sobre privación de libertad en el domicilio, que la prohíbe cuando el condenado es miembro del grupo familiar de la víctima.

Un cuidado semejante ha de tenerse cuando la persona denunciada pertenece al grupo familiar de niño, niña o adolescente víctima de abuso sexual y no se reúnen los requisitos legales para la medida de aseguramiento. En estos casos, es conveniente que el fiscal entre en contacto con el sistema de bienestar familiar para que se tome de inmediato una medida administrativa de protección, como la residencia separada del agresor y la víctima menor de edad o cualquier otra que garantice la integridad del niño, niña o adolescente víctima.

Audiencia preliminar de solicitud de medidas cautelares

Conforme al artículo 92 del C.P.P. las víctimas directas pueden solicitar ante el Juez de Control de Garantías el decreto de las medidas cautelares necesarias sobre bienes del imputado o del acusado, con el fin de proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito. En este escenario, la víctima deberá acreditar sumariamente su condición, además el daño que ha recibido y la cuantificación del mismo.

Para obtener el embargo y secuestro la víctima debe prestar caución conforme al Código de Procedimiento Civil, salvo que exista motivo fundado para eximir de ella al peticionante. Es motivo de eximir el pago de la caución el que la víctima sea

niño. Así conforme al parágrafo del artículo 92 C.P.P. en los procesos en los que sean víctimas los menores de edad o los incapaces, el Ministerio Público podrá solicitar el embargo y secuestro de los bienes del imputado en las mismas condiciones señaladas en este artículo, salvo la obligación de prestar caución.

Audiencia preliminar de solicitud de medidas de atención y protección a las víctimas

Conforme al artículo 134 C.P.P., las víctimas podrán, por conducto del fiscal, solicitar al Juez de Control de Garantías las medidas indispensables para su atención y protección.

En esta audiencia preliminar el rol de la víctima está completamente restringido, en tanto antes del juicio depende enteramente de la solicitud del Fiscal, además en ningún caso se establecen por vía enunciativa las acciones tendientes a atender o proteger a las víctimas, ni la obligación de realizarlo para el caso de los abusos sexuales contra niños, por lo cual su valoración queda en manos del Fiscal y del Juez de Control de Garantías.

B. ROL DE LA VÍCTIMA EN AUDIENCIA DE ACUSACIÓN

Este es el escenario más importante para las víctimas dentro del proceso penal, en tanto en ella es donde se le asigna directamente su rol.

Conforme al artículo 340 del C.P.P., en esta audiencia se determinará la calidad de víctima, de conformidad con el artículo 132 de este código. Se reconocerá su representación legal en caso de que se constituya. De existir un número plural de víctimas, el juez podrá determinar igual número de representantes al de defensores para que intervengan en el transcurso del juicio oral.

En esta audiencia, nuevamente, el fiscal puede solicitar medidas para la protección de las víctimas, artículo 342 C.P.P. La diferencia con los anteriores escenarios es que en éste si se establecen el tipo de medidas a tomar, aunque de manera genérica, entre las cuales se encuentran las siguientes:

1. Fijar como domicilio para los efectos de las citaciones y notificaciones, la sede de la Fiscalía, quien las hará llegar reservadamente al destinatario.
2. Adoptar las medidas necesarias tendientes a ofrecer eficaz protección a víctimas y testigos para conjurar posibles reacciones contra ellos o su familia, originadas en el cumplimiento de su deber testifical.

Como ya lo habíamos anotado en párrafos anteriores, en este aspecto es notorio que las medidas que se toman identifican el concepto de seguridad con seguridad física, lo cual resulta insuficiente para la protección integral de niños, niñas y adolescentes.

C. ROL DE LA VÍCTIMA EN LA AUDIENCIA PREPARATORIA

Según el artículo 355 C.P.P. el representante de las víctimas podrá participar en la audiencia preparatoria del juicio, pero su rol es ínfimo, en tanto su ausencia no constituye invalidez de la audiencia. En caso de participar, solamente, podrá manifestar observaciones relativas al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios; en especial, si el efectuado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación ha quedado completo, (artículo 356 C.P.P.). El resto de actuaciones de esta audiencia, como son solicitud de pruebas, el descubrimiento de pruebas y las estipulaciones probatorias, están restringidas al Fiscal y Defensor.

La restricción de participación para el representante de las víctimas se evidencia en la norma, en este sentido, por ejemplo, el artículo 357 establece “Durante la audiencia el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión”.

D. ROL DE LA VÍCTIMA EN LA AUDIENCIA DEL JUICIO ORAL

En la audiencia de juicio oral, no es claro el papel que juega el apoderado de la víctima, al contrario de lo que sucede en el incidente de reparación integral, en el cual es parte. Sin embargo, nos parece muy positivo que a la víctima se le pueda nombrar un apoderado de oficio (artículo 137, numeral 5). Esta posibilidad está limitada a los casos en que el interés de la justicia lo exigiera. Resulta evidente que en el caso de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, existe ese interés, puesto que se trata de víctimas con derechos prevalentes.

El representante de las víctimas, si se ha constituido como tal en audiencia previa, podrá presentar alegatos de conclusión en el juicio según el artículo 443 inc. 2. En cambio no le es dable presentar alegatos de inicio. Por vía general se podría argumentar que puede intervenir durante el debate probatorio, conforme al artículo 391 inc. 2 que plantea: “En segundo lugar, si lo desea, la parte distinta a quien solicitó el testimonio, podrá formular preguntas al declarante en forma

de contrainterrogatorio que se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo”.

El artículo 137 numeral 6 establece que con el fin de proteger a la víctima, en forma excepcional, el juez podrá decretar que su intervención en el juicio se celebre a puerta cerrada. Esta norma favorece a los niños, niñas y adolescentes.

Por último, en el juicio oral, el representante de las víctimas podrá formular directamente solicitud de decreto de medidas cautelares para asegurar el pago de los perjuicios causados por el delito, e igualmente la víctima podrá apelar la sentencia.

Aspectos probatorios

En este acápite solo nos referiremos a algunos elementos que se deben tener en cuenta en la prueba pericial y cuando se aporte el testimonio de los niños, niñas y adolescentes dentro del juicio oral. Sobre las bases y técnica de la prueba testimonial y pericial remítase al módulo “Prueba Testimonial” del doctor Jorge Arenas Salazar.

Prueba pericial

En cuanto a la prueba pericial, en el caso de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual, esta debe ser practicada siguiendo las indicaciones establecidas en el Reglamento Técnico para el abordaje integral de la víctima en la investigación del delito sexual, publicado por Medicina Legal y el Fondo de Población de las Naciones Unidas, documentos que hacen parte de los anexos de la presente unidad.

El informe del perito debe ser presentado con anterioridad de 5 días a la audiencia del juicio oral, acompañado de certificación que acredite la idoneidad del perito. En ningún caso el informe será tenido como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio. El perito deberá ser interrogado sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento teórico; el uso de instrumentos o medios; su conocimiento práctico; los principios científicos, técnicos o artísticos en que fundamenta sus análisis y el grado de aceptación de tales principios. Es igualmente importante interrogar sobre los métodos empleados, la utilización de técnicas de orientación, probabilidad o certeza y sobre la ratificación de su opinión por parte de otros expertos que puedan declarar en el juicio. Al perito le son aplicables, en lo pertinente, las reglas del testimonio.

Un aspecto que queremos destacar de esta prueba, es que el juez no la debe ordenar, ni el perito practicar en contra del consentimiento del niño, niña o

adolescente, puesto que prima su interés superior y, además, su opinión debe tenerse en cuenta en todos los actos que lo afecten. Un reconocimiento médico practicado en contra de la voluntad del niño víctima, es prácticamente una segunda violación. En estos eventos ha de acudir a otros elementos probatorios.

Prueba testimonial en niños, niñas y adolescentes

La primera observación que queremos hacer es que, en lo posible, el niño deberá ser citado una sola vez a testimoniar puesto que es contraproducente hacerlo en más de una oportunidad. En consecuencia, los niños, niñas y adolescentes no deben ser citados a rendir declaraciones durante las audiencias preliminares a menos que sea absolutamente indispensable.

Como se indica en el artículo 383 de la Ley 906 de 2004, el menor de 12 años no presta juramento para rendir testimonio. Ello en razón del momento particular de su desarrollo. En el caso del mayor de 12 años pero menor de 18 años, es procedente el juramento, pero parece innecesario realizar las advertencias de que le aplican sanciones de falso testimonio, porque en ese caso no le son aplicables este tipo de sanciones, sino las medidas socio-educativas contempladas en el Código del Menor para los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal. Es lógico suponer que las advertencias de falso testimonio pueden ejercer efectos coercitivos en el niño. En este aspecto, es conveniente recordar que el Estatuto de la Corte Penal Internacional en las Reglas de Procedimiento y Prueba, artículo 66 dispone que la Sala podrá autorizar el testimonio de una persona menor de 18 años, sin la promesa solemne de decir la verdad.

En relación con la excepción constitucional del deber de rendir testimonio contra sus parientes, hay que tener en cuenta que debe primar el interés superior del niño, y por ende la renuncia a este privilegio debe primar, en especial cuando el agresor es miembro de la familia.

En lo posible, es aconsejable que la prueba testimonial en niños, niñas y adolescentes se desarrolle fuera del alcance del público, a efectos de evitarle las secuelas de la acción de los medios de comunicación y del público en general. También puede hacerse por medios electrónicos para que no este dentro de la audiencia. No hay que olvidar que el Código de Procedimiento Penal permite realizar estas audiencias de manera privada.

Habiendo sido citado un niño, niña o adolescente a rendir testimonio dentro del juicio oral, para la formulación del *interrogatorio*, las preguntas deben haber sido

preparadas por un experto y realizadas en presencia del mismo. Esto implica que las preguntas sean adecuadas para el momento del desarrollo en el que se encuentren los niños, niñas y adolescentes, de acuerdo a su edad, conforme a su lenguaje, a su entorno simbólico y demás. Así mismo durante el interrogatorio se debe tener en cuenta su calidad de niños para todos los efectos, esto quiere decir, que se le dé plena libertad para que se exprese en sus propias palabras.

Lo anterior tiene como propósito evitar bloqueos en la comunicación, así como los condicionamientos de las respuestas. En el mismo sentido, si el niño se niega a responder el interrogatorio o a dar una respuesta, prima su interés y en consecuencia no se le puede obligar a declarar.

En relación con el *contrainterrogatorio*, las preguntas también deben ser construidas por un experto y deben formularse de manera cuidadosa con la protección superior al niño, para que no puedan degenerar en una afección al mismo.

Conforme al artículo 395 del Código de Procedimiento Penal en la formulación de *oposiciones*, se espera que todos los participantes dentro del interrogatorio (Defensa, Fiscalía, Ministerio Público) sean muy activos en el control de las preguntas formuladas al niño, para que no se tornen inapropiadas, conducentes o sencillamente generen bloqueos durante el testimonio.

Sobre la *valoración* del testimonio rendido por los niños, niñas y adolescentes, como toda persona hay que empezar dando credibilidad a su dicho. Y dentro de esta credibilidad se deben tener en cuenta sus propias palabras, en tanto los niños, niñas y adolescentes usualmente expresan el mundo como lo han percibido de acuerdo a su experiencia.

Por último es importante indicar que la valoración del testimonio, debe estar orientada por la función hermenéutica del interés superior del niño.

E. ROL DE LA VÍCTIMA EN LA TERMINACIÓN DEL PROCESO POR NEGOCIACIÓN O PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

En el nuevo Sistema Penal Acusatorio se pueden presentar problemas relacionados con las víctimas, sobre todo las provenientes de los casos que han sido objeto de negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado. En efecto, en el proceso de negociaciones la víctima no está en el primer orden de prioridades. Es más su intervención es precaria y no puede impugnar los acuerdos porque entre otras cosas no es parte. Entonces, se puede presentar el caso de que se cambie la

calificación del hecho, o se supriman circunstancias de agravación. (Véase artículo 350 de la Ley 906 de 2004). Por ejemplo lo que podría ser calificado como acceso carnal violento en persona menor de 14 años, podrá terminar siendo un acceso carnal con persona menor de 14 años, que tiene una pena considerablemente menor.

Por otro lado, es oportuno recordar que cuando se presenta la figura de la negociación entre la Fiscalía y el imputado o acusado, en la determinación de la pena no se tiene en cuenta el sistema de cuartos previsto en el Código Penal. Es más, la pena insinuada por el fiscal ata al juez, de conformidad con lo establecido en el artículo 351 inciso 4 y 370, de la Ley 906 de 2004.

La aplicación del principio de oportunidad también puede generar problemas de impunidad, porque esta figura termina anticipadamente el proceso, pero sin condena y además como no puede comprometer la presunción de inocencia, sólo procede cuando hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación y la tipicidad del comportamiento. (Véase artículo 327 inciso 3 de la Ley 906 de 2004). Por ello, su aplicación cuando existen niños, niñas o adolescentes víctimas de abuso sexual, en cualquiera de sus formas, plantea una situación muy delicada.

Cuando el proceso se termina en forma anticipada bien por aplicación del principio de oportunidad o por las negociaciones tenemos lo siguiente: En el caso de la oportunidad, a pesar de que el artículo 388 del C.P.P. dispone que el fiscal deberá tener en cuenta a las víctimas, que debe oír las que se hagan presentes y que algunas causales exigen la reparación integral –causales 1,8 y 14 del artículo 324 del C.P.P.–; en general podemos afirmar que su reglamentación no responde a los intereses de las víctimas, sino antes que nada a los intereses del Estado y más concretamente de la misma administración de justicia. Los intereses de la víctima se deberían tener en cuenta en la aplicación del principio de oportunidad. Sin embargo, lo que es claro es que no tiene control sobre su aplicación porque no puede impugnar la decisión de dar aplicación a la oportunidad.

En los acuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado no se menciona que se deban tener en cuenta sus intereses. Tampoco tiene control sobre las negociaciones. Surge entonces el siguiente interrogante ¿El juez está obligado a improbarlos cuando se violen derechos fundamentales de las víctimas?

Algo similar podemos decir de las negociaciones. La situación de las víctimas es peor en el caso de las negociaciones, porque el código ni siquiera establece que su interés sea tenido en cuenta o que deban ser escuchadas.

En ninguno de los dos casos —oportunidad y negociaciones— las víctimas tienen posibilidad de impugnar las decisiones que les dan aplicación a estas figuras. El código no estableció ninguna norma que limitara la aplicación de estas instituciones cuando se presenten niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos.

En lo demás, basta recordar lo que mencionamos en párrafos anteriores, en el sentido de que las figuras de la oportunidad y las negociaciones no giran en torno a los intereses de las víctimas.

No basta la simple información sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal, si no se tiene control sobre ella por vía de la impugnación. El código no establece si la víctima puede impugnar la preclusión de la investigación. Lo cierto del caso es que si no es parte, el punto se va a prestar para múltiples controversias. A partir del momento en que es reconocida como víctima, en la audiencia de formulación de la acusación y en la que debe ser representada por un profesional del derecho, nos parece que las víctimas, por intermedio de su apoderado, podrán interponer recursos ante el Juez del Conocimiento. En el incidente de reparación integral es indiscutible que podrá interponer los recursos de ley.

F. INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

El artículo 102 establece: “Emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal, y convocará a audiencia pública dentro de los ocho (8) días siguientes”. Iniciada la audiencia, la víctima (si fue quien inició el incidente) formula su pretensión oralmente, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira, y además deberá indicar las pruebas que hará valer.

El incidente de reparación es uno de los pocos espacios procesales (junto con la mediación) donde la víctima es realmente protagonista, desde el momento en que se legitima para solicitarla como en su desarrollo. Es importante señalar que la posibilidad de solicitud caduca en 30 días a partir del fallo según el art. 106 C.P.P.

El juez examinará la pretensión y deberá rechazarla si quien la promueve no es víctima, o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y este fuere la única pretensión formulada. La decisión negativa al reconocimiento de la condición de víctima será objeto de recurso de impugnación en los términos de este código.

Si el juez admite la solicitud, la pone en conocimiento del penalmente responsable. Se realiza trámite conciliatorio que de prosperar se incorporará a la sentencia. De lo contrario se llama a audiencia de pruebas y alegaciones. En la audiencia se invita nuevamente a conciliar, “De lograrse el acuerdo su contenido se incorporará a la decisión. En caso contrario, se procederá a la práctica de la prueba ofrecida por cada parte y se oirá el fundamento de sus pretensiones”. En la misma audiencia el juez adoptará la decisión que ponga fin al incidente, y esta se incorporará a la sentencia de responsabilidad penal.

G. MEDIACIÓN

“La mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta” (art. 523 C.P.P.).

La mediación procede desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral para los delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado, y la víctima, y el imputado o acusado, acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa. En los delitos con pena de más de cinco años la mediación se refiere únicamente a la reparación de perjuicios, aunque será considerada para otorgar algunos beneficios, durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena.

La decisión de víctima y victimario de acudir a la mediación tiene efectos vinculantes, en consecuencia, excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral, (art. 526 C.P.P.).

En los casos de mediación en que son víctimas niños, niñas y adolescentes deberán tenerse en cuenta los principios del interés superior, protección integral y desarrollo armónico y sobre todo la gravedad de los daños que los comportamientos de abusos sexuales generan en ellos.

H. MECANISMOS DE PROTECCIÓN

Sobre los medios de protección de los derechos fundamentales con los que contarían los niños, niñas y adolescentes al momento de ver afectados sus derechos, es

importante que los operadores judiciales tomen conciencia de los mismos, en todas sus decisiones dentro del proceso. De la misma manera, los niños, niñas y adolescentes, a través del Fiscal o del representante de las víctimas, si lo hay, cuentan con los **recursos ordinarios**, contra las decisiones que afecten real o potencialmente sus derechos o intereses, conforme al Título VII del Código de Procedimiento Penal.

Pero, como lo enunciamos anteriormente, los niños, niñas y adolescentes quedan supeditados a la actuación del Fiscal durante el proceso, y en caso de abstenerse de recurrir las decisiones tomadas en contra de los niños, niñas y adolescentes los recursos ordinarios se tornan en inocuos. Por ello es importante recurrir a procedimientos **constitucionales**.

Dentro de estos tenemos la **Acción de Tutela**, que sería procedente en tanto los niños, niñas y adolescentes dentro del proceso no encuentran un medio de defensa idóneo para la protección de sus derechos, y la omisión por parte de la Fiscalía es indebida. La procedencia de la acción de tutela para estos casos es evidente frente al artículo 86 de la Constitución y al Decreto 2591 de 1991 artículo 1°. “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares”. Adicionalmente reiteramos, que tratándose de derechos de los niños, estos ostentan la categoría de fundamentales. Conforme a la Corte Constitucional, los derechos de los niños hacen parte de los derechos fundamentales consagrados por nuestra constitución.

No parece descabellado pensar en la **acción de cumplimiento**, para eventos en los que las autoridades judiciales se abstengan de cumplir con sus deberes legales de protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, conforme a la Ley 393 de 1997, en desarrollo del artículo 87 de la constitución que indica: “Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos” (artículo 1). En este sentido incluso los niños, niñas y adolescentes directamente podrían invocar esta acción.

Por último, es importante como el procedimiento por excelencia para la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en su condición de víctima, lo constituye la **excepción de inconstitucionalidad**, la cual podría ser invocada por los operadores judiciales al encontrarse frente a un ley, orden, acto que sea

abiertamente contrario a los derechos de los niños, y por ende a la Constitución Nacional.

V. CONCLUSIONES DE LA UNIDAD

La explicación al proceso ha recurrido a diferentes metáforas; una de ellas es la comprensión escénica del proceso, entendido como una gran obra donde sus partícipes deben respetar rigurosamente los tiempos y movimientos que están definidos en un “libreto”. Esta teoría la retomamos en nuestra concepción del Proceso Penal Acusatorio.

Dentro de la comprensión escénica del proceso los elementos a tener en cuenta serán, por un lado, los límites espacio-temporales que están sostenidos por marcadores físicos y simbólicos; en segundo lugar las actitudes faciales, lingüísticas y corporales, expresadas por los actores copresentes y en tercer lugar, el uso reflexivo que los agentes hacen de estos fenómenos a fin de influir en el transcurso de la interacción.

En este sentido, lo relevante en el análisis del procedimiento penal colombiano frente a los niños, niñas y adolescentes de delitos sexuales es establecer los escenarios procesales en los que su participación es permitida y subsiguientemente el rol que deben desarrollar.

Existen ciertos límites en la actuación procesal penal para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, entre ellos el tratamiento legal del objeto de la jurisdicción penal ordinaria, del principio de igualdad, el concepto de responsabilidad individual que maneja el Código Penal, la responsabilidad patrimonial de larga tradición en el derecho penal, la oportunidad de la responsabilidad, la estructura misma del proceso penal acusatorio, y la definición y tratamiento de los niños, niñas y adolescentes como inimputables. Estos límites nos demuestran que el Derecho Penal no es el mecanismo más adecuado para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abusos sexuales.

En efecto, la víctima solo interviene con autonomía propia a partir de la formulación de la acusación. Sin embargo, no resultan claras las facultades que tiene en las diversas audiencias del juicio y solo en el incidente de reparación integral y en la mediación tiene una actuación plena. Por lo anteriormente expuesto se puede plantear que en el nuevo Proceso Penal Acusatorio se limita a la víctima.

PARA RECORDAR

En el actual Sistema Penal Acusatorio se enuncia la protección a las víctimas como un principio rector, pero el desarrollo de los diferentes escenarios procesales nos muestra que, realmente, la víctima no es parte principal en el proceso penal.

¿QUÉ HE APRENDIDO?

Con los siguientes ejercicios usted aplicará lo aprendido en esta unidad, con la posibilidad de dar sus propias discusiones a partir de las herramientas conceptuales adquiridas. Por favor no olvide llevar memoria escrita del desarrollo de su trabajo.

ANÁLISIS DE CASO

FASE DE PRESENTACIÓN DEL CASO: el planteamiento inicial es “Hernando Ballén le propina dos disparos en la cabeza a Carlos Toro, luego de que este encontrara a Ballén cuando accedía carnalmente a Cristina, mientras Juan Díaz la sujetaba por los brazos. Cristina es sobrina de Ballén y cuenta 14 años de edad. Como consecuencia de los disparos Carlos Toro fallece de inmediato. Al escuchar los disparos, los vecinos JAIME Y ANDRÉS PÉREZ acuden al lugar de los hechos desarmen a Ballén e impiden que se fugue, al paso que Juan Díaz logra escapar. Los vecinos Pérez llaman a la Policía y a los pocos minutos se hacen presentes dos agentes de la Policía Judicial. Los hechos ocurrieron en Bogotá, el 28 de julio de 2005 a las 6.30 a.m. en las inmediaciones de la calle 3 con avenida Ciudad de Cali”.

FASE DE ANÁLISIS: en esta fase se ubicarán los problemas principales a resolver. Así mismo se puntualizarán los postulados y elementos necesarios para su resolución. Analice el caso, desde la perspectiva de la policía judicial.

FASE DE CONCEPTUALIZACIÓN: es la formulación de conceptos operativos o de principios concretos de acción, aplicables en el caso; es decir, la aplicación de los conceptos que usted elija al caso concreto

FASE DE RESOLUCIÓN: En esta se indicará expresamente la conclusión a la que se llega en el caso.

Ca

i. Conteste las siguientes preguntas.

- ¿Cuáles son las formas más comunes en que se presentan los episodios de agresión sexual?
- Enuncie tres síntomas por los cuales se determina que un niño, niña o adolescente ha sido víctima de abuso sexual.
- ¿Qué aspectos se deben tener en cuenta al momento de realizar las preguntas a las víctimas de abuso sexual?
- ¿Cómo debe ser el trato al acompañante del niño, niña o adolescente, víctima de abuso sexual?
- ¿Cuáles son las medidas de protección que se deben tomar con un niño, niña o adolescente víctima de abuso sexual?
- ¿Con qué medidas cuentan el juez y el fiscal para proteger a las víctimas?
- Enumere tres espacios procesales de participación activa de la víctima.
 - a. _____
 - b. _____
 - c. _____
 - d. _____

VI. GLOSARIO

Principio de oportunidad

Regla que contiene los elementos para que excepcionalmente se dé por terminado, suspendido, interrumpida la acción, de aplicación potestativa del fiscal

VII. ANEXOS

Reglamento Técnico para el abordaje integral de la víctima en la investigación del delito sexual publicado por Medicina Legal y el Fondo de Población de las Naciones Unidas.

Resolución 412 de 2000 del Ministerio de Salud.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DEL MÓDULO

Antes de la modernidad los niños no eran considerados sujetos de derechos puesto que no existía un concepto de infancia y adolescencia y en consecuencia, los niños no eran tenidos en cuenta. Los conceptos se crean y desarrollan con la modernidad, y a partir de ellos se logra su reconocimiento como personas.

El avance vital en el reconocimiento de sus derechos se dio en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, donde se definió como niños a todos los sujetos menores de 18 años y se les otorgó la categoría de sujetos de derechos privilegiados.

El reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como personas empieza por el respeto a su integridad física y psíquica; continúa con su reconocimiento 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 esta manera se les permite su desarrollo autónomo y el goce de sus derechos conforme a las potencialidades que el nivel de desarrollo social posibilite.

El peso de la historia de largos siglos de exclusión de los niños aún se siente en las normas jurídicas, y en las prácticas sociales y jurídicas. Sólo una clara conciencia de esta situación que bien puede empezar por las prácticas jurídicas e invadir a la sociedad entera, puede crear una verdadera cultura, a favor de los niños, para que sean tenidos en cuenta. Sin ello, la democracia no será tal.

Para el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se han desarrollado unos principios que les otorgan el carácter de sujetos privilegiados. Estos principios son, entre otros: el interés superior del niño, la prevalencia de sus derechos, la integralidad en la protección de sus derechos, la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado como garantes de la efectividad de sus derechos, el ejercicio responsable de los derechos y el criterio pedagógico que debe estar siempre presente en las relaciones entre adultos y niños e incluso entre ellos mismos.

En este sentido, los niños tienen derecho a la sexualidad, derecho que debe ser ejercido de acuerdo al grado de desarrollo en el que se encuentren. El Estado, la sociedad y la familia deben proporcionar la educación necesaria para que su ejercicio sea responsable.

La evolución que ha tenido lugar en el Derecho Internacional, en el reconocimiento de los derechos de las víctimas y en la creación y desarrollo de mecanismos concretos de protección, no se reflejan en el Derecho Penal y Procesal Penal, a nivel interno. Los niños, niñas y adolescentes no fueron tenidos en cuenta como víctimas con derechos prevalentes en el nuevo Código de Procedimiento Penal. Por regla general no se distingue de las otras víctimas. Los principios propios del derecho de la infancia y la adolescencia universalmente reconocidos, y anteriormente citados, ni siquiera son mencionados la Ley 906 de 2004.

Por ejemplo, la trata de personas con fines de prostitución, el turismo sexual, el acoso sexual a personas menores de 14 años, por parte de sujetos que detenten frente a ellos posiciones de poder, son comportamientos que se encuentran por fuera de la legislación penal, pero que sin embargo son violatorios de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Con excepción de la inducción y el constreñimiento a la prostitución que tienen penas bajas si tenemos en cuenta los graves perjuicios individuales y sociales que causan, los problemas de los delitos sexuales tienen un alto índice de impunidad.

En general, en las distintas formas de abuso sexual criminalizadas, los bienes jurídicos con relevancia constitucional, son la dignidad humana, la intimidad, la libertad e integridad sexual y el desarrollo armónico de los niños consagrado en el Art. 44 de la Constitución. El bien jurídico específico para los niños es el desarrollo armónico.

Las distintas formas de abuso sexual son graves violaciones de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes y como tales han de ser tratados por parte de los funcionarios judiciales. Un aspecto que ha de tener en cuenta el funcionario judicial es el enorme daño que causan las distintas formas de abuso sexual ya que no solamente afectan derechos humanos básicos, sino que generan lesiones que son difíciles de reparar que persisten y además, afectan la capacidad de relación de los sujetos, porque en ellos median relaciones de poder.

En relación con el proceso, ha recurrido a diferentes metáforas, una de ellas es la comprensión escénica del proceso, en la que se ve como una gran obra donde sus partícipes deben respetar rigurosamente los tiempos y movimientos que están definidos en un “libreto”.

En esta comprensión escénica del proceso los elementos a tener en cuenta serán, por un lado, los límites espacio-temporales que están sostenidos por marcadores

físicos y simbólicos; en segundo lugar las actitudes faciales, lingüísticas y corporales, expresadas por los actores presentes y en tercer lugar, el uso reflexivo que los agentes hacen de estos fenómenos a fin de influir en el transcurso de la interacción.

En este sentido, lo relevante en el análisis del procedimiento penal colombiano frente a los niños, niñas y adolescentes de delitos sexuales es establecer los escenarios procesales en los que su participación es permitida y subsiguientemente el rol que deben desarrollar.

Existen ciertos límites en la actuación procesal penal para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, entre ellos el tratamiento legal del objeto de la jurisdicción penal ordinaria, del principio de igualdad, el concepto de responsabilidad individual que maneja el Código Penal, la responsabilidad patrimonial de larga tradición en el derecho penal, la oportunidad de la responsabilidad, la estructura misma del proceso penal acusatorio, y la definición y tratamiento de los niños, niñas y adolescentes como inimputables. Estos límites nos demuestran que el Derecho Penal no es el mecanismo más adecuado para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abusos sexuales.

La víctima solo interviene con autonomía propia a partir de la formulación de la acusación. Sin embargo no resultan claras las facultades que tiene en las diversas audiencias del juicio, sólo en el incidente de reparación integral y en la mediación tiene una actuación plena.

La aplicación del principio de oportunidad en los casos de una cualquiera de las conductas de abuso sexual en niños, niñas y adolescentes plantea graves problemas de impunidad. Las negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado puede generar problemas de tratamiento injusto por las penas que se puedan aplicar a casos de abuso sexual, puesto que la sanción se determina sin atención al sistema de cuartos que trae el Código Penal y porque la insinuación punitiva que haga el fiscal ata al juez.

RECOMENDACIONES

1. El sujeto niño es privilegiado tanto por la Constitución Nacional como por las normas internacionales de Derechos Humanos y, en consecuencia, tal calidad debe cualificar los comportamientos que atenten contra su vida, su integridad personal y su sexualidad. Por ello, consideramos oportuno que el Código Penal constituya un

título especial que abarque los atentados contra los bienes jurídicos mencionados, en forma parecida como el Código Penal le dedica un espacio especial a las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.

2-.Es necesario introducir, en una futura reforma a la legislación procesal penal, una norma que consagre que en los procesos por delitos en los cuales los niños, niñas o adolescentes sean víctimas, el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior, prevalencia de sus derechos, protección integral, corresponsabilidad, criterio pedagógico y los demás derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia y en la Constitución Nacional.

Igualmente es oportuno introducir en la legislación procesal penal una serie de criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, niñas y adolescentes, con el fin de hacer efectivos los principios previstos en el párrafo anterior y garantizar el restablecimiento de los derechos, tales como los siguientes:

A. Dar prioridad a las diligencias, pruebas, actuaciones y decisiones que se han de tomar.

B. Citar a los padres, representantes legales o a las personas con quienes convivan, cuando no sean éstos los agresores, para que lo asistan en la reclamación de sus derechos. Igualmente, informar de inmediato a la Defensoría de Familia, a fin de que se tomen las medidas de protección pertinentes, en los casos en que el niño, niña o adolescente víctima carezca definitiva o temporalmente de padres, representante legal, o éstos sean vinculados como autores o partícipes del delito.

C. Prestar especial atención para la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de los derechos vulnerados.

D. Decretar de oficio o a petición de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, de sus padres, representantes legales, del Defensor de Familia o del Ministerio Público la práctica de las medidas cautelares autorizadas por la ley para garantizar el pago de perjuicios y las indemnizaciones a que haya lugar. En estos casos no será necesario prestar caución.

E. Tener especial cuidado, para que en los procesos que terminan por conciliación, desistimiento o indemnización integral, mediación no se vulneren los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas del delito.

F. Abstenerse de aplicar el principio de oportunidad, las negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado y la condena de ejecución condicional cuando los niños, niñas o adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados integralmente.

G. Poner especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en los tratados internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Nacional y en las leyes. Igualmente velará porque no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo del proceso judicial de los responsables.

H. Tener en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos en los reconocimientos médicos que deban practicárseles. Cuando no la puedan expresar, el consentimiento lo darán sus padres, representantes legales o en su defecto el Defensor de Familia.

I. Ordenar a las autoridades competentes la toma de medidas especiales para garantizar la seguridad de los niños, niñas y adolescentes víctimas y/o testigos de delitos y su familia, cuando a causa de la investigación del delito se hagan necesarias.

J. Informar y orientar a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, a sus padres, representantes legales o personas con quienes convivan sobre la finalidad de las diligencias del proceso, el resultado de las investigaciones y la forma como pueden hacer valer sus derechos.

K. Se abstendrá de decretar la detención domiciliaria, en los casos en que el sindicado es miembro del grupo familiar del niño, niña o adolescente víctima del delito.

L. En los casos en que un niño niña o adolescente deba rendir testimonio deberá estar acompañado de autoridad especializada o por un psicólogo o pedagogo, si ello fuere necesario.

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

N. En los procesos en que proceda el desistimiento, la autoridad judicial verificará que este sea libre e informará sobre sus consecuencias procesales.

O. Dar la información necesaria al Defensor de Familia para efectos de la toma de las medidas de protección integral pertinentes.

P. Nombrar un apoderado de oficio, en caso de no tenerlo.

Q. No habrá término de caducidad para iniciar el incidente de reparación integral.

BIBLIOGRAFÍA

APSA: Asociación de Psiquiatras Argentinos “Tratamiento del agresor sexual” Declaración de Mar del Plata. 19 de abril de 2002.

ARIES, Philippe, “EL NIÑO Y LA VIDA FAMILIAR EN EL ANTIGUO RÉGIMEN”, Taurus, trad. Naty García Guadilla, Madrid 1987.

BERGALI, Roberto; BUSTOS RAMÍREZ, y MIRALLES. Pensamiento Criminológico, Vol. 1. Temis, Temis Bogotá, 1983.

BUSTOS RAMÍREZ, Victimología.

Corte Constitucional, Sentencia C-805 de 2002, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 2003, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 2004, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 2004, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia C-451 de 2003, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, Sentencia C-451 de 2003, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, Sentencia T-114 de 2004, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia T-114 de 2004, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia T-249 de 2003, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, Sentencia T-249 de 2003, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, Sentencia T-536 de 1994, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, Sentencia T-536 de 1994, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, Sentencia T-556 de 2002, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia T-556 de 2002, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia T-694 de 2000, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia T-694 de 2000, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia T-694 de 2000, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia T-694 de 2000, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, “DERECHO DE LA INFANCIA-ADOLESCENCIA EN AMÉRICA LATINA: De la Situación Irregular a la Protección Integral”, 2ª. Ed. editorial Forum Pacis, Ibagué 1997.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, BELOFF, Mary, compiladores, “INFANCIA, LEY Y DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA”, Ed. Temis, De Palma, Bogotá, Buenos Aires 1999.

GIDDENS, Anthony: “La constitución de la sociedad. Bases para la teoría de la estructuración”. Buenos Aires, Amorrortu editores, 1995.

HASSEMER, W. Fundamentos de Derecho Penal, Bosh, Barcelona 1987.

LONDOÑO VÉLEZ, Argelia, “DERECHO A LOS DERECHOS. ATENCIÓN INTEGRAL A LOS SOBREVIVIENTES DE DELITOS SEXUALES” FNUAP, Editorial Visuales Dar, Bogotá, 2001.

MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones. En SÁNCHEZ SILVA (Editor), Política criminal y un nuevo derecho penal. JM Bosch, Barcelona, 1997.

NORMAS Y GUÍA CLÍNICA PARA LA ATENCIÓN EN SERVICIOS DE URGENCIA DE PERSONAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL. Gobierno de Chile, Ministerio de Salud de Chile, Abril 2004.

OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “COMPILACIÓN DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES”, Nuevas Ediciones Ltda., 3ª. Edición, Bogotá, septiembre de 2002.

Reglamento Técnico para el abordaje integral forense de la víctima en la investigación del delito sexual. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Versión 01 Noviembre de 2002.

RIOSECO ORTEGA, L, “Mediación en casos de violencia doméstica”, *Género y derecho*, Santiago de Chile, 1999.

RIVERA LLANO, Abelardo. La Victimología ¿un problema criminológico? Librería Jurídica Editores, Bogotá, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. “Estado, derecho y luchas sociales”. Bogotá. ILSA, 1991.

SOLÓRZANO NIÑO, Roberto, “ASPECTO MÉDICO-LEGAL DEL DELITO SEXUAL”, Editor Roberto Solórzano Niño, Bogotá, 1993.

TOCORA, Luis Fernando, “DERECHO PENAL ESPECIAL”, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1991.

NOTAS DE ACTUALIZACIÓN DEL MÓDULO POR PARTE DEL COMITÉ ACADÉMICO DE LOS PROGRAMAS DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA DEL ÁREA PENAL DE LA ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

El análisis teórico argumentativo que hace el autor en el presente módulo constituye, sin duda, un avance en la comprensión de las temáticas que aborda; no obstante, el paso del tiempo hace necesario advertir a los discentes sobre los cambios normativos y desarrollos jurisprudenciales más significativos que se han presentado a partir de la fecha de la primera publicación del trabajo, motivo por el cual el Comité Académico de los Programas de Formación Judicial Especializada del área Penal de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” ofrece los siguientes comentarios y referencias que, sin ser exhaustivos, corresponden a los más notorios avances legislativos y jurisprudenciales que han surgido a partir de la fecha de publicación hasta el momento de esta nueva edición del módulo los cuales deben ser complementados, en todo caso, por el lector atendiendo al propósito de mantener el modelo educativo de la Escuela, en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial y particularmente de la sistemática penal acusatoria, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante la evolución jurisprudencial que emerge de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional y que, no pocas veces, implica para los magistrados y magistradas, jueces y juezas abordar discusiones conceptuales de gran calado y hondas consecuencias para la praxis judicial.

MÓDULO: NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE ABUSO SEXUAL

Autor Jesús Antonio Muñoz

Para el estudio particular de la Unidad 2 (“Niños, niñas y adolescentes sujetos plenos de derechos”) es indispensable tener en cuenta la Ley 1098 de 2006, o nuevo “Código de Infancia y Adolescencia”, especialmente el Libro I sobre la “Protección Integral” y el Libro III sobre el “Sistema Nacional de Bienestar Familiar, Políticas Públicas e Inspección, Vigilancia y Control”, que desarrollan, en el derecho interno colombiano, los principios consagrados en la Convención de los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales que rigen para Colombia, superando definitivamente la doctrina de la “Situación Irregular” y el “Derecho Tutelar de Menores”, para introducir el paradigma de la Protección Integral, a partir de la concepción de los niños, niñas y adolescentes como personas con capacidad relativa, titulares activos de derechos y sujetos de deberes, con posibilidad de ejercer los primeros y responder por los segundos, de acuerdo con su propio nivel de evolución y desarrollo psicológico y sociocultural.

De igual modo, para la actualización de la Unidad 3 (“Niños, niñas y adolescentes víctimas”) es necesario conocer a fondo los significativos avances jurisprudenciales, tanto de la Corte Constitucional, como de la Corte Suprema de Justicia, sobre los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación integral y la garantía de no repetición de actos violatorios de los derechos humanos.

En tal dirección se destaca la Sentencia del 30 de marzo de 2006 (R. 24.468) de la Corte Suprema de Justicia, sobre el testimonio de niños y niñas víctimas de delitos sexuales y las sentencias C-209 de 2007 y C-516 de 2007 de la Corte Constitucional, sobre los derechos de las víctimas en general, la noción de víctima y la determinación de la oportunidad procesal para su reconocimiento, así como la C-210 de 2007 sobre discriminación positiva a favor de los niños, para efectos de decretar medidas cautelares sobre bienes del imputado a solicitud del Ministerio Público, en procesos en los que sean víctimas los menores de edad o los incapaces (Parágrafo del artículo 92 de la Ley 906/04).

Muy lejos están estas referencias de ser exhaustivas o pretender una revisión integral del estado de la jurisprudencia sobre la materia de la cual trata el módulo “Niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual”. Solo constituyen una aproximación a los temas que han sido de mayor interés para las Altas Cortes, cuyos

pronunciamientos son precedentes obligados e indispensables, para quienes aspiran a ser administradores de justicia.

1. TESTIMONIO DE NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES

Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de marzo de 2006, R. 24.468, M.P. Édgar Lombana Trujillo.

«I. Sobre el primer cargo: “legalidad y apreciación del testimonio de la niña k...J...”

El casacionista reprocha desde dos ópticas el testimonio de la menor afectada con el delito: en primer lugar, pone en tela de juicio la legalidad de esa prueba, porque fue decretada por el Juez contrariando las normas que reglamentan la oportunidad y la forma de aducir los medios de prueba; y de otra parte, ataca la apreciación de ese testimonio, el cual descarta de plano en su credibilidad, por tratarse de una niña de cinco años, que no ha alcanzado la madurez necesaria para declarar en un juicio.

...

2.3. El Acto Legislativo No. 03 de 2002 reconoció un estatus de rango constitucional a las víctimas, como parte activa dentro del proceso penal, con intereses directos de verdad, justicia y reparación; y asignó a la Fiscalía General de la Nación, en el artículo 250 de la Carta, la misión de velar por la protección de las víctimas y de su asistencia especializada, cuando llegare a requerirse. En la exposición de motivos del Acto Legislativo No. 03 de 2002, publicado en la *Gaceta del Congreso* No. 134 de 2002, se indica que el tratamiento constitucional de las víctimas tiene las siguientes bases ideológicas:

Bases ideológicas: Reglas de Mallorca (40, 41, 42 y 43); Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder; Recomendación 85 (11), adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, sobre la Posición de la Víctima en el marco del Derecho Penal y del Proceso Penal; Decisión marco del Consejo de Europa, de marzo 15 de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal; Declaración sobre Justicia y Asistencia para las Víctimas de la Sociedad Internacional de Victimología.

A tono con la tendencia internacional y la incorporación de las víctimas como sujetos especiales de garantía constitucional, el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, en el artículo 11-d establece que las víctimas tienen derecho “*a ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas*”. ...

1.9. Un caso especial lo constituyen los niños y niñas víctimas de delitos sexuales o de otras formas degradantes de violencia, cuya versión sea necesaria en desarrollo de un juicio oral. El Juez decidirá, con argumentación razonable, si practica su testimonio en la audiencia pública, si lo recauda fuera de la sala de audiencias (*artículo 383 de la Ley 906 de 2004*); o si prescinde de su declaración directa, en protección de sus derechos fundamentales, que prevalecen en los términos del artículo 44 de la Constitución Política, y en lugar de su testimonio directo autoriza testimonios de referencia u otra prueba de la misma índole.

Hoy se acepta pacíficamente que el testimonio en un escenario judicial, e inclusive en otro preparado ex profeso, podría someter al niño o niña víctima de violencia a nuevos episodios de violencia física o moral, configurándose un evento de victimización secundaria, en todo caso incompatible con la Carta y con los fines constitucionales del proceso penal, puesto que el artículo 44 superior ordena proteger a los niños y niñas de toda forma de violencia física o moral.

El numeral 1° del artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y, adoptada en Colombia por la Ley 12 de 1991, establece: “*En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño*”.».

2. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007, Expediente D-6396, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

«El sistema penal acusatorio colombiano introducido mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 y el reconocimiento de la víctima como interviniente especial

...

La forma como puede actuar la víctima en el proceso penal de tendencia acusatoria, implantado por el Acto Legislativo 03 de 2002, depende de varios factores:

(i) del papel asignado a otros participantes, en particular al Fiscal; (ii) del rol que le reconoce la propia Constitución a la víctima; (iii) del lugar donde ha previsto su participación; (iv) de las características de cada una de las etapas del proceso penal; y (v) del impacto que esa participación tenga tanto para los derechos de la víctima como para la estructura y formas propias del sistema penal acusatorio.

En esencia, el Fiscal es el titular de la acción penal. Al ejercer dicha acción no solo representa los intereses del Estado, sino también promueve los intereses de las víctimas. Sin embargo, ello no implica en el sistema colombiano que las víctimas carezcan de derechos de participación (artículos 1 y 2 C.P.) en el proceso penal. Estas pueden actuar sin sustituir ni desplazar al Fiscal. Según el propio artículo 250, numeral 7, de la Carta, la víctima actúa como interviniente especial.

En la sentencia C-873 de 2003, en lo que tiene que ver con las víctimas la Corte Constitucional resaltó dentro de las funciones del Fiscal lo siguiente: (...) tempranamente la Corte subrayó que el artículo 250 (7) de la Constitución no supedita a las víctimas a recibir la protección del Fiscal, exclusivamente, sino que reconoce que ellas pueden intervenir en el proceso penal y confía al legislador desarrollar dicha posibilidad.

En la sentencia C-591 de 2005, la Corte luego analizó la forma en que tales cambios constitucionales se proyectaron en la ley procesal penal... Cabe recordar, que en desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, **en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de esta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.** (...) La víctima, a su vez, tiene derecho a conocer la verdad, a acceder a la administración de justicia, a la reparación integral, así como a obtener medidas judiciales de protección, sin perjuicio de poder acudir ante la jurisdicción civil ordinaria para efectos de obtener la reparación del daño ocasionado con el delito. La intervención de la víctima en el proceso penal constituye otra de las particularidades de nuestro sistema procesal penal...

5.2. ...Del texto superior es posible constatar que el Fiscal tiene dentro de sus funciones algunas relativas a la asistencia y protección de las víctimas. Según lo que

establece el artículo 250 en sus numerales 6 y 7 estas funciones las puede ejercer al “solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas”, así como al “velar por la protección de las víctimas”. Igualmente, dentro de las funciones del Fiscal, el artículo 250 Superior establece una relativa a asegurar el goce de sus derechos al “disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito”. También resalta la Corte que el numeral 7 del artículo 250 Superior esboza los rasgos básicos del rol que cumplen las víctimas dentro del proceso penal. En primer lugar, este numeral establece el carácter de interviniente que tienen las víctimas dentro del proceso penal acusatorio colombiano al decir que “la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal”.

En segundo lugar, la facultad de intervención que tienen las víctimas se ejerce de manera autónoma de las funciones del Fiscal. Si bien el Acto Legislativo 03 de 2002 radicó en cabeza del Fiscal la función de acusar, no supedita la intervención de la víctima a la actuación del Fiscal. En tercer lugar, el legislador en ejercicio del margen de configuración que le reconoce la Carta deberá determinar la forma cómo las víctimas harán ejercicio de ese derecho a “intervenir” en el proceso penal. En cuarto lugar, la intervención de las víctimas difiere de la de cualquier otro interviniente, en la medida en que estas pueden actuar, no solo en una etapa, sino “en el proceso penal”. El artículo 250 no prevé que la participación de las víctimas esté limitada a alguna de las etapas del proceso penal, sino que establece que dicha intervención se dé en todo el proceso penal.

Sin embargo, tal posibilidad ha de ser armónica con la estructura del proceso acusatorio, su lógica propia y la proyección de la misma en cada etapa del proceso. De lo anterior se concluye que la víctima del delito no es un sujeto pasivo de protección por parte de la Fiscalía, sino un interviniente activo, constitucionalmente legitimado para hacer valer sus derechos dentro del proceso penal instaurado por el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004. Se resalta, no obstante, que los derechos específicos que se le reconocen a la víctima no le quitan su carácter de interviniente, sino que la proyectan como una figura especial en las distintas etapas del proceso penal de tendencia acusatoria, para que haga valer sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral. Su intervención no se circunscribe a una participación final en el incidente de reparación una vez concluido el juicio, ya que ello no se compadece con lo señalado en el artículo 250 (7) citado, y significaría una restricción de sus derechos a la verdad y a la justicia puesto que la víctima participaría activamente sólo a efectos de exigir reparación.

5.3. ... La definición y caracterización de las distintas etapas del proceso penal (investigación, imputación, acusación y juzgamiento) también tiene incidencia en la

forma como la víctima puede participar dentro del proceso para asegurar el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Resalta la Corte que solo respecto de la etapa del juicio, el constituyente precisó sus características, enfatizando su carácter adversarial, así no haya seguido un modelo puro en este aspecto. Este hecho tiene incidencia en la forma como pueden actuar las víctimas durante esta etapa. Como quiera que este carácter adversarial supone la confrontación entre el acusado y el acusador, la posibilidad de actuación directa y separada de las víctimas, al margen del fiscal, se encuentra restringida por el propio texto constitucional que definió los rasgos del juicio....

De lo anterior surge entonces, que los elementos definitorios de la participación de la víctima como interviniente especial en las diferentes etapas del proceso penal depende de la etapa de que se trate, y en esa medida, la posibilidad de intervención directa es mayor en las etapas previas o posteriores al juicio, y menor en la etapa del juicio. Teniendo en cuenta los anteriores criterios, pasa la Corte a recordar la jurisprudencia constitucional sobre los derechos de las víctimas en el proceso penal.

6. Los derechos de las víctimas del delito en la jurisprudencia constitucional

6.1. En nuestro ordenamiento, la jurisprudencia constitucional al interpretar armónicamente los artículos 1, 2, 15, 21, 93, 229, y 250 de la Carta ha ido decantando una protección amplia de los derechos de las víctimas del delito y precisando el alcance de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral, dentro de una concepción que recoge los avances del derecho internacional de los derechos humanos en la materia. Esta posición jurisprudencial se consolida con la sentencia C-228 de 2002, en donde luego de examinar la tendencia mundial y nacional en la protección amplia de los derechos de las víctimas del delito, la Corte concluyó lo siguiente, dentro del sistema penal anterior: "...De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso: "1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos. 2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad. 3. El derecho a la reparación del daño que se

le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito”.

6.2. Con posterioridad a ese fallo, la Corte ha ido precisando la proyección de los derechos de la víctima dentro del proceso penal. A continuación se mencionan algunas sentencias que ilustran la gran variedad de ámbitos en los cuales tales derechos se han proyectado, sin el ánimo de ser exhaustivos. Así, por ejemplo, en la sentencia C-580 de 2002, la Corte estableció que el derecho de las víctimas del delito de desaparición forzada de personas y la necesidad de garantizar los derechos a la verdad y a la justicia permitían que el legislador estableciera la imprescriptibilidad de la acción penal, siempre que no se haya identificado e individualizado a los presuntos responsables ... En la sentencia C-875 de 2002, teniendo en cuenta los derechos de las víctimas, esta Corporación consideró que no resultaba razonable excluir a la parte civil del amparo de pobreza e impedir de esta forma su constitución a través de abogado...

En la sentencia C-228 de 2003, la Corte Constitucional declaró inexecutable una disposición del Código Penal Militar, Ley 522 de 1999, que restringía la posibilidad de buscar la reparación de perjuicios de las víctimas de delitos de conocimiento de la justicia penal militar a que se hiciera exclusivamente a través del proceso contencioso administrativo... En cuanto a la garantía jurídica con que cuentan las víctimas para controvertir decisiones que sean adversas a sus derechos, en la sentencia C-004 de 2003 la Corte reconoció su derecho a impugnar decisiones tales como las de preclusión de la investigación, de cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria... En la sentencia C-014 de 2004, la Corte extendió la protección de los derechos de las víctimas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario a los procesos disciplinarios, respetando la finalidad de este tipo de procesos...

6.3. En el contexto de la Ley de Justicia y Paz, la Corte se pronunció sobre los derechos de las víctimas en procesos inscritos en contextos y modalidades de justicia transicional de reconciliación. En la sentencia C-370 de 2006, dijo lo siguiente: “4.5.3. Al derecho de las víctimas a la protección judicial de los derechos humanos, mediante el ejercicio de un ‘recurso sencillo y eficaz’, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, corresponde el correlativo deber estatal de juzgar y sancionar las violaciones de tales derechos. Este deber puede ser llamado obligación de procesamiento y sanción judicial de los responsables de atentados en contra de los derechos humanos internacionalmente protegidos. (...) 4.5.5. El deber estatal de investigar, procesar y sancionar judicialmente a los autores

de graves atropellos contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no queda cumplido por el sólo hecho de adelantar el proceso respectivo, sino que exige que este se surta en un 'plazo razonable'. De otra manera no se satisface el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables. (...) 4.5.9. Las obligaciones de reparación conllevan: (i) en primer lugar, si ello es posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), 'la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación'; (ii) de no ser posible lo anterior, pueden implicar otra serie de medidas que además de garantizar el respecto a los derechos conculcados, tomadas en conjunto reparen la consecuencias de la infracción; entre ellas cabe la indemnización compensatoria. 4.5.10. El derecho a la verdad implica que en cabeza de las víctimas existe un derecho a conocer lo sucedido, a saber quiénes fueron los agentes del daño, a que los hechos se investiguen seriamente y se sancionen por el Estado, y a que se prevenga la impunidad. 4.5.11. El derecho a la verdad implica para los familiares de la víctima la posibilidad de conocer lo sucedido a esta, y, en caso de atentados contra el derecho a la vida, en derecho a saber dónde se encuentran sus restos; en estos supuestos, este conocimiento constituye un medio de reparación y, por tanto, una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad como un todo. 4.5.12. La sociedad también tiene un derecho a conocer la verdad, que implica la divulgación pública de los resultados de las investigaciones sobre graves violaciones de derechos humanos".

6.4. Ya en el contexto del nuevo código de procedimiento penal, Ley 906 de 2004, que desarrolló el sistema penal con tendencia acusatoria instaurado mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación también han sido protegidos, pero siempre dentro del respeto de los rasgos estructurales y características esenciales de ese procedimiento. La garantía establecida en la sentencia C-004 de 2003, antes citada, también fue recogida en el nuevo sistema en la sentencia la sentencia C-046 de 2004, cuando la Corte protegió el derecho de las víctimas del delito a impugnar la sentencia absolutoria...

En el mismo sentido dentro del nuevo sistema, en la sentencia C-979 de 2005, la Corte protegió el derecho de las víctimas a solicitar la revisión extraordinaria de las sentencias condenatorias en procesos por violaciones a derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, cuando una instancia internacional haya concluido que dicha condena es aparente o irrisoria... En la sentencia C-1154 de 2005, la Corte protegió los derechos de las víctimas al garantizar que se les comunicaran las decisiones sobre el archivo de diligencias...

Más recientemente, también en el contexto del sistema acusatorio, en la sentencia C-454 de 2006, a raíz de una demanda contra los artículos 135 y 357 de la Ley 906 de 2004, la Corte constitucional resumió el alcance de los derechos de las víctimas del delito de la siguiente manera: “a. El derecho a la verdad... 32. Proyectando estos principios en el ámbito nacional, la jurisprudencia constitucional ha determinado que el derecho de acceder a la verdad, implica que las personas tienen derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso. La dignidad humana de una persona se ve afectada si se le priva de información que es vital para ella. El acceso a la verdad aparece así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima... b. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad... c. El derecho a la reparación integral del daño que se ha ocasionado a la víctima o a los perjudicados con el delito... La integralidad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación. En esa misma sentencia C-454 de 2006, la Corte precisó la posición de la víctima en el sistema procesal penal instaurado por el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004...”.

Tal como lo resaltó la Corte en la sentencia C-454 de 2006, “*esta reconceptualización de los derechos de las víctimas, a partir de la Constitución, se funda en varios principios y preceptos constitucionales: (i) En el mandato de que los derechos y deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (Art. 93 CP); (ii) en el hecho de que el Constituyente hubiese otorgado rango constitucional, a los derechos de las víctimas (Art. 250 num. 6 y 7 CP); (iii) en el deber de las autoridades en general, y las judiciales en particular, a propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de los bienes jurídicos (Art. 2º CP); (iv) en el principio de dignidad humana que promueve los derechos a saber qué ocurrió, y a que se haga justicia (Art. 1º CP); (v) en el principio del Estado Social de Derecho que promueve la participación, de donde deviene que la intervención de las víctimas en el proceso penal no puede reducirse exclusivamente a pretensiones de carácter pecuniario; (vi) y de manera preponderante del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias*”.

6.5. De conformidad con lo anterior, es posible concluir que los derechos de la víctima del delito a la verdad, la justicia y la reparación integral también se encuentran protegidos en el sistema penal con tendencia acusatoria instaurado por la Ley 906 de 2004, pero dicha protección no implica un traslado automático de todas las formas y esquemas de intervención en los que la víctima ejerció sus derechos en el anterior sistema procesal penal regulado por la Ley 600 de 2000, sino que el ejercicio de sus derechos deberá hacerse de manera compatible con los rasgos estructurales y las características esenciales de este nuevo sistema procesal, así como con las definiciones que el propio constituyente adoptó al respecto, v. gr, caracterizar a las víctimas como intervinientes especiales a lo largo del proceso penal, no supeditadas al fiscal, sino en los términos que autónomamente fije el legislador (artículo 250, numeral 7 C.P.).

Pasa la Corte Constitucional a examinar los cargos planteados por el demandante, a la luz de las premisas anteriores.

7. Las facultades de la víctima en materia probatoria

7.1. El demandante señala que el inciso 2 del artículo 284, las expresiones “*la fiscalía*” y “*la defensa*”, empleadas en el inciso segundo del artículo 344, de las expresiones “*la fiscalía*” y “*la defensa*” y “*las partes*” previstas en el artículo 356, la expresión “*a solicitud de las partes*” usada en el artículo 358, la expresión “*las partes y el Ministerio público*” contenida en el inciso primero del artículo 359, la expresión “*las partes*” empleada en el artículo 378, el artículo 391, y la expresión “*la parte que no está interrogando o el Ministerio Público*” utilizada en el artículo 395 de la Ley 906 de 2004, al omitir la referencia expresa a las víctimas, les impiden a estas solicitar y controvertir pruebas, con lo cual se restringe inconstitucionalmente su derecho a la verdad.

7.2. Lo primero que hay que resaltar es que estas disposiciones establecen, como regla general para su aplicación, el que tales facultades en materia probatoria sean ejercidas por la Fiscalía (artículos 284, 244 y 356, Ley 906 de 2004), la defensa (artículos 284, 344, 356, Ley 906 de 2004), las partes (artículos 344, 356, 358, 359, 391 y 395, Ley 906 de 2004) y excepcionalmente por el Ministerio Público (artículos 359, 391 y 395, Ley 906 de 2004). De lo cual resulta claro que el legislador omitió incluir a las víctimas dentro de las partes o intervinientes que pueden ejercer tales facultades.

En segundo lugar, el ejercicio de las facultades probatorias reguladas en las normas de la Ley 906 de 2004 mencionadas, se presentan en distintas etapas de la actuación procesal, así: (i) la facultad regulada por el artículo 284 se refiere a la

solicitud y práctica de pruebas anticipadas que se lleva a cabo durante la investigación y antes de la instalación de la audiencia de juicio oral; (ii) la facultad regulada por el artículo 344 tiene lugar en la audiencia de formulación de la acusación; (iii) las facultades reguladas por los artículos 356, 358, y 359, se ejercen en la audiencia preliminar; y (iv) la facultad regulada por los artículos 378, 391 y 395, se presenta en la etapa del juicio. Esta distinción resulta relevante para determinar si las facultades probatorias que pueda tener la víctima para el esclarecimiento de la verdad pueden ser ejercidas directamente por ella (o su apoderado), o si bien, en consideración a los rasgos estructurales y características esenciales del sistema penal con tendencia acusatoria diseñado por el legislador en la Ley 906 de 2004, dicha facultad debe ser ejercida de manera indirecta a través del Fiscal.

En tercer lugar, las facultades probatorias reguladas por las normas en estudio, se refieren a la solicitud (artículo 284, Ley 906 de 2004), descubrimiento (artículo 344, Ley 906 de 2004), exhibición (artículo 358, Ley 906 de 2004), exclusión, rechazo e inadmisibilidad (artículo 359, Ley 906 de 2004), práctica (artículos 284, 391, Ley 906 de 2004) y contradicción de pruebas o elementos materiales probatorios (artículos 356, 378, 395, Ley 906 de 2004).

7.3. En la sentencia C-454 de 2006, precitada en la sección anterior, la Corte precisó el alcance del derecho de las víctimas a solicitar pruebas en la audiencia preparatoria regulada en el artículo 357 de la Ley 906 de 2004 y concluyó que la omisión del legislador, al no incluir a las víctimas dentro de los actores procesales que podían hacer solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, era contraria a la Carta.

Con el fin de examinar la constitucionalidad de esa omisión legislativa relativa, la Corte resolvió cuatro preguntas: (i) ¿Se excluye de su presupuesto fáctico a un sujeto que por encontrarse en una situación asimilable a los que la norma contempla, debería subsumirse dentro de ese presupuesto?; (ii) ¿Existe una razón objetiva y suficiente que justifique esa exclusión?; (iii) ¿Se genera una desigualdad injustificada entre los diferentes actores del proceso? y (iv) ¿Esa omisión entraña el incumplimiento por parte del legislador de un deber constitucional, en este caso del deber de configurar una verdadera intervención de la víctima en el proceso penal? La respuesta positiva a las cuatro preguntas planteadas llevó a la Corte a concluir que en el caso del artículo 357 de la Ley 906 de 2004, para garantizar la efectividad del derecho a acceder a la justicia y del derecho a la verdad, a la víctima debe permitírsele (i) hacer solicitudes probatorias en la audiencia preliminar; (ii) así sea en una etapa

previa al juicio; y (iii) tal posibilidad la puede ejercer directamente la víctima (o su apoderado); y (iv) sin que ello desconozca las especificidades del nuevo sistema acusatorio ni los rasgos estructurales del mismo...

7.4. Este precedente de la Corte Constitucional habrá de seguirse para analizar los cargos del accionante en relación con los artículos 284, 344, 356, 358, 359, 378, 391 y 395 de la Ley 906 de 2004, partiendo de las cuatro preguntas metodológicas que aplicó entonces.

7.4.1. En relación con el numeral 2 del artículo 284 de la Ley 906 de 2004, se observa lo siguiente:

(i) la norma excluye a la víctima de los actores procesales que pueden solicitar la práctica de pruebas anticipadas para lograr el esclarecimiento de los hechos, de las circunstancias de su ocurrencia, la determinación de los responsables, de la magnitud de los daños sufridos y el esclarecimiento de la verdad; (ii) no se observa una razón objetiva que justifique la exclusión de la víctima de esta facultad, como quiera que su participación en esta etapa previa al juicio no conlleva una modificación de los rasgos estructurales del sistema penal introducido por el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, no altera la igualdad de armas, ni modifica la calidad de la víctima como interviniente especialmente protegido; (iii) esta omisión genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal en las etapas previas al juicio; y (iv) entraña un incumplimiento, por parte del legislador, del deber de configurar una verdadera intervención de la víctima en el proceso penal que le impide asegurar el derecho a la verdad y del derecho de las víctimas consagrado en el literal d) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004. Por lo anterior, esta omisión resulta inconstitucional.

En consecuencia, a la luz del cargo analizado, deberá condicionarse la constitucionalidad del numeral 2 del artículo 284 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la víctima también puede solicitar la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías.

7.4.2. En cuanto a las expresiones “*la Fiscalía*” y la “*defensa*” empleadas en el inciso segundo del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, la Corte estima que estas no pueden analizarse aisladamente, sino que es necesario situarlas en el contexto de toda la disposición para comprender su sentido normativo. Por ello, el juicio recaerá sobre todo el artículo 344, por el cargo analizado. Efectuada dicha integración normativa, pasa la Corte a analizar el artículo 344 por este cargo.

Al respecto estima que: (i) la norma excluye a la víctima de los actores procesales que pueden solicitar el descubrimiento de las pruebas; (ii) no se observa una razón objetiva que justifique la exclusión de la víctima de esta facultad, como quiera que su participación en esta etapa solo tiene como finalidad el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica que pretendan hacer valer en juicio, pero no su contradicción, por lo cual esta facultad no conlleva una modificación de los rasgos estructurales del sistema penal con tendencia acusatoria, no altera la igualdad de armas, ni modifica la calidad de la víctima como interviniente especialmente protegido; (iii) esta omisión genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal en las etapas previas al juicio; y al igual que en el caso de las solicitudes probatorias reguladas por el artículo 357 de la Ley 906 de 2004, impide a la víctima asegurar el esclarecimiento de la verdad; (iv) esta omisión envuelve un incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal que le impide asegurar el derecho a la verdad.

Subraya la Corte que el derecho de las víctimas consagrado en el literal d) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004 a que se les facilite el aporte de pruebas, no se ha proyectado al artículo 344, como lo exige el goce efectivo del derecho de las víctimas a la verdad. En consecuencia, a la luz del cargo analizado, deberá condicionarse la exequibilidad del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la víctima también puede solicitar el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica.

7.4.3. En relación con las expresiones “la fiscalía” y “la defensa y “las partes” contenidas en el artículo 356 de la Ley 906 de 2004, observa la Corte que estas no pueden analizarse aisladamente, sino que es necesario situarlas en el contexto de toda la disposición para comprender su sentido normativo. Por ello, el juicio recaerá sobre todo el artículo 356, por el cargo analizado.

Al respecto, encuentra la Corte lo siguiente: (i) la norma excluye a la víctima de los actores procesales que pueden participar en la audiencia preparatoria y hacer observaciones sobre el descubrimiento de elementos probatorios y la totalidad de las pruebas que se harán valer en la audiencia del juicio oral; (ii) no se observa una razón objetiva que justifique la exclusión de la víctima de esta facultad, como quiera que su participación en esta etapa previa al juicio oral solo tiene como finalidad el descubrimiento de elementos probatorios, pero no su contradicción o su práctica, por lo cual no conlleva una modificación de los rasgos estructurales del sistema penal,

no altera la igualdad de armas, ni modifica la calidad de la víctima como interviniente especialmente protegido; (iii) esta omisión genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal en la audiencia preparatoria; e (iv) implica un incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal que le impide asegurar el derecho a la verdad. Reitera la Corte que el propio código reconoce el derecho de las víctimas “a que se les facilite el aporte de pruebas” (literal d) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004). En consecuencia, a la luz del cargo analizado, se declarará la exequibilidad del artículo 356 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la víctima también puede hacer observaciones sobre el descubrimiento de elementos probatorios y de la totalidad de las pruebas que se harán valer en la audiencia del juicio oral.

7.4.4. En relación con la expresión “a solicitud de las partes” usada en el artículo 358 de la Ley 906 de 2004, la Corte considera que esta no puede analizarse aisladamente, sino que es necesario situarla en el contexto de toda la disposición para comprender su sentido normativo. Por ello, el juicio recaerá sobre todo el artículo 358, por el cargo analizado.

Hecha la integración normativa, constata la Corte que: (i) la norma excluye a la víctima de los actores procesales que pueden solicitar la exhibición de los elementos materiales probatorios y evidencia física, con el fin de conocerlos y estudiarlos; (ii) no se observa una razón objetiva que justifique la exclusión de la víctima de esta facultad, como quiera que su participación en esta etapa tiene como finalidad conocer y estudiar los distintos elementos materiales probatorios y la evidencia física que se hará valer en la etapa del juicio oral, por lo cual no conlleva una modificación de los rasgos estructurales del sistema penal acusatorio desarrollado por la Ley 906 de 2004, y por el contrario busca garantizar la igualdad de armas; (iii) esta omisión genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal en la audiencia preparatoria; y (iv) comporta un incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal que le impide asegurar el derecho a la verdad así como la efectividad del derecho de las víctimas “a que se les facilite el aporte de pruebas” consagrado en el literal d) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004. En consecuencia, a la luz del cargo analizado, se declarará la constitucionalidad del artículo 358 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la víctima también puede hacer dicha solicitud.

7.4.5. En relación con la expresión “las partes y el Ministerio público” contenida en el inciso primero del artículo 359 de la Ley 906 de 2004, observa la Corte que

esta no puede analizarse aisladamente, sino que es necesario situarla en el contexto de toda la disposición para comprender su sentido normativo. Por ello, el juicio recaerá sobre todo el inciso primero del artículo 359, por el cargo analizado. Al respecto, encuentra la Corte lo siguiente: (i) la norma no incluye a la víctima dentro de los actores procesales que pueden solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba; (ii) no se observa una razón objetiva que justifique la exclusión de la víctima de esta facultad, ya que su participación en esta etapa permite determinar cuáles medios de prueba resultan admisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que no requieran prueba, y asegura la protección de la víctima contra la práctica o admisión de pruebas que vulneren su dignidad, su intimidad, u otro de sus derechos; (iii) esta omisión genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal en la audiencia preparatoria, y le impide a la víctima la protección de sus derechos a la dignidad, a la intimidad y de otros derechos; e (iv) implica un incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal que le impide asegurar el derecho a la verdad, y la efectividad de los derechos de las víctimas consagrados en el literales b) y d) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004. En consecuencia, a la luz, del cargo analizado se declarará la constitucionalidad del inciso primero del artículo 359 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la víctima también puede solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba.

7.4.6. En relación con la expresión “*las partes*”, empleada en el artículo 378, el artículo 391 y la expresión “*la parte que no está interrogando o el Ministerio Público*”, utilizada en el artículo 395 de la Ley 906 de 2004, es necesario por las mismas razones invocadas anteriormente efectuar una integración con el correspondiente artículo, visto globalmente. Sobre tales disposiciones, la Corte observa que: (i) excluyen a la víctima de los actores procesales que pueden controvertir los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física presentados en la etapa del juicio oral, así como interrogar al testigo y oponerse a las preguntas que se planteen en el juicio oral; (ii) sin embargo, dado que la posibilidad de ejercer estas facultades ocurre en la etapa del juicio oral, sí existe una razón objetiva que justifica la limitación de los derechos de la víctima, como quiera que su participación directa en el juicio oral implica una modificación de los rasgos estructurales del sistema penal acusatorio que comporta una alteración sustancial de la igualdad de armas y convierte a la víctima en un segundo acusador o contradictor en desmedro de la dimensión adversarial de dicho proceso; (iii) por ello, esta omisión no genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal, sino que busca

evitar que la defensa quede en una situación de desventaja en el juicio oral dados sus rasgos esenciales definidos por el propio constituyente; y (iv) tampoco supone un incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal, como quiera que la posibilidad de que la víctima (o su apoderado) intervenga para controvertir los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física presentados en la etapa del juicio oral, así como interrogar al testigo y oponerse a las preguntas que se planteen en el juicio oral, se ejercerá a través del fiscal con base en la actividad propia y en la de las víctimas en las etapas previas del proceso, según los derechos que le han sido reconocidos en esta sentencia y en la ley. En efecto, a lo largo del proceso penal, en las etapas previas, la víctima ha podido participar como interviniente especial en la construcción del caso para defender sus derechos, de tal forma que en el juicio mismo estos se proyectarán mediante la actividad fiscal.

No obstante, la víctima, a través de su abogado, podrá ejercer sus derechos en la etapa del juicio sin convertirse en una parte que pueda presentar y defender su propio caso al margen del Fiscal. El conducto para culminar en esta etapa final del proceso el ejercicio de sus derechos es el fiscal, quien debe oír al abogado de la víctima. Así, por ejemplo, este podrá aportar a la Fiscalía observaciones para facilitar la contradicción de los elementos probatorios, antes y durante el juicio oral, pero solo el fiscal tendrá voz en la audiencia en aquellos aspectos regulados por las normas acusadas. En el evento de que la víctima y su abogado estén en desacuerdo con la sentencia podrán ejercer el derecho de impugnarla, de conformidad con el artículo 177 de la Ley 906 de 2004. Cabe agregar que en el sistema colombiano el Ministerio Público es un interviniente *sui generis* que también puede abogar por los derechos de todos, incluidas las víctimas en dicha etapa, sin sustituir ni al Fiscal ni a la defensa. En esa medida, los artículos 378, 391 y 395 de la Ley 906 de 2004 serán declarados exequibles, por el cargo analizado.

8. Las facultades de la víctima para solicitar medidas de aseguramiento y de protección

8.1. En cuanto a la adopción de medidas de protección o de aseguramiento, el demandante considera que el numeral 1 del artículo 137, la expresión “*el fiscal*” usada en el artículo 306, la expresión “*a petición de la Fiscalía o del Ministerio Público*” contenida en el artículo 316 y la frase “*a solicitud de la fiscalía*” empleada en el artículo 342 de la Ley 906 de 2004, al excluir a la víctima de la posibilidad de solicitar directamente las medidas correspondientes ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según corresponda, le impiden a esta obtener una protección contra

posibles amenazas y la obliga a depender de la actuación del Fiscal en la solicitud de tales medidas. Al respecto, como se dijo sobre otros artículos demandados parcialmente, observa la Corte que estas expresiones no pueden analizarse aisladamente, sino que es necesario situarlas en el contexto de toda la disposición para comprender su sentido normativo. Como se analizará específicamente la facultad de las víctimas en dichas normas, la Corte estima que no es necesario pronunciarse, en este aparte, sobre el artículo 137, al cual se alude en otro apartado.

Ahora bien, las normas acusadas versan sobre dos clases de medidas que podrían tener una incidencia significativa en la protección de los derechos de las víctimas. Los artículos 306 y 316 se refieren a las medidas de aseguramiento, mientras que el artículo 342 alude a las de protección, en sentido estricto. Ambas se proyectan en la protección los derechos de las víctimas. Así, por ejemplo, las medidas de aseguramiento se proyectan en la protección del derecho a la verdad de las víctimas cuando se decretan *“para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia”*. Las medidas de protección, en sentido estricto, amparan también los derechos de las víctimas frente a riesgos para su vida o integridad física o la de sus familias, por ejemplo, debido a posibles amenazas o reacciones adversas por el ejercicio legítimo de sus derechos.

En cuanto a las medidas de aseguramiento, las normas acusadas señalan que es el fiscal quien puede solicitar al juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento, para lo cual debe sustentar el tipo de medida y su urgencia, así como presentar los elementos de conocimiento que fundamentan su solicitud (artículo 306 demandado). Por su parte, el artículo 316 cuestionado señala que frente al incumplimiento del acusado o imputado de las obligaciones impuestas al concederle la detención domiciliaria o las inherentes a medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, el Fiscal o el Ministerio Público son quienes presentan la solicitud de modificación de la medida ante el juez, para que sea este quien la ordene. En cuanto a las medidas de protección, en sentido estricto, la norma acusada indica que es el fiscal quien presenta ante el juez la solicitud de imposición de la medida cuando lo considere necesario para la protección de las víctimas o testigos (artículo 342 demandado). Sobre este tipo de medidas, el nuevo código señala que distintos jueces son competentes para ordenarlas dependiendo de la etapa en que se encuentre el proceso. Así, el artículo 134, no acusado, indica que las víctimas podrán *“solicitar al juez de control de garantías las medidas indispensables para su atención y protección”*.

En cambio, el artículo 342, sí acusado, está ubicado en una etapa del proceso en la cual el juez de conocimiento, *“una vez formulada la acusación”* podrá ordenar este tipo de medidas *“cuando se considere necesario para la protección integral de las víctimas”*.

8.2. Sobre la relevancia que tienen para las víctimas las determinaciones relacionadas con la imposición de medidas de aseguramiento al imputado, en la sentencia C-805 de 2002, la Corte reconoció el derecho de las víctimas del delito a solicitar el control de legalidad de la decisión del fiscal de no imponer medidas de aseguramiento. Así, se reconoció a las víctimas el derecho de controlar las omisiones, inacciones o decisiones que afecten sus derechos... Para resolver si la omisión legislativa señalada por el demandante es inconstitucional, la Corte resolverá las cuatro preguntas metodológicas enunciadas anteriormente.

8.3. Observa la Corte que la solicitud de medidas de aseguramiento o de protección ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según corresponda, tal como ha sido diseñada en la Ley 906 de 2004, sólo puede hacerla el fiscal. Esta fórmula pretende desarrollar el deber de protección de las víctimas establecido en el artículo 250, numeral 7 de la Carta, en concordancia con el literal b) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004.

No obstante, la fórmula escogida por el legislador deja desprotegida a la víctima ante omisiones del fiscal, o ante circunstancias apremiantes que puedan surgir y frente a las cuales la víctima cuente con información de primera mano sobre hostigamientos o amenazas recibidas que hagan necesaria la imposición de la medida correspondiente, o sobre el incumplimiento de la medida impuesta, o la necesidad de cambiar la medida otorgada. Esto se aplica tanto a las medidas de aseguramiento como a las medidas de protección en sentido estricto. Por lo tanto, esta omisión excluye a la víctima como interviniente especial, que por estar en mejores condiciones para contar con información de primera mano sobre la necesidad de medidas de protección o aseguramiento podría efectivamente solicitar al juez competente la medida correspondiente requerida.

8.4. No se vislumbra una razón objetiva y suficiente que justifique esta exclusión. Permitir la solicitud de medidas de aseguramiento o de protección directamente ante el juez competente por la víctima, sin mediación del fiscal, no genera una desigualdad de armas, no altera los rasgos fundamentales del sistema penal con tendencia acusatoria, ni implica una transformación del papel de interviniente especial que tiene la víctima dentro de este sistema procesal penal. Antes bien, asegura en mayor grado la adecuada protección de la vida, integridad, intimidad y seguridad de la víctima, de sus familiares y de los testigos a favor, así como de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

8.5. Esta omisión genera además una desigualdad en la valoración de los derechos de la víctima, al dejarla desprotegida en circunstancias en las que deba

acudirse urgentemente ante el juez competente para solicitar la adopción de una medida de protección o aseguramiento, o la modificación de la medida inicialmente otorgada.

8.6. Finalmente, esta omisión entraña el incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal, en la medida que la deja desprotegida en circunstancias apremiantes o ante la omisión del fiscal en el cumplimiento de su deber de proteger a las víctimas y testigos de posibles hostigamientos o amenazas, y de solicitar las medidas necesarias para promover los fines previstos en el artículo 308 de la ley, los cuales guardan estrecha relación con los derechos de la víctima a la verdad y a la justicia.

Por lo anterior, y por el cargo analizado, se declarará la exequibilidad del artículo 306, del artículo 316 y del artículo 342 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la víctima también puede acudir directamente ante el juez competente, ya sea el de control de garantías o el de conocimiento, según corresponda, a solicitar la medida respectiva. Lo anterior no significa que el juez competente, al recibir de manera directa la solicitud de la víctima en el sentido de que se imponga una medida de aseguramiento o una medida de protección específica, deba proceder a dictarla sin seguir el procedimiento señalado en las normas aplicables. Así, por ejemplo, en el caso de las medidas de aseguramiento debe previamente escuchar al fiscal, a la defensa y al Ministerio Público, como lo exige el propio artículo 306 acusado.

9. Las facultades de la víctima en la aplicación del principio de oportunidad

9.1. Si bien de conformidad con el artículo 250 de la Carta, la Fiscalía General de la Nación, por regla general y en virtud del principio de legalidad, está obligada a ejercer la acción penal, el mismo artículo 250 Superior permitió que excepcionalmente pudiera renunciar a la persecución penal en aplicación del principio de oportunidad. En la sentencia C-873 de 2003 se señala como uno de los rasgos característicos del sistema penal con tendencia acusatoria instaurado mediante el Acto Legislativo No. 03 de 2002 y desarrollado en la Ley 906 de 2004, el poder de disposición del proceso penal... En la sentencia C-673 de 2005, la Corte describió las características regladas y excepcionales del principio de oportunidad... Más recientemente, en la sentencia C-095 de 2007, la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de algunas de las causales de aplicación del principio de oportunidad cuestionadas porque supuestamente adolecían de falta de claridad y precisión.

La Corte dijo lo siguiente sobre la garantía de los derechos de las víctimas: “(...) la Corte concluye que la incorporación a la Constitución Política del principio de oportunidad penal fue hecha por el constituyente secundario en el entendimiento de que la aplicación de tal principio por parte de la Fiscalía estaría sujeta a (i) la definición por parte del legislador de los casos *estrictos y taxativos* en que procedería, y (ii) al control del juez de garantías. Es más, aprecia que sólo animado por la inclusión de esas seguridades, el Congreso otorgó su confianza a la mencionada institución, propia del sistema penal acusatorio. (...). **6.2.3.5.1 El principio de oportunidad no implica el desconocimiento de los derechos de las víctimas...** “Esta protección de las víctimas en ciertos casos es también una obligación internacional del Estado colombiano, pues diversos tratados sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario hacen relación (i) a que debe existir un recurso judicial efectivo al alcance de las víctimas de los delitos que constituyen graves violaciones de derechos humanos o de Derecho Internacional Humanitario; (ii) al deber de los Estados de garantizar el acceso a la justicia; y (iii) al deber de investigar las violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario a fin de que se conozca la verdad; (iv) a la obligación de los Estados de cooperar para la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones de Derecho Humanos, así como a la restauración de los derechos de las víctimas.

Entre estos tratados se encuentran, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagra este tipo de obligaciones de manera especial en el literal a) del numeral 3º del artículo 2º. Así mismo, la Convención Americana de Derechos Humanos, que obliga a los Estados a adoptar medidas efectivas para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales. Igualmente la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, los artículos comunes de los Convenios de Ginebra que implican compromisos estatales en caso de graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario, especialmente los artículos 49, 50 y 51 del Convenio I, la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio y el Estatuto de la Corte Penal Internacional ... “Por esa razón, al desarrollar el artículo 250 superior mediante la expedición de la Ley 906 de 2004, en los artículos 11, 136, 137 y 328 el legislador consagró mecanismos de protección y garantía de los derechos de las víctimas ante la aplicación del principio de oportunidad penal. En efecto, el literal f) del artículo 11 de dicha ley expresamente prevé que el Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, y que en

desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho a “que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto”.

En similar sentido, el artículo 328 de la misma Ley señala que “en la aplicación del principio de oportunidad el fiscal deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas. Para estos efectos deberá oír a las que se hayan hecho presentes en la actuación”. Y de manera más general, el artículo 22 *ibidem* consagra como principio general que irradia toda la interpretación de las normas de procedimiento penal, el siguiente, relativo al derecho de las víctimas a obtener la reparación de los perjuicios sufridos: “Artículo 22. Restablecimiento del derecho. Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal”.

9.2. ... Para el actor no resulta suficiente que el artículo 327 establezca que la víctima sea oída para controvertir la prueba aducida por el fiscal, pues (i) la expresión “resolverá de plano” y (ii) el hecho de que el artículo prevea que contra la decisión que resuelve sobre la aplicación del principio de oportunidad no procede recurso alguno, le llevan a concluir que no existe un control efectivo sobre esa decisión ni una valoración adecuada de sus derechos. Adicionalmente, también considera que (iii) cuando se dé aplicación al principio de oportunidad en cualquiera de las causales del artículo 324, es necesario que se tengan en cuenta los derechos de las víctimas.

9.2.1. Frente al primer cuestionamiento, aun cuando la expresión “de plano” generalmente se emplea para indicar la ausencia de debate probatorio, encuentra la Corte que el contenido del artículo desvirtúa esta conclusión, como quiera que el texto mismo del artículo 327 prevé que la víctima y el Ministerio Público “podrán controvertir la prueba aducida”. Aun cuando la redacción del artículo no es la más afortunada, debe entenderse que el legislador empleó esta expresión no para señalar la ausencia total de debate, sino porque dentro de la estructura del sistema acusatorio por su naturaleza oral y adversarial, la práctica y controversia de pruebas, propiamente dicha, ocurre en la etapa de juicio, en virtud de los principios de inmediación y concentración.

9.2.2. En cuanto al segundo cuestionamiento, según el cual negar a la víctima la posibilidad de impugnar la decisión del juez de control de garantías sobre la aplicación del principio de oportunidad vulnera sus derechos, encuentra la Corte que le asiste la razón al demandante. Dada la trascendencia que tiene la aplicación del principio de oportunidad en los derechos de las víctimas del delito, impedir que estas puedan

impugnar la renuncia del Estado a la persecución penal, sí deja desprotegidos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. Si bien la satisfacción de los derechos de la víctima no solo se logra a través de una condena, la efectividad de esos derechos sí depende de que la víctima tenga la oportunidad de impugnar las decisiones fundamentales que afectan sus derechos. Por lo tanto, impedir la impugnación de la decisión del juez de garantías en este evento resulta incompatible con la Constitución. Por ello, la Corte declarará la inexequibilidad de la expresión “*y contra esa determinación no cabe recurso alguno*”, empleada en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004. La correspondiente apelación se hará, en lo aplicable, de conformidad con lo previsto en los artículos 176, 177, 178 y 179 de la Ley 906 de 2004.

9.2.3. En cuanto al tercer cuestionamiento, considera la Corte que es necesario hacer una lectura sistemática de los artículos 324 y 328 de la Ley 906 de 2004, a fin de examinar cómo han sido garantizados los derechos de las víctimas en la aplicación del principio de oportunidad. De conformidad con lo que establece el artículo 328 de la Ley 906 de 2004, el fiscal debe “*tener en cuenta los intereses de la víctima*” al aplicar el principio de oportunidad. Considera la Corte que es necesario precisar el sentido de las expresiones “*intereses de la víctima*”, y “*tener en cuenta*,” empleadas en el artículo 328. En relación con la expresión “*intereses*”, observa la Corte que esta no se circunscribe al eventual interés económico de la víctima que busca la reparación del daño causado por el delito.

Como quiera que 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, la expresión se refiere en realidad a los derechos de las víctimas, por lo que al aplicar el principio de oportunidad el Fiscal deberá considerar tales derechos integralmente, no un mero interés económico. Adicionalmente, precisa la Corte que la locución “*tener en cuenta*” significa valorar de manera expresa los derechos de las víctimas, a fin de que ésta pueda controlar esa decisión ante el juez de control de garantías y tenga fundamento material para apelar la decisión del juez que estime lesiva de sus derechos. El artículo 27 de la ley parcialmente acusada expresamente alude a la necesidad de ponderar en la aplicación de las normas del código, para evitar, entre otras cosas, “*excesos contrarios*” a la función de la justicia que afecten desproporcionadamente derechos fundamentales.

Cabe señalar que dicha valoración implica sopesar los derechos de las víctimas, así como los fines públicos que justifican, según los casos previstos en la ley, aplicar el principio de oportunidad. En varias causales la estructura de las mismas incluye la necesidad de sopesar los intereses y derechos relevantes previstos en la misma causal. Así, por ejemplo,

el numeral 1 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 admite la aplicación del principio de oportunidad en relación con delitos sancionados con pena privativa de la libertad inferior a 6 años siempre que se haya “*reparado integralmente a la víctima*”.

Igualmente, el numeral 14 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 señala que se podrá aplicar el principio cuando se trate de delitos que afecten mínimamente derechos colectivos, “*siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse*.” En sentido similar, el numeral 15 autoriza la aplicación del principio cuando “*la persecución penal de un delito comporte problemas sociales significativos*,” y siempre y cuando se produzca “*una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas*.” El hecho de que en otras causales no se incluya específicamente algún derecho de las víctimas no significa que estos no deban ser ponderados, puesto que en virtud de la regla general mencionada, siempre deben ser tenidos en cuenta, es decir, sopesados jurídicamente.

Lo anterior no significa que como resultado de esa valoración y sopesación siempre deban prevalecer los derechos de las víctimas y que nunca se pueda aplicar el principio de oportunidad, puesto que tal como fue diseñado por el legislador, la aplicación de este supone la valoración de los derechos de las víctimas y la realización de un principio de verdad y de justicia, y no excluye la posibilidad de acudir a la acción civil para buscar la reparación de los daños. En efecto, la aplicación de cualquiera de las causales del artículo 324 exige un principio de verdad respecto de la autoría y la tipicidad de la conducta, como quiera que deben existir elementos de juicio fácticos que conduzcan a inferencias razonables sobre la realización de la conducta, su adecuación típica y la participación del investigado en la misma, para que el fiscal sopesa la pertinencia de aplicar el principio de oportunidad.

Al respecto, es imposible exigir la convicción que solo puede resultar después de concluido el juicio. El propio artículo 327 establece que para la aplicación del principio de oportunidad es necesario que haya “*un mínimo de pruebas que permita inferir la autoría o la participación en la conducta y su tipicidad*”. De lo contrario, no se respetaría la presunción de inocencia que el mismo artículo prohíbe “comprometer”. De otro lado, exigir certeza sobre la autoría y la tipicidad plantearía el dilema de adelantar la investigación y el proceso penal hasta un momento tal que el principio de oportunidad perdería su razón de ser. En el mismo sentido, tampoco pueden ser asimilados el principio de oportunidad y la preclusión. Son figuras diferentes, con causales distintas, efectos diversos y aplicables en momentos distintos cuando se reúnen condiciones específicas distinguibles. Por ejemplo, la preclusión procede a partir de la formulación de la imputación (Artículo 331, Ley 906 de 2004), mientras

que el principio de oportunidad se puede aplicar antes de dicha etapa procesal, según sea la causal invocada (Artículo 324, Ley 906 de 2004).

Igualmente, para la verificación de las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo 324 –pena máxima, reparación integral a la víctima y ausencia o decadencia del interés del Estado en ejercer la acción penal– no es necesario haber superado la etapa de formulación de la imputación. Y aun antes de dicha etapa, los derechos de las víctimas habrán sido sopesados, al tenor de lo que establece esa misma norma. En este punto es preciso recordar que, desde una perspectiva global, la aplicación del principio de oportunidad supone un principio de justicia, porque en varios de los casos previstos en el artículo 324 su empleo parte de la realización de una investigación y, además, permite avanzar en la investigación de otros delitos y garantizar así los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas de otros delitos. En otros casos, es la falta de necesidad en la aplicación de la pena, dados los hechos investigados y evidenciados, lo que justifica la aplicación de dicho principio. Además, resalta la Corte, el derecho de las víctimas a la justicia no se logra solamente a través de una condena en un caso particular.

La aplicación del principio de oportunidad también promueve la justicia, en la medida en que contribuye a la protección efectiva de bienes jurídicos de mayor entidad, lo cual redundaría en la protección de los derechos de las víctimas de delitos más graves. Este aspecto del principio de oportunidad también es relevante al momento de efectuar una ponderación para que el fiscal determine si procede su aplicación. El propio legislador prohibió la aplicación de dicho principio para ciertos delitos de extrema gravedad que protegen bienes jurídicos de enorme importancia, delitos que fueron expresamente enumerados en el parágrafo 3 del artículo 324. De otra parte, aplicar el principio de oportunidad, en el caso de delitos de baja entidad para promover la identificación de los autores y partícipes en los delitos de extrema gravedad, redundaría en beneficio de la justicia y en la protección de los derechos de las víctimas de esos delitos de mayor entidad cuyo esclarecimiento y consecuente identificación de los responsables usualmente es más difícil. De lo anterior se concluye que no existe la omisión legislativa relativa alegada por el accionante, dado que en la aplicación del artículo 324 de la Ley de 906 de 2004 se debe tener en cuenta lo que prevé el artículo 328 de la misma ley, el cual, interpretado de manera armónica con las demás normas que rigen los derechos de las víctimas, ofrece una protección de tales derechos a través del mecanismo allí previsto.

También resalta la Corte que el artículo 326, para una de las modalidades de aplicación del principio de oportunidad –la suspensión de la acción penal–, prevé

mecanismos de protección de los derechos de las víctimas que pueden guiar a los fiscales y al juez de control de garantías al valorar tales derechos. En consecuencia, se declarará la exequibilidad del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 por los cargos analizados en esta sentencia.

10. Las facultades de la víctima frente a la solicitud de preclusión

10.1. Considera el demandante que el inciso 4 del artículo 333 de la Ley 906 de 2004, que establece que “*en ningún caso habrá lugar a solicitud ni práctica de pruebas*”, le impide a la víctima controvertir adecuadamente la solicitud de preclusión que presente el fiscal, y por lo tanto vulnera sus derechos a la verdad, a la justicia, y a la reparación integral. Dicho artículo será analizado globalmente, por el cargo, de la misma forma que lo hizo la Corte con otras disposiciones acusadas parcialmente, en virtud de los criterios sobre integración normativa ya mencionados.

10.2. Observa la Corte que la preclusión de la investigación penal se presenta cuando el fiscal considera que no existe mérito para acusar (artículo 331, Ley 906 de 2004), lo cual ocurre, según el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, cuando (i) existe imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; (ii) exista una causal de exclusión de responsabilidad penal, (iii) el hecho investigado no haya ocurrido; o (iv) sea atípico; (v) el imputado no haya intervenido en el hecho investigado; (vi) sea imposible desvirtuar la presunción de inocencia; o (vii) hayan vencido los términos previstos en los artículos 175 y 294 de La Ley 906 de 2004. Según el trámite previsto en el artículo 333 de la Ley 906 de 2004, la solicitud de preclusión la hace el fiscal ante el juez de conocimiento, en una audiencia preliminar que tiene lugar a partir de la formulación de la imputación, antes del juicio oral. En dicha audiencia participan el fiscal, la víctima, el agente del Ministerio Público, y el defensor del imputado. En dicha audiencia, el fiscal expone su solicitud e indica los elementos materiales probatorios que lo llevaron a concluir que no existe mérito para acusar. Luego de esta intervención, la víctima, el agente del Ministerio Público y el defensor del imputado pueden oponerse a la solicitud del fiscal. Sin embargo, tal como está previsto, no pueden solicitar ni practicar pruebas. Culminado el debate, el juez motivará oralmente su decisión, para lo cual puede suspender la audiencia por una hora, a fin de preparar su decisión. Si la decisión es decretar la preclusión, cesa la persecución penal en contra del imputado por esos hechos, y se revocan las medidas cautelares que se hayan impuesto. Tal decisión tiene efectos de cosa juzgada. Si la decisión es rechazar la preclusión, las diligencias vuelven a la fiscalía. Esa decisión

se adopta mediante sentencia, y contra ella, según lo establece el artículo 177 de la Ley 906 de 2004, cabe la apelación.

10.3. Al igual que lo que sucede con la decisión de archivo de las diligencias, regulada en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004 y examinada por la Corte en la sentencia C-1154 de 2005, precitada, la decisión de preclusión tiene incidencia directa sobre los derechos de las víctimas, en la medida en que afecta el esclarecimiento de la verdad y la obtención de justicia en el caso concreto. En este caso, dado que cuando se decreta la preclusión, esta decisión tiene como efecto cesar la persecución penal contra el imputado respecto de los hechos objeto de investigación, y tiene efectos de cosa juzgada, no permitir a la víctima controvertir adecuadamente la solicitud del fiscal puede conducir a una afectación alta de sus derechos, e incluso, a la impunidad.

En efecto, dado que al decretarse la preclusión, la víctima no puede solicitar la reanudación de la investigación, ni aportar nuevos elementos probatorios que permitan reabrir la investigación contra el imputado favorecido con la preclusión, resulta esencial adelantar un control adecuado de las acciones y omisiones del fiscal, y controvertir de manera efectiva de sus decisiones. Por ello, el trámite de la solicitud de preclusión debe estar rodeado de las mayores garantías. El artículo 333 de la Ley 906 de 2004 prevé algunas: (i) la intervención del juez de conocimiento para la adopción de la decisión; (ii) la exigencia de que la solicitud del fiscal sea motivada y esté fundada en elementos materiales probatorios y evidencia física; (iii) la posibilidad de que la víctima, el Ministerio Público y el defensor del imputado, hagan uso de la palabra para controvertir la petición del fiscal; y (iv) que esté previsto que contra la sentencia que resuelve la solicitud de preclusión proceda la apelación. No obstante, la controversia de la solicitud del fiscal tal como ha sido regulada por el artículo 333, puede resultar inocua, si no se permite la práctica de pruebas que muestren que sí existe mérito para acusar, o que no se presentan las circunstancias alegadas por el fiscal para su petición de preclusión. Entonces, se declarará exequible el artículo 333 en el entendido de que las víctimas pueden allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal.

11. Las facultades de la víctima en la definición de la teoría del caso y en la formulación de la acusación en la etapa del juicio

11.1. De conformidad con las reformas introducidas por el Acto Legislativo No. 3 de 2002 al proceso penal, el poder de acusación corresponde a la Fiscalía. Siguiendo ese lineamiento, la Ley 906 de 2004 estableció en el artículo 114 como

atribución expresa de la Fiscalía General de la Nación: “Investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito,” y el artículo 116, en su numeral primero, señaló como atribución especial del Fiscal General de la Nación “investigar y acusar, si hubiere lugar, a los servidores públicos que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.” No obstante, la radicación de la acusación en cabeza de la Fiscalía, no excluye la posibilidad de que las víctimas contribuyan a la construcción del caso que presente el fiscal ante el juez de conocimiento. Los artículos cuestionados por el actor, se refieren al contenido del documento de acusación (Artículo 337, Ley 906 de 2004), al trámite en la audiencia de formulación de acusación (Artículo 339, Ley 906 de 2004), y a la presentación de la teoría del caso en el juicio oral (Artículo 371, Ley 906 de 2004). En relación con ellos, señala el demandante que el artículo 337, así como las expresiones “a las demás partes”, “la Fiscalía, el Ministerio Público y defensa” contenidas en el inciso primero del artículo 339 y 371 de la Ley 906 de 2004, al excluir a la víctima de la posibilidad de participar en la definición de la teoría del caso y en la formulación de la acusación, cercena sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

11.2. Observa la Corte que según el artículo 336 de la Ley 906 de 2004, cuando de los elementos materiales probatorios, y la evidencia física e información legalmente obtenida en la etapa de investigación permitan afirmar con “probabilidad de verdad”, que la conducta delictiva existió y que el imputado es el autor o partícipe, el fiscal presenta ante el juez de conocimiento un escrito de acusación, en el cual, entre otras cosas, se individualiza a los acusados, se hace una relación sucinta de los hechos, y se efectúa el descubrimiento de las pruebas, para mencionar solo algunos de los requisitos de la acusación (artículo 337, Ley 906 de 2004). Copia de este documento se entrega al acusado, al Ministerio Público, y a las víctimas “con fines únicos de información.” Posteriormente, el juez de conocimiento fija la fecha y hora para la audiencia de formulación de acusación (artículo 338, Ley 906 de 2004). En el trámite de la audiencia de formulación de acusación, se señala de manera expresa y taxativa quiénes pueden intervenir: las partes procesales, la Fiscalía y la defensa, y el Ministerio Público.

Tal como lo señala el demandante, la víctima no fue incluida dentro de los actores procesales que participan en dicha audiencia ni está prevista su intervención siquiera incidental en esta etapa, con lo cual se confirma que el traslado del escrito de acusación que se le hace a la víctima en el artículo 337 tiene un carácter eminentemente informativo y no le permite ningún tipo de actuación para controlar la adecuación típica, o el descubrimiento de las pruebas que hará valer el fiscal en

la etapa del juicio oral. Según lo que señala el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, la finalidad de la intervención de los actores procesales autorizados a participar en la audiencia de formulación de acusación es la de ejercer un control de esta a través de dos medios: (i) la formulación de observaciones al escrito de acusación, a fin de que el fiscal lo aclare, corrija o adicione, y además (ii) la manifestación oral de causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, o nulidades que pudiera haber. La exclusión de la víctima en esta etapa le impide fijar su posición frente a la acusación, y, en especial, actuar de manera que se garanticen efectivamente sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación en un momento crítico del proceso. La participación que tienen las víctimas en la audiencia de formulación de acusación se refiere al reconocimiento de su calidad de víctimas y el de su representación legal (Artículo 341, Ley 906 de 2004). Y, en el evento de que el fiscal lo considere necesario y urgente, para que se adopten las medidas de protección integral a las víctimas y testigos. (Artículo 342, Ley 906 de 2004).

11.3. De lo anterior surge que, tal como fue diseñado por el legislador, la víctima no tiene ninguna posibilidad de fijar su posición sobre la acusación, ni sobre la adecuación típica o el descubrimiento de pruebas que hará valer el fiscal en la etapa del juicio oral, mientras que las partes e intervinientes como el Ministerio Público, sí tienen esa posibilidad. Dado que no necesariamente existe coincidencia de intereses entre la fiscalía y la víctima, o entre la víctima y el Ministerio Público en la etapa de la definición de la acusación, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral pueden resultar desprotegidos en esta etapa crucial del proceso penal. Teniendo en cuenta la trascendencia de la participación de la víctima en esta etapa de la actuación penal es claro que la omisión del legislador pone en riesgo la efectividad de los derechos de la víctima y por ello resulta inconstitucional.

Si bien es cierto que la Constitución radicó la facultad de acusación en la Fiscalía, no se ve una razón objetiva y suficiente que justifique la exclusión completa de la víctima en la fijación de su posición frente a la acusación, puesto que la intervención de la víctima no supone una modificación de las características estructurales del sistema penal con tendencia acusatoria, ni una transformación de la calidad de interviniente especialmente protegido que tiene la víctima. La fijación de su posición no afecta la autonomía del Fiscal para acusar, ni mucho menos lo desplaza en el ejercicio de las facultades que le son propias. Esta exclusión de las víctimas genera una desigualdad injustificada frente a los demás actores del proceso que desprotege sus derechos. Por ello, tanto la limitación que hace el artículo 337, de restringir la finalidad de la entrega del escrito de acusación “*con fines únicos de información*”, como la

omisión de incluir a la víctima (o a su apoderado) en la audiencia de formulación de acusación para que haga observaciones, solicite su aclaración o corrección o para que se manifieste sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades, significa un incumplimiento de los deberes constitucionales que tiene el legislador en la protección de los derechos de la víctima.

Por lo expuesto, la Corte declarará la inexecutable de la expresión “*con fines únicos de información*” contenida en el inciso final del artículo 337 de la Ley 906 de 2004. Igualmente, declarará la exequibilidad del artículo 339 en el entendido de que la víctima también puede intervenir en la audiencia de formulación de acusación para elevar observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades.

11.4. Cosa distinta sucede con la posibilidad de que la víctima intervenga en la etapa del juicio oral para presentar una teoría del caso, diferente o contraria a la de la defensa, que pueda discrepar de la del Fiscal. De conformidad con lo que establece el artículo 371, en la etapa del juicio oral, el fiscal presentará la teoría del caso, y lo mismo hará la defensa, pero dicho artículo no prevé que la víctima tenga participación alguna en este momento del juicio oral. No obstante, tal como se señaló al rechazar la posibilidad de que la víctima interviniera directamente en la audiencia del juicio oral para controvertir pruebas o interrogar a los testigos, aquí también está justificada la limitación de sus derechos. Dado el carácter adversarial de esta etapa del juicio penal y la necesidad de proteger la igualdad de armas, no puede la víctima participar de manera autónoma y al margen de la actuación del fiscal. Advierte la Corte que el artículo 443 de la Ley 906 de 2004 prevé la posibilidad de que el abogado de las víctimas intervenga para hacer alegatos finales al concluir el juicio.

Esta participación del abogado de la víctima no introduce un desbalance en el juicio ni le resta su dinámica adversarial, puesto que ella se presenta al final de esta etapa, con miras precisamente a que la voz de las víctimas se escuche antes de concluir esta etapa del proceso. Por lo tanto, la Corte reiterará que, dado que en las etapas previas del proceso penal la víctima ha tenido la oportunidad de participar como interviniente especial para contribuir en la construcción del expediente por parte del fiscal, en la etapa del juicio oral la víctima, a través de su abogado, podrá ejercer sus derechos sin convertirse en una parte que pueda presentar y defender su propia teoría al margen del Fiscal, y en esa medida, el ejercicio de sus derechos se materializará a través del fiscal, quien debe oír al abogado de la víctima. Dada la importancia que tiene para la víctima la posibilidad de que el fiscal le oiga, el juez deberá velar para que dicha comunicación sea efectiva, y cuando así lo solicite el

fiscal del caso, decretar un receso para facilitar dicha comunicación. En todo caso, si la víctima y su abogado están en desacuerdo con la sentencia podrán ejercer el derecho de impugnarla. Por lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 371 de la Ley 906 de 2004.

12. Las facultades de la víctima de impugnación de decisiones fundamentales

12.1. Para el demandante los artículos 11 y 137 de la Ley 906 de 2004 cercenan los derechos de las víctimas al no consagrar expresamente la posibilidad de impugnar decisiones adversas, en las distintas etapas del proceso, ya sea ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento. Al precisar las decisiones que la víctima no tenía la posibilidad de impugnar, el demandante mencionó la decisión de preclusión (artículo 333, Ley 906 de 2004), la posibilidad de controvertir el escrito de acusación (artículos 337 y 339, Ley 906 de 2004), la que resuelve sobre la aplicación del principio de oportunidad (artículo 327, Ley 906 de 2004) y las de exclusión, inadmisión y rechazo de los medios de prueba (artículo 359, Ley 906 de 2004). Como se advirtió anteriormente, la efectividad de los derechos de las víctimas del delito depende del ejercicio de varias garantías procedimentales, entre otras las siguientes: (i) el derecho a ser oídas; (ii) el derecho a impugnar decisiones adversas, en particular las sentencias absolutorias y las que conlleven penas irrisorias; (iii) el derecho a controlar las omisiones o inacciones del fiscal, y (iv) el derecho a ejercer algunas facultades en materia probatoria.

Puesto que en esta sentencia ya se han adoptado decisiones de inexequibilidad o exequibilidad condicionada con miras a asegurar la proyección de los derechos de las víctimas en los momentos fundamentales a lo largo de la evolución del proceso penal, la Corte entiende que los artículos 11 y 137 han de ser leídos en armonía con tales decisiones específicas. Sin embargo, la Corte estima que una vez garantizados el derecho de impugnación de las víctimas en dichos momentos específicos de la evolución del proceso penal, según la regulación establecida por el propio legislador, no es constitucionalmente necesario condicionar de manera general los artículos 11 y 137. Lo anterior no obsta para que en ocasiones posteriores la Corte se pronuncie sobre la existencia y el alcance del derecho de impugnación de las víctimas en otros momentos específicos del proceso penal con los efectos que estime constitucionalmente necesarios.

13. Necesidad de integración normativa

Habiendo examinado las normas cuestionadas por el demandante en las que se excluía a la víctima de intervenir efectivamente en las etapas críticas del proceso penal, se pregunta la Corte Constitucional si existen otras disposiciones de la Ley 906 de 2004 relativas a etapas cruciales de la actuación penal en las que la intervención de la víctima no haya sido prevista ni se le haya reconocido la posibilidad de controlar las inacciones u omisiones del fiscal. Encuentra la Corte que el artículo 289 de la Ley 906 de 2004, que regula la audiencia de formulación de la imputación, no prevé la intervención efectiva de la víctima para la protección de sus derechos. Dado que en esta etapa de la actuación penal se pueden adoptar medidas de aseguramiento y se interrumpe la prescripción penal, la intervención de la víctima para controlar posibles omisiones o inacciones del fiscal resulta fundamental para la garantía de sus derechos. Sin embargo, el artículo 289 de la Ley 906 de 2004, que regula las formalidades de la audiencia de imputación, sólo prevé la presencia del imputado y su abogado, pero no la de la víctima, por lo cual, a fin de permitir su intervención efectiva, se debe garantizar la presencia de la víctima en esta audiencia, y con este fin es necesario condicionar la norma.

Si bien la víctima o su abogado no hacen la imputación, como quiera que no existe una acción penal privada, para la garantía de los derechos de las víctimas es preciso asegurar su presencia a fin de conocer la imputación que haga el fiscal y para proteger sus derechos y dignificar su condición de víctimas. Puesto que la intervención de la víctima en esta etapa por estos medios no altera los rasgos estructurales del proceso penal acusatorio, ni transforma el rol de la víctima como interviniente especial, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 289 de la Ley 906 de 2004 con el siguiente condicionamiento: en el entendido de que la víctima también puede estar presente en la audiencia de formulación de la imputación.

14. Conclusión

De conformidad con lo anterior, la Corte Constitucional reitera que los derechos de la víctima del delito a la verdad, la justicia y la reparación integral se encuentran protegidos en el sistema penal con tendencia acusatoria desarrollado por la Ley 906 de 2004, pero dicha protección no implica un traslado automático de todas las formas y esquemas de intervención mediante los cuales la víctima ejerció sus derechos en el anterior sistema procesal penal regulado por la Ley 600 de 2000, sino que el ejercicio de sus derechos debe hacerse de manera compatible con los rasgos estructurales y las características esenciales de este nuevo sistema procesal, creado

por el Acto Legislativo 03 de 2002. En consecuencia, las víctimas podrán intervenir de manera especial a lo largo del proceso penal de acuerdo a las reglas previstas en dicha normatividad, interpretada a la luz de sus derechos constitucionales, así:

1. En la etapa de investigación, en lo que tiene que ver con la práctica de pruebas anticipadas regulada en el artículo 284 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que el numeral 2 del artículo 284 de la Ley 906 de 2004 era exequible en el entendido de que la víctima también podrá solicitar la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías.
2. En la etapa de imputación, en cuanto a lo regulado en el artículo 289 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que la víctima podrá estar presente en la audiencia de formulación de la imputación.
3. En cuanto a la adopción de medidas de aseguramiento y de protección, en lo regulado por los artículos 306, 316 y 342 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que la víctima también puede acudir directamente ante el juez competente, según el caso, a solicitar la medida correspondiente.
4. En relación con el principio de oportunidad regulado en los artículos 324, y 327, la Corte Constitucional concluyó que se deberán valorar expresamente los derechos de las víctimas al dar aplicación a este principio por parte del fiscal, a fin de que estas puedan controlar las razones que sirven de fundamento a la decisión del fiscal, así como controvertir la decisión judicial que se adopte al respecto.
5. En materia de preclusión de la acción penal, en lo que atañe a la regulación prevista en el artículo 333 de la Ley 906 de 2004, la Corte concluyó que se debe permitir a la víctima allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal.
6. En cuanto a la etapa de acusación, en lo regulado por los artículos 337, 339 y 344 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que la víctima también puede intervenir en la audiencia de formulación de acusación para formular observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades. En consecuencia, declaró inexecutable la expresión “con fines únicos de información” contenida en el artículo 337 y exequible el artículo 344 en el entendido de que la víctima también puede solicitar al juez el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica.

7. En la etapa del juicio, la Corte Constitucional consideró que no era posible que la víctima interviniera para presentar una teoría del caso, diferente o contraria a la de la defensa. Habida cuenta de que en las etapas previas del proceso penal esta ha tenido la oportunidad de participar como interviniente especial para contribuir en la construcción del expediente por parte del fiscal, en la etapa del juicio oral la víctima podrá ejercer sus derechos a través del fiscal, quien es el facultado para presentar una teoría del caso construida a lo largo de la investigación.

Dada la importancia que tiene para la víctima la posibilidad de que el fiscal le oiga, el juez deberá velar para que dicha comunicación sea efectiva, y cuando así lo solicite el fiscal del caso, decretar un receso para facilitar dicha comunicación con el abogado de la víctima, sin excluir su acceso directo al fiscal. En consecuencia, la Corte Constitucional declaró exequibles los artículos 371, 378, 391, y 395 de la Ley 906 de 2004, en lo demandado y por el cargo analizado”.

3. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE VÍCTIMA

Corte Constitucional, Sentencia C-516 de 2007, Expediente D-6554, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

3.4. El alcance del concepto de víctima del delito y la determinación de esa calidad en el proceso penal

Los demandantes estiman que el primer segmento del artículo 340 que establece que “*En esta audiencia —de formulación de imputación— se determinará la calidad de víctima, de conformidad con el artículo 132*”, es inconstitucional por vulnerar el derecho de acceso a un mecanismo judicial efectivo. A su juicio se trata de un reconocimiento tardío de la condición de víctima, en una fase avanzada del proceso, circunstancia que le impide intervenir en etapas previas determinantes. Para abordar el estudio del cargo considera necesario la Corte efectuar integración normativa del segmento acusado con el contenido del artículo 132 (inciso primero) que permite su cabal entendimiento. En esta ocasión se estructura la primera de las hipótesis en que, según la jurisprudencia de esta Corporación, procede la integración de la unidad normativa, dado que el segmento normativo demandado, visto de manera aislada, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de forma que, para entenderlo y aplicarlo, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el artículo 132 que complementa su alcance. Así mismo, se hace necesaria la

integración normativa con el artículo 92 (incisos primero y segundo), e inciso 2° del artículo 102 que reproducen expresiones que llevan implícito el alcance del concepto de víctima que adopta el estatuto procesal penal en el artículo 132. En este evento la integración normativa se hace con fundamento en la segunda hipótesis autorizada por la jurisprudencia.

El pronunciamiento se efectuará entonces en relación con el segmento demandado del artículo 340, el inciso primero del 132, los incisos primero y segundo del artículo 92, y el inciso segundo del artículo 102, referidos todos al alcance del concepto de víctima. Integrado así el objeto normativo sobre el cual recaerá el pronunciamiento de la Corte, se plantean dos cuestiones de relevancia constitucional que deben ser resueltas: (i) Una, conceptual, relativa a si la determinación de la condición de víctima en los términos previstos en el artículo 132 —al que remite el precepto impugnado— es acorde con la Constitución; (ii) y otra, de oportunidad, consistente en establecer si el hecho de que la determinación de esa condición se efectúe en la audiencia de formulación de imputación es consecuente con su derecho a un recurso judicial efectivo.

3.4.1. El alcance del concepto de víctima conforme a la Constitución

El artículo 340 demandado establece que la calidad de víctima debe ser determinada por el juez de conformidad con el artículos 132, precepto que prevé que son víctimas, para los efectos previstos en el estatuto procesal penal, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derecho, que, individual o colectivamente, hubiesen sufrido un **daño directo** como consecuencia del delito. El artículo 92 al indicar los sujetos habilitados para solicitar ante el juez de control de garantías medidas cautelares sobre bienes del imputado o acusado, incluye como única categoría a la **víctima directa**, quien (inciso segundo) acreditará sumariamente su condición de tal, la naturaleza del daño recibido y la cuantía de su pretensión. En tanto que el inciso 2° del artículo 102 establece que cuando la pretensión sea exclusivamente económica sólo podrá formularla **la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes**.

Corresponde en consecuencia establecer si el alcance que los mencionados preceptos asignan al concepto de víctima respeta los estándares que la jurisprudencia constitucional ha establecido con base en los principios constitucionales que informan los derechos de las víctimas y los aportes derivados del derecho internacional que han sido adoptados por esa jurisprudencia. Al respecto conviene destacar que si bien

la Constitución Política no contempla una definición de víctima, en su artículo 250 numeral 6° establece como una de las atribuciones de la Fiscalía General de la Nación la de solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito. (Se subraya). En el derecho internacional la tendencia es a considerar víctima a toda persona que hubiese sufrido un daño a consecuencia del delito.

Así, el conjunto de principios y directrices básicas de la ONU sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves de derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones¹, establece que *“A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida económica o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o a las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización”*.

Siguiendo esa tendencia del derecho internacional² la jurisprudencia de esta Corporación se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre el alcance del concepto de víctima, precisando que son titulares de los derechos a la justicia, la verdad y la reparación las víctimas y perjudicados con el delito que hubiesen sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera que sea la naturaleza de este. Este criterio se ha sostenido tanto en el contexto de los procesos penales de la justicia ordinaria en el ámbito nacional, como en el contexto de la justicia transicional, y de la justicia internacional³. En relación con los procesos que se adelantan conforme al estatuto procesal ordinario (Ley 600 de 2000), la Corte precisó que están legitimados para

1 E/CN.4/2005/L.48. Abril 13 de 2005. Aprobados por la Comisión de Derechos Humanos mediante Resolución 2005/35 del 19 de abril de 2005.

2 La regla 85 del documento de las Reglas de Procedimiento y Pruebas, anexo al estatuto de la Corte Penal Internacional, establece que *“para los fines del Estatuto y de las Reglas procedimiento y Pruebas: a) “Por “víctima” se entenderá a las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte”*.

3 Sentencias C- 228 de 2002, C-370 de 2006, C-578 de 2002.

perseguir la garantía de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación tanto la víctima directa, como los perjudicados con el hecho punible: “(...) La víctima es la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica mientras que la categoría ‘perjudicado’ tiene un alcance mayor en la medida en que comprende a todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito. Obviamente, la víctima sufre también un daño, en ese sentido, es igualmente un perjudicado”⁴.

Fundamentó la legitimación para intervenir en los procesos penales en procura de la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en la existencia de un daño real, concreto y específico, no necesariamente de contenido patrimonial, el cual puede ser padecido tanto por la víctima directa, como por los perjudicados con el delito, al respecto indicó: “Se requiere que haya un daño real, *no necesariamente de contenido patrimonial*, concreto y específico, que legitime la participación de la víctima o de los perjudicados en el proceso penal para buscar la verdad y la justicia, el cual ha de ser apreciado por las autoridades judiciales en cada caso. (...) Demostrada la calidad de víctima, o en general que la persona ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de este, está legitimado para constituirse en parte civil, y puede orientar su pretensión a obtener exclusivamente la realización de la justicia, y la búsqueda de la verdad, dejando de lado cualquier objetivo patrimonial. Es más: aun cuando esté indemnizado el daño patrimonial, cuando este existe, si tiene interés en la verdad y la justicia, puede continuar dentro de la actuación en calidad de parte. Lo anterior significa que el único presupuesto procesal indispensable para intervenir en el proceso, es acreditar el daño concreto, sin que se le pueda exigir una demanda tendiente a obtener la reparación patrimonial”⁵.

Este precedente establecido antes de la entrada en vigencia del sistema procesal penal configurado por el A.L. No. 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, conserva plena aplicabilidad frente a la determinación de la legitimidad y el alcance de los derechos de las víctimas en este modelo procesal, en virtud de que se funda en una concepción amplia deducida de los valores, principios y derechos que irradian igualmente el nuevo ordenamiento procesal como son los derechos de las víctimas del delito 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. Una concepción amplia de la titularidad para pedir garantía de los derechos a la verdad, a la justicia

4 Sentencia C- 228 de 2002.

5 Sentencia C- 228 de 2002.

y a la reparación en el proceso penal es reforzada así mismo por el numeral 6° del artículo 250 de la Carta, modificado por el A.L. No. 03 de 2002, que además de las medidas de protección y asistencia para las víctimas dispone el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

En el contexto de la justicia transicional esta Corporación, apoyándose en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que son víctimas o perjudicados, entre otros, las víctimas directas y sus familiares, sin distinguir, al menos para reconocer su condición de víctimas del delito, el grado de relación o parentesco. Indicó que (...) *“el intérprete autorizado de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, cuyo artículos 8 y 25 hacen parte del bloque de constitucionalidad, ha señalado que los parientes, sin distinción, que puedan demostrar el daño, tienen derecho a un recurso efectivo para exigir la satisfacción de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación”*. Expresó la Corte en esa oportunidad que:

[V]iola el derecho a la igualdad y los derechos de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a un recurso judicial efectivo las disposiciones de la Ley demandada que excluyen a los familiares que no tienen primer grado de consanguinidad con la víctima directa, de la posibilidad de que, **a través de la demostración del daño real, concreto y específico sufrido con ocasión de las actividades delictivas de que trata la ley demandada,** puedan ser reconocidos como víctimas para los efectos de la mencionada Ley. También viola tales derechos excluir a los familiares de las víctimas directas cuando estas no hayan muerto o desaparecido. Tales exclusiones son constitucionalmente inadmisibles, lo cual no obsta para que el legislador alivie la carga probatoria de ciertos familiares de víctimas directas estableciendo presunciones como lo hizo en los incisos 2 y 5 del artículo 5 de la ley acusada⁶.

Concluyó la Corte señalando que: *“Las víctimas que demuestren haber sufrido un daño real, concreto y específico, así como sus familiares que cumplan los requisitos probatorios correspondientes, pueden hacer valer sus derechos”*. De tal manera que en el ámbito nacional, tanto en contexto de justicia regida por la ley penal ordinaria como en justicia transicional, la jurisprudencia de esta Corporación ha fundado la legitimidad

6 Sentencia C-370 de 2006.

para intervenir en condición de víctima, perjudicado o “afectado con el delito”, en la acreditación de un daño real, concreto y específico.

En relación con el ámbito internacional, en la Sentencia C-578 de 2002⁷, al estudiar la constitucionalidad de la Ley 742 de 2002, por medio de la cual se aprobó el estatuto de la Corte Penal Internacional, al referirse a los criterios de ponderación de los valores de justicia y paz, dijo la Corte: “No obstante lo anterior, y con el fin de hacer compatible la paz con la efectividad de los derechos humanos y el respeto al derecho internacional humanitario, el derecho internacional ha considerado que los instrumentos internos que utilicen los Estados para lograr la reconciliación deben garantizar a las víctimas y perjudicados de una conducta criminal, la posibilidad de acceder a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y obtener una protección judicial efectiva. Por ello, el Estatuto de Roma, al recoger el consenso internacional en la materia, no impide conceder amnistías que cumplan con estos requisitos mínimos, pero sí las que son producto de decisiones que no ofrezcan acceso efectivo a la justicia”. (Se subraya).

De los referentes normativos y los precedentes jurisprudenciales reseñados se extraen varios elementos que guiarán el análisis de constitucionalidad de los preceptos que regulan el alcance del concepto de víctima: (i) Conforme al texto constitucional, en desarrollo del principio de dignidad, del derecho de participación y del derecho a un recurso judicial efectivo, tienen acceso a la asistencia, al restablecimiento del derecho y a la reparación integral tanto las víctimas como los afectados con el delito (Art. 250.2 C.P.); (ii) la tendencia en el derecho internacional es la de definir la condición de víctima a partir del daño sufrido como consecuencia del crimen; (iii) esta Corporación tiene una jurisprudencia consolidada, que se constituye en precedente, conforme a la cual son titulares de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación las víctimas y los perjudicados que acrediten un daño real, concreto y específico como consecuencia de la conducta criminal.

3.4.2. El daño “directo” como fuente de responsabilidad y correlativos derechos para la víctima

Teniendo en cuenta el marco conceptual así establecido la Sala determinará si el hecho de que el artículo 132 fundamente la calidad de víctima en el “daño directo” que cualquier sujeto de derechos hubiese padecido como consecuencia del injusto, restringe el alcance que la jurisprudencia de esta Corte le ha asignado a los derechos

7 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

de las víctimas, y que como se anotó incluye como titulares de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación a las víctimas y perjudicados que hubieren sufrido un daño real, concreto y específico como consecuencia del delito. Encuentra la Corte que si bien la norma examinada fundamenta la determinación de la calidad de víctima, en el padecimiento de un daño que surge como consecuencia de la conducta punible (injusto), lo cual resulta acertado, la calificación que el precepto introduce al daño –daño “directo”– como único generador de responsabilidad, restringe el alcance del concepto de víctima o perjudicado que ha acuñado la jurisprudencia constitucional.

En el marco de la teoría de la responsabilidad por daño se ha considerado que para que el daño o el perjuicio⁸ sea indemnizable debe tener ciertas condiciones de existencia. Esto es, que no basta que se produzca un menoscabo patrimonial o moral en cabeza de alguien para que este pueda ser exigible judicialmente en calidad de víctima, perjudicado o afectado. El daño reparable del que deriva la calidad de víctima o perjudicado debe reunir determinadas condiciones: debe ser *cierto* y la persona que reclama debe ser la misma que resultó perjudicada, aunque no tuviere la titularidad jurídica sobre el bien lesionado⁹.

En cuanto al carácter “directo” del perjuicio, se ha considerado que tal cualidad no constituye un elemento o condición de existencia del daño, sino que plantea un problema de imputación, en cuanto pone de manifiesto el nexo de causalidad que debe existir entre el daño y el comportamiento de una persona. De tal manera que cuando el legislador en el artículo 132 asigna al daño el calificativo de “directo” para el sólo efecto de determinar la calidad de víctima, está condicionando tal calidad a la concurrencia de un elemento de imputación que corresponde a un análisis posterior que debe efectuar el juez, al determinar tanto la responsabilidad penal como la

8 Algunos autores identifican el concepto de daño con el de perjuicio, tal como la hace la jurisprudencia de esta Corporación (C-220 de 2002), otros en cambio hacen una distinción conceptual para afirmar que el perjuicio es la consecuencia del daño. Para efectos del estudio que aquí se adelanta tal distinción no resulta relevante.

9 A esta característica se le ha denominado el carácter personal del perjuicio. En fallo de 1989 el Consejo de Estado señaló que *“El derecho a la indemnización de quien sufre una “alteración material de una situación favorable” (que en esto consiste el daño) se deriva no del hecho de que la víctima tenga una “situación jurídicamente protegida”, en el sentido de que el bien afectado esté protegido por una norma, sino de la existencia de un hecho ilícito del autor, de su comisión por culpa o dolo, de la certidumbre del perjuicio y de la relación de causalidad entre éste y el hecho.”* (Consejo de Estado, Sección Tercera, 19 de junio de 1989, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo, actor: Luis Yáñez Carrero y otros. Exp. 4678.

civil del imputado o acusado. Este calificativo indudablemente restringe de manera inconstitucional la posibilidad de intervención de las víctimas en el proceso penal y su derecho a un recurso judicial efectivo. La determinación de la calidad de víctima debe partir de las condiciones de existencia del daño, y no de las condiciones de imputación del mismo. Por las señaladas razones la Corte declarará la inexequibilidad de la expresión “directo” del artículo 132 referida al daño.

3.4.3. El concepto de víctima “directa” como límite de atribución de derechos

En cuanto al artículo 92 que contempla entre las personas legitimadas para solicitar medidas cautelares sobre bienes del imputado o del acusado, al fiscal y a la víctima “directa”, observa la Corte que si bien se trata de un ámbito que regula mecanismos de garantía del derecho a la reparación de las víctimas, reducir tal prerrogativa a las víctimas “directas” cercena de manera injustificada las posibilidades de acceso de otros sujetos de derechos que por haber sufrido un menoscabo material o moral con la conducta punible tendrían derecho a una reparación integral.

En materia penal la idea de víctima “directa” se suele identificar con el sujeto pasivo de la conducta delictiva, o con la persona titular del bien jurídico que la norma tutela; es claro que un hecho delictivo trasciende esa esfera de afectación ocasionando perjuicios individuales o colectivos ciertos, reales y concretos a otros sujetos de derechos. En la teoría del daño civil se usa la categoría de “víctima directa” o “damnificado directo” para hacer referencia a la calidad en la cual se comparece a solicitar el resarcimiento de un perjuicio. Si se trata de la persona directamente afectada por el hecho generador del daño se considera “víctima o damnificado directo”, en tanto que son víctimas o damnificados “indirectos” los herederos o los comuneros. (Art. 2342 del Código Civil)¹⁰.

La regulación del artículo 92 excluye así a los perjudicados con el delito del derecho a obtener la garantía de reparación. Esta regulación es contraria a la concepción amplia de los derechos de las víctimas que ha adoptado la jurisprudencia

10 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de diciembre de 1994, MP, Carlos Betancur Jaramillo. Esta diferenciación ha sido utilizada para desarrollar el principio del carácter personal del daño, del cual derivan los criterios para pedir a nombre personal o a nombre de una comunidad o a nombre de ambos. Con independencia de quien pida, el reclamante debe aportar la prueba del título de su derecho para reclamar, de conformidad con el artículo 2342 del C.C. Es decir, demostrar el título con el cual comparece al proceso, presupuesto que exige la concordancia entre el título y la persona.

de esta Corporación, que incluye como titulares de todas las prerrogativas que se derivan de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación a la víctimas o perjudicados que hubiese padecido un daño real, cierto y concreto. Es contraria a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que considera como perjudicados a la víctima directa y su familia¹¹. Y es restrictiva frente a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado que desarrollan la tesis del carácter personal del perjuicio conforme a la cual para demandar reparación no se exige ningún otro requisito distinto al de que el demandante haya sufrido un perjuicio¹². Esta regla se funda en el artículo 2341 del Código Civil que no limita la acción de responsabilidad únicamente a los parientes de la víctima (y mucho menos a la víctima directa), sino que da, al contrario, derecho de indemnización a “todo aquel a quien el delito o la culpa haya inferido daño¹³”.

El hecho de que la concepción que contempla el artículo 92 examinado sea restrictiva frente a la más amplia que aplican las jurisdicciones civil y contencioso administrativa en materia de legitimidad para reclamar garantía en el pago de los perjuicios ocasionados por el delito, coloca en abierta desventaja a la persona que acude a la jurisdicción penal en procura de hacer efectivo su derecho a la reparación. Adicionalmente, la limitación que el artículo 92 introduce a los derechos de las víctimas o perjudicados con el delito de obtener garantía de reparación, es contraria al artículo 250 numeral 6° de la Constitución que prevé que el restablecimiento del derecho y la garantía de reparación integral se reconoce a los “afectados con el delito”, expresión que incluye a víctimas directas y perjudicados que hubiesen sufrido un daño cierto como consecuencia del delito.

11 Ver pie de página No. 69.

12 En el caso de muerte de una persona, en fallo del 24 de junio de 1942 la Corte Suprema de Justicia enunció que tienen derecho a solicitar reparación “las personas que ya por vivir directamente del esfuerzo del muerto, ya por derivar utilidad cierta y directa de las actividades del fallecido, tienen el derecho, la personería, la acción para reclamar o pedir la indemnización de perjuicios, por que ellas directamente han sido perjudicadas” (C.S.J. Casación de junio 24 de 1942, MP, Luis Escallón, G.J. T. LIII, No. 1938, p.656). Así mismo el Consejo de Estado sostuvo que “la acción para reclamar los perjuicios por muerte pertenece a quien los sufra, sin consideración alguna al parentesco o a las reglas de la sucesión” (Fallo del 21 de febrero de 1985, Exp. 3253). Este criterio es reiterado en fallo de junio 19 de 1989, Exp. 4678 que reconoció un perjuicio ocasionado a una persona por la pérdida de un auxilio económico originado en la muerte de quien le ayudaba.

13 Corte Suprema de Justicia, Casación de julio 15 de 1949, MP, B. Agudelo, G.J., T. LXVI, No. 2073-2074, P.525.

Por las razones expuestas la Corte declarará la inexequibilidad de la expresión “directa” referida a la víctima contenida en los incisos primero y segundo del artículo 92 de la Ley 906 de 2004.

Por las mismas razones que sustentan este último pronunciamiento se declarará la inexequibilidad del inciso 2° del artículo 102, que limita el derecho a solicitar reparación pecuniaria en el incidente de reparación integral a la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes. A pesar de que se trata de una expresión que amplía el ámbito de aplicación previsto en el artículo 92 a los herederos, sucesores o causahabientes es también restrictiva frente al estándar constitucional establecido en el numeral 6° del artículo 250 en materia de restablecimiento y reparación integral que consagra este derecho a favor de “los afectados con el delito”.

Esta concepción es acorde con el precedente que se ha citado reiteradamente en esta decisión¹⁴ conforme al cual los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral se predicán de las víctimas y perjudicados con el delito que demostraren un daño cierto, real y concreto originado en la conducta punible. Es la demostración del daño cierto padecido como consecuencia del delito, y no la condición de damnificado o el parentesco, lo que determina la calidad de víctima o perjudicado y por ende la titularidad de los mencionados derechos. Concretando el pronunciamiento sobre este aspecto del cargo, es decir, el alcance del concepto de víctima, la Corte declarará inexequibles las siguientes expresiones: la expresión “directo” referida al daño del artículo 132, la expresión “directa” referida a la víctima de los incisos primero y segundo del artículo 92, y el inciso segundo del artículo 102 de la Ley 906 de 2004.

4. OPORTUNIDAD PARA DETERMINAR LA CALIDAD DE VÍCTIMA

Corte Constitucional, Sentencia C-516 de 2007, Expediente D-6554, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

3.4.4. Oportunidad procesal para la determinación de la calidad de víctima

Procede ahora la Corte a examinar el cargo que se formula contra el artículo 340, relativo a la oportunidad procesal establecida para la determinación de la calidad de víctima, y el reconocimiento de su representación legal. La censura

14 Sentencias C-228 de 2002, reiterado en C-370 de 2006.

de los demandantes radica en que la determinación de la calidad de víctima y el reconocimiento de su representación legal en la audiencia de formulación de acusación¹⁵, limita el derecho de las víctimas a acceder a un recurso judicial efectivo, al privarlas de intervenir en fases anteriores de gran trascendencia para la defensa de sus derechos. Al respecto advierte la Corte que tal como lo señalaron la Procuraduría General de la Nación y el interviniente de la Fiscalía, las consecuencias que los demandantes adscriben al precepto demandado derivan de la interpretación y el alcance que atribuyen al mismo. En efecto, una mirada sistemática de la normatividad y los pronunciamientos de esta Corporación sobre los derechos de intervención de las víctimas permite afirmar que si bien, en efecto, es en la audiencia de formulación de acusación en donde se formaliza la intervención de la víctima mediante la determinación de su condición y el reconocimiento de su representación legal, su participación, directa o mediante apoderado, se encuentra garantizada aun desde la fase de investigación.

Así, el artículo 137 del estatuto procesal establece que las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, tienen la potestad de intervenir en todas las fases de la actuación. Para el ejercicio de esos derechos no es obligatorio que las víctimas cuenten con representación legal, condición que se hace imperativa a partir de la audiencia preparatoria. Teniendo en cuenta que pese a esta declaración de principio, las normas que desarrollan la intervención de la víctima en el proceso no garantizaban de manera clara su efectiva participación en distintas fases de la actuación, la Corte Constitucional al ejercer control de constitucionalidad de estas disposiciones ha condicionado su exequibilidad a la garantía de intervención de las víctimas, en fases previas a la formulación de acusación y también posteriores a ella.

Así ocurrió en la sentencia C-209 de 2007, en la que mediante un fallo condicionado garantizó la efectiva intervención de la víctima en la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías (art. 284.2); en la audiencia de formulación de imputación (art. 289); en el trámite de una petición de preclusión por

15 En esta audiencia, una vez recibido el escrito de acusación por parte del juez de conocimiento, se dará traslado del mismo al acusado, al ministerio público, a la defensa y a la víctima (C-209 de 2007), para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades y demás observaciones sobre el escrito de acusación. Una vez superados estos asuntos, el fiscal formulará la correspondiente acusación. A esta etapa procesal se llega cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, se puede afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.

parte del fiscal (art. 333); en los momentos en que se produce el descubrimiento, la solicitud de exhibición, exclusión, rechazo o inadmisibilidad de elementos materiales probatorios (arts. 344, 356, 358 y 359); en las oportunidades para solicitar medidas de aseguramiento (arts. 306, 316 y 342); en la audiencia de formulación de acusación (art. 339); y en la audiencia preparatoria formulando solicitudes probatorias (art. 357, Cfr. sentencia C-454 de 2006).

Lo anterior desvirtúa plenamente el planteamiento del demandante en el sentido de que el reconocimiento de la condición de víctima en la audiencia de formulación de acusación la priva del ejercicio de su derecho a un recurso judicial efectivo, en fases anteriores. Resulta compatible con el modelo de procesamiento que adopta la Ley 906 de 2004, que la formalización de la intervención de la víctima se produzca en la audiencia de formulación de acusación, momento procesal en que así mismo se define la condición de acusado y se traba de manera formal el contradictorio entre acusación y defensa. El hecho de que sea en ese estadio de la actuación en el que se determina la calidad de víctima a fin de legitimar su intervención en el juicio y se reconozca su representación legal, si la tuviere, de ninguna manera significa su exclusión de etapas anteriores en las que bien puede intervenir acreditando sumariamente su condición de tal, como lo prevé el artículo 136 y lo ha reafirmado y precisado la jurisprudencia de la Corte. En consecuencia, el cargo formulado contra el artículo 340, primer segmento, no prospera, por lo que la Corte declarará, en lo demandado y por los cargos analizados, la exequibilidad de la expresión *“En esta audiencia se determinará la calidad de víctima, de conformidad con el artículo 132 de este Código. Se reconocerá su representación legal en caso de que se constituya”*.

5. DISCRIMINACIÓN POSITIVA A FAVOR DE LOS NIÑOS VÍCTIMAS

Corte Constitucional, Sentencia C-210 de 2007, Expediente D-6405, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

«9. Con todo, el demandante, algunos de los intervinientes y el Ministerio Público opinan que el legislador estaba obligado a autorizar al Ministerio Público a solicitar las medidas cautelares sobre bienes del imputado cuando las víctimas son mayores de edad porque la Constitución confiere a esa autoridad el deber de proteger los derechos y libertades ciudadanas. A pesar de que si bien es cierto dicho planteamiento parte de una premisa cierta: que el artículo 277, numeral 7º, de la

Constitución señala como función del Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados, la de *“intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales”*, no lo es menos que la Sala no comparte la conclusión a la que llegan: que en desarrollo de esa función el Ministerio Público debe intervenir en el proceso penal para solicitar el embargo y secuestro de los bienes del imputado a favor de las víctimas mayores de edad, por las siguientes dos razones:

La primera, porque el Ministerio Público desarrolla su función constitucional de intervención y vigilancia en los procesos judiciales, de un lado, en caso de necesidad de protección del ordenamiento jurídico y de derechos y garantías fundamentales y, de otro, dentro de los parámetros, condiciones y oportunidades que la ley dispone. Así, por ejemplo, al igual que los funcionarios judiciales que tienen a su cargo la oportuna y correcta administración de justicia solo pueden intervenir en los procesos cuando la ley les otorga jurisdicción y competencia, la Procuraduría puede hacerse parte de ellos cuando la ley establece, en forma precisa, su intervención para la defensa de los derechos e intereses de la sociedad.

La segunda, porque como se dijo en precedencia, al legislador corresponde, en ejercicio de su facultad de libre configuración normativa del proceso penal, concretar los momentos y las circunstancias en las que los sujetos procesales o los interesados intervengan en las diferentes etapas procesales. En consecuencia, el legislador no estaba obligado a autorizar al Ministerio Público a solicitar las medidas cautelares sobre bienes del imputado cuando las víctimas son mayores de edad, porque la Constitución confiere a esa autoridad el deber de proteger los derechos y libertades ciudadanas, de acuerdo con las condiciones, requisitos y etapas del proceso señaladas en la ley.

10. De otra parte, el demandante y la Universidad del Rosario consideran que la intervención de la Procuraduría para solicitar las medidas cautelares sobre bienes del imputado únicamente en defensa de las víctimas menores de edad o incapaces, resulta contraria al artículo 13 de la Constitución porque discrimina a las víctimas mayores que se encuentran en situación de debilidad manifiesta. A juicio de la Sala, este cargo tampoco debe prosperar por varios motivos, a saber: i) la demanda parte del hecho de que la ley otorga un trato jurídico distinto a quienes se encuentran en la misma situación fáctica (todos son víctimas del delito). Sin embargo, los sujetos cuya comparación se propone realmente no son iguales, precisamente, por ello, la ley otorga un trato distinto. En efecto, se trata de comparar a las víctimas menores de edad e incapaces con aquellas víctimas mayores de edad, pues se quiere que, en

todos esos casos, pueda intervenir el Ministerio Público para solicitar las medidas cautelares sobre bienes. Sin embargo, es razonable que la ley establezca un trato favorable para un grupo vulnerable de la población, quienes por su propia naturaleza, se encuentran en situación de debilidad manifiesta no solo para tomar la decisión sobre su representación judicial en el proceso, sino también para comprender la mecánica necesaria para proteger sus derechos. Luego, al no encontrarse en la misma situación fáctica, no es posible exigirle al legislador la aplicación del mismo trato jurídico.

ii) La medida que se reprocha consagra un típico caso de discriminación positiva¹⁶, como quiera que consagra un mecanismo de protección reforzada y diferente con justificación constitucional. En efecto, como lo ha explicado en múltiples oportunidades esta Corporación¹⁷, en la búsqueda de protección de quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, la ley puede adoptar medidas dirigidas a favorecer a determinados grupos con el fin de eliminar o reducir desigualdades naturales, sociales o económicas que los afectan y lograr que los miembros de un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación. En esa medida, debe entenderse que el principio de igualdad no impide que la ley establezca tratos diferentes sino que exige que estos tengan un fundamento objetivo y razonable, de acuerdo con la finalidad perseguida por el legislador. De hecho, la Corte ha manifestado que, a pesar de que la edad puede ser tenido como un “*criterio sospechoso*” de discriminación, también puede resultar un criterio de trato favorable con fundamento constitucional.

Así, lo explicó: “*la consagración de diferencia de trato por la edad no deviene inconstitucional, pues es una circunstancia de carácter transitorio en las personas, no ha existido una práctica histórica de discriminación en torno a la edad... La edad es un criterio que la Carta Política sugiere para que sea tenido como orientador para la toma de determinaciones, siendo entonces válido para la diferencia de trato. Eso no implica que sea un tema pacífico en el derecho constitucional contemporáneo, pues por sí sola no debe ser fundamento para limitar los derechos de las personas, debe tener una razón que justifique recurrir a ella. La Corte considera que no es adecuado someter a un juicio intermedio todo trato diferente fundado en la edad, pues no es lo mismo que la ley exija tener una edad mínima para poder ejercer un oficio o gozar*

16 Amplia explicación sobre el concepto de discriminación positiva puede verse en las sentencias C-174 de 2004, C-227 de 2004, C-169 de 2001, C-964 de 2003 y C-044 de 2004

17 Sentencias que analizan el criterio de edad para justificar el trato diferente, entre otras, se encuentran: C-071 de 1993, C-227 de 2004 y C-247 de 2004.

de un beneficio, a que la ley consagre un tope a partir del cual ya no se puede desarrollar una actividad o gozar de un beneficio, por las siguientes tres razones: de un lado, las evidencias actuales muestran que la discriminación tiende a dirigirse más en contra de las personas que han superado un umbral cronológico, pues son ellas quienes suelen ser excluidas de empleos o del acceso a ciertos beneficios. No todas las diferenciaciones por razón de la edad deben ser tratadas de la misma manera, ya que mientras no parece potencialmente discriminatorio que la ley exija edades mínimas para ciertos efectos, por el contrario resulta mucho más problemático que la ley establezca límites máximos a partir de los cuales a una persona se le prohíbe realizar determinada actividad”¹⁸.

Entonces, si, como se dijo, la intervención del Ministerio Público que se analiza busca proteger de manera especial los intereses de quienes, por su corta edad o por su impedimento mental, no se encuentran en condiciones suficientes para entender el desenvolvimiento del proceso penal y, en especial, para asegurar la indemnización plena del daño.

iii) Finalmente, como se dijo anteriormente, la norma parcialmente acusada no deja sin protección legal a las víctimas mayores de edad, puesto que, además de que ellas pueden intervenir para solicitar las medidas cautelares, el Fiscal de la causa es el principal obligado a defender los intereses de la víctima y a solicitar las medidas judiciales pertinentes para la reparación integral de los daños causados con la conducta punible. Por consiguiente, ese trato jurídico diferente no desampara el derecho constitucional a la indemnización plena del daño.

Por todo lo anterior, la Sala concluye que, dentro de la libertad de configuración normativa, el legislador **no vulnera la Constitución al autorizar al Ministerio Público a solicitar el embargo y secuestro de bienes en el proceso penal únicamente a favor de los menores de edad e incapacitados**. En consecuencia, los cargos formulados contra el artículo 92 (parcial) de la Ley 906 de 2004, no prosperan».

Hasta aquí los temas que, a juicio del Comité Académico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, deben ser revisados o estudiados, de acuerdo con los avances jurisprudenciales más significativos, a fin de obtener una visión actualizada de algunas de las cuestiones más importantes que este módulo plantea, sin que ello implique

¹⁸ Sentencia C-093 de 2001.

un cuestionamiento al autor o a sus tesis, ni una revisión jurisprudencial exhaustiva y completa sobre dichos temas.

LUIS FERNANDO DELGADO LLANO

Magistrado Sala Penal

Tribunal Superior de Medellín

Formador de la Escuela Judicial en comisión especial