

UNIVERSIDAD DE PAMPLONA

Facultad de Artes y Humanidades

Programa de Derecho



**CRITERIOS DE VALORACIÓN PROBATORIA DE LA EDAD, COMO
INGREDIENTE DESCRIPTIVO DEL DELITO DE ACTO SEXUAL ABUSIVO CON
MENOR DE 14 AÑOS, EN EL MUNICIPIO DE PAMPLONA EN LOS AÑOS DEL
2015 Y 2016.**

Presentado por

Lila Isabel Cortissoz Cortez

Pamplona, Colombia

2017

UNIVERSIDAD DE PAMPLONA

Facultad de Artes y Humanidades

Programa de Derecho



**CRITERIOS DE VALORACIÓN PROBATORIA DE LA EDAD, COMO
INGREDIENTE DESCRIPTIVO DEL DELITO DE ACTO SEXUAL ABUSIVO CON
MENOR DE 14 AÑOS, EN EL MUNICIPIO DE PAMPLONA EN LOS AÑOS DEL
2015 Y 2016.**

Lila Isabel Cortissoz Cortez

Trabajo de Grado para optar por el título de Abogada

Docente. Idanis Alfonso Sierra Orozco
Director Temático

Docente. Jorge Díaz Gil
Director Metodológico

Pamplona, Colombia

2017

*Porque Jehová da la sabiduría, y de su boca viene el
conocimiento y la inteligencia.*

Proverbios 2:6

Dedicatoria

A Dios

Porque en su infinito amor, bondad y misericordia, me ha acompañado a lo largo de mi vida, Por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente, por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio, por permitirme llegar a este punto y alcanzar mis objetivos.

A mi querida y siempre recordada abuela Delia Isabel Posada Vivero de Cortisoz

Porque en mi niñez, fue mi gran ejemplo de amor, fe, ternura, calidez y templanza,

A mi madre Blanca Enith Cortez Lizcano

Por su constante apoyo, entrega y ejemplo de perseverancia. Por su amor.

A mi padre Horacio Segundo Cortisoz Posada,

Por su nobleza de corazón y ejemplo de humildad. Por su amor.

A mis sobrinos Juan José Suarez Cortisoz & Gabriela Delez Cortisoz, porque han sido mi motorcito de vida, por enseñarme una parte de mí que no conocía, un amor chiquito pero infinito.

Lila Isabel Cortisoz Cortez

Agradecimientos

A Dios por ser mi pilar fundamental, porque sin él, este logro no habría sido posible.

A mis Directores

Docente. Idanis Alfonso Sierra Orozco & Docente. Jorge Díaz Gil. Directores Temático y Metodológico en su respectivo orden. Por su entrega y compromiso, por ser piezas fundamentales para lograr cumplir los objetivos propuestos en este trabajo de investigación.

A Dr. Lorenzo Mateo Bujosa Vadell, por su asesoría y suministro de información en el desarrollo de este trabajo.

A mis padres

Por ser parte fundamental en todo lo que soy, en toda mi educación, tanto académica, como de la vida, por su incondicional apoyo perfectamente mantenido a través del tiempo.

A mis hermanos David Gabriel, Vanessa Paola y Liseth Esther, por ser el ejemplo de hermanos mayores y de los cuales aprendí de aciertos y de momentos difíciles, por estar conmigo y apoyarme siempre. Los amo.

A mi gran amiga Rosa Helena Ortega Olaya, por su incondicional amistad.

A mis compañeros Por el mutuo apoyo y compañía en nuestra formación profesional, con los cuales hemos podido conservar una bonita amistad. Fabio Pacheco, Martha Suarez, Mary Jaimés, Sonia Fernández, y Laydli Becerra.

Finalmente a mis maestros, aquellos que marcaron cada etapa de mi camino universitario, que me asesoraron y a todos aquellos que participaron directa e indirectamente en la elaboración de esta tesis.

Lila Isabel Cortisoz Cortez

CRITERIOS DE VALORACIÓN PROBATORIA DE LA EDAD, COMO INGREDIENTE DESCRIPTIVO DEL DELITO DE ACTO SEXUAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS, EN EL MUNICIPIO DE PAMPLONA EN LOS AÑOS 2015 Y 2016.

INTRODUCCIÓN	11
Justificación.....	14
Descripción del Problema.....	16
Marco Conceptual.....	18

CAPÍTULO I

ACTO SEXUAL COMO DELÍTO	25
--------------------------------------	----

1.1. Teoría del delito.....	25
1.2. Agravante punitivo.....	32
1.3. Circunstancias de agravante en el delito de Acto Sexual.....	33
1.4. Acto sexual abusivo.....	34
1.5. Desarrollo Físico y sexual del menor.....	36
1.5.1. Etapas del desarrollo y sus fijaciones.....	37
1.5.1.1. Fases pulsionales del desarrollo psico-sexual.....	37
1.6. Capacidad.....	39
1.7. Capacidad cognitiva y volitiva.....	40

CAPÍTULO II

ANÁLISIS LEGAL DEL DELÍTO DE ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS	42
--	----

2.1. Contextualización histórica y social del abuso sexual infantil.....	45
2.2. Características en menores víctimas del delito de Acto sexual.....	48
2.2.1. Victimización.....	49
2.2.2. Tipos de conductas.....	51
2.2.3. Tipos de lesiones.....	51
2.2.4. Impacto psicológico de abuso sexual.....	52

2.2.4.1. Síndrome de estrés postraumático.....	53
2.2.4.2. Secuelas.....	55
2.2.4.2.1. Consecuencias a corto plazo.....	56
2.2.4.2.2. Consecuencias a largo plazo.....	57
2.3. Código de infancia y adolescencia/ Ley 1098 de 2006.....	58
2.4. Factor de analogía.....	60
2.5. Fundamento de fallos en Colombia.....	66
2.6. Población de especial protección.....	78
2.7. Principio de interés superior del niño.....	79
2.7.1. La psicología y el derecho en la protección del interés superior del menor Derecho comparado. España.....	81
2.8. Interés superior del niño indígena.....	85
2.9. Valoración probatoria del testimonio de los menores.....	86
2.9.1. El indicio cognitivo: la debilidad de la huella de la memoria.....	94
2.9.2. La declaración de menores, Derecho comparado con Cataluña/España.....	95
2.9.3. La prueba pre-constituida.....	96
2.10. Retracción de menores en etapas de juicio.....	97
2.11. Causales de ausencia de responsabilidad penal.....	98
2.11.1. Error de prohibición.....	100
2.11.2. Error de tipo.....	101
2.11.2.1. Tipo objetivo.....	103
2.11.2.1.1. Causalidad.....	104
2.11.2.1.2. Imputación objetiva.....	106
2.11.2.1.3. Tipo Subjetivo.....	106
2.11.2.1.3.1. El dolo.....	110
2.11.2.1.3.1.1. Clases de dolo.....	111
2.11.2.1.3.2. La culpa.....	113
2.11.2.1.3.2.1. Clases de Culpa.....	114
2.11.2.1.3.3. La Preterintención.....	115

CAPITULO III

ACTO SEXUAL ABUSIVO EN PAMPLONA.....	120
---	------------

3.1. Diseño metodológico.....	120
-------------------------------	-----

3.2. Encuesta Estudiantil.....	122
3.2.1. Tabulación y presentación de resultados de la encuesta.....	122
CONCLUSIONES.....	138
ANEXOS.....	141
Glosario.....	142
Entrevista N°1.....	144
Entrevista N°2.....	149
Entrevista N°3.....	154
Entrevista N°4.....	159
Modelo de Encuesta Única.....	163
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA.....	165

LISTA DE TABLAS

Encuesta única

Tabla N°1 Población.....	122
Tabla N°2 Edad.....	124
Tabla N°3 Conocimiento.....	125
Tabla N°4 Inicio de Relaciones Sexuales.....	126
Tabla N°5 Edad Inicio.....	127
Tabla N°6 Voluntad en la Experiencia.....	129
Tabla N°7 Coacción.....	130
Tabla N°8 Abuso Sexual.....	131
Tabla N°9 Concepto Abuso.....	132
Tabla N°10 Consentimiento.....	133
Tabla N°11 Secuelas Psicológicas.....	134
Tabla N°12 Fuente de Conocimiento.....	135

LISTA DE GRÁFICAS

Gráfica N°1 Población.....	123
Gráfica N°1.1 Sector.....	124
Gráfica N°2 Edad.....	125
Gráfica N°3 Conocimiento.....	126
Gráfica N°4 Inicio de Relaciones Sexuales.....	127
Gráfica N°5 Edad Inicio.....	128
Gráfica N°6 Voluntad en la Experiencia.....	129
Gráfica N°7 Coacción.....	130
Gráfica N°8 Abuso Sexual.....	131
Gráfica N°9 Concepto de Abuso Sexual.....	132
Gráfica N°10 Consentimiento.....	134
Gráfica N°11 Secuelas Psicológicas.....	135
Gráfica N°12 Fuente de Conocimiento.....	136

INTRODUCCIÓN

Si bien es cierto, dentro de una sociedad, las personas se interrelacionan unas con otras para satisfacer sus necesidades sociales, culturales, económicas y científicas, también es cierto que esta interrelación es un factor que abre la posibilidad a la presencia de aquellas situaciones que pudieren ser consideradas en el ordenamiento legal de un Estado social de Derecho, como arbitrarias, por cuanto pudieren vulnerar o violar un derecho ajeno, vinculando así a las personas en términos jurídicos.

Esta relación jurídica, se da cuando un sujeto activo se vincula con otro sujeto pasivo bajo una norma por su contenido y forma. En este contexto, las personas pueden encontrarse o bien en la situación de realizar libremente una conducta en favor de un interés particular o bien en la situación de concretar un bien ajeno. Ya que el ordenamiento jurídico tiende a tutelar los intereses de las personas, de ahí que uno de los sujetos se encontrará en una posición de ventaja y otro en desventaja.

En el ámbito penal, La ley 599 de 2000 es la Norma rectora que regula todas aquellas conductas dañosas para la sociedad colombiana, y algunas de las descripciones de esas conductas, son encaminadas a la protección de los derechos de una parte especial de la población, requirente de un trato especial y una protección reforzada: La niñez.

Claramente en principio toda norma se presume legal y constitucional y la anterior no es la excepción. Esta presunción no exime a los legítimos de la posibilidad ya sea de solicitar el estudio o revaloración de la estructuración de la misma, o directamente el Congreso evidenciar la necesidad de este estudio con el objeto de una posible adecuación equivalente entre el Derecho y la evolución actual de la sociedad.

Si entendemos el Derecho, como lo plantearía Salvat, “*conjunto de reglas establecidas para regir las relaciones de los hombres en sociedad*”, tendría entonces el Derecho que evolucionar a medida que lo hace la sociedad, más aún cuando la regulación en Derecho, es referente a aquellas limitaciones en ejercicio de Derechos Constitucionales que el legislador ha considerado que ejercerlos en ciertas condiciones o etapas del individuo, puede no contribuir al buen y libre desarrollo de una persona, sino que por el contrario, puede afectarlo.

El anterior es el caso del Derecho al libre desarrollo sexual, que tiene todo ser humano (contenido dentro del artículo 16 de la Constitución Política de Colombia), para el caso,

el legislador ha sido claro en precisar que los menores impúberes, no cuentan con la capacidad requerida para el inicio de una vida sexual, libre de consecuencias que pudieren de alguna manera obstruir su buen desarrollo de la personalidad, basado en los estudios psicológicos presentes para el año de creación del Código Penal Colombiano (2000). O del concepto emitido por la Corte Constitucional (2011). Mediante sentencia C-876.

Si bien es cierto, los niños, siguen siendo niños, hoy día, es posible que desde la psicología se evidencien estudios que revelen que los seres humanos cada día son más capaces y que los menores, van adquiriendo mayor conocimiento y dominio, referente a temas sexuales desde edades bastante cortas.

Por lo que resulta un tema complejo, el hecho de que el legislador en épocas actuales, decida limitar un Derecho de este tipo, situación que el menor puede entender y posiblemente reprochar a la sociedad.

Ahora bien, por parte del sujeto activo de esta conducta, si bien es cierto él es acreedor de todos los Derechos que trae consigo el debido proceso, haremos énfasis en el principio que le otorga la presunción de inocencia, y para que este sea garantizado en su plenitud, se requiere que el jurista que actúe con funciones de conocimiento sepa valorar todos y cada uno de los elementos materiales probatorios que fueren aportados por las partes al proceso.

Lo anterior, denota la necesidad de la valoración probatoria que debe hacerse en favor del Derecho a la defensa de las partes y que basarnos en solo uno de los factores como la edad del menor para el caso de los delitos sexuales abusivos, podría ser no solo un retroceso normativo referente a la sociedad actual, sino también puede resultar violatorio del Derecho al debido proceso para con las partes.

El presente, es un trabajo, resultado de la investigación realizada en base a los diferentes mecanismos utilizados, el cual, tiene como Objeto Determinar los criterios de valoración probatoria de la edad, como ingrediente descriptivo del delito acto sexual abusivo con menor de 14 años, en el Municipio de Pamplona en los años 2015 y 2016.

Para cumplir con nuestro propósito, esta monografía se compone de tres capítulos enfocados en el desarrollo del planteamiento de unos objetivos específicos, como: Identificar los componentes del delito de Acto sexual abusivo con menor de 14 años partiendo del Establecimiento de los criterios del Juzgador en el Municipio de Pamplona,

respecto a los Ingredientes Descriptivos de la tipificación del Acto sexual abusivo con menor de 14 años y así mismo, Determinar las Causales de ausencia de responsabilidad en relación con el factor edad, en el delito de acto sexual con menores de 14 años, y por último, Analizar estadísticamente la valoración de la edad en los procesos judiciales respecto al delito del acto sexual con menor de 14 años en el Municipio de Pamplona.

JUSTIFICACIÓN

A partir de la implementación de la Constitución Política (1991), el Estado Colombiano, a través de su rama legislativa se ha mostrado garantista, especialmente cuando el tema a tratar es concerniente a la población menor de edad, y mayor aun, cuando versa sobre menores de 14 años, ya que son ellos, quienes representan la parte de la población con mayor índice de vulnerabilidad (en razón a la riqueza normativa vigente a favor de la niñez). La anterior premisa se sustenta a partir de los resultados de los diferentes estudios psicosociales realizados por el I.C.B.F. dentro del territorio nacional. Entre ellos: Observatorio del Bienestar de la Niñez, (2012 y 2014).

En ejercicio de sus funciones, el legislador restringe el accionar de los menores de 14 años en muchos ámbitos, como el laboral, social, sexual, entre otros; esto con el objeto de garantizar que lo menores, lleguen a una edad madura libre de cualquier consecuencia o trastorno que pueda afectar su pleno desarrollo de la personalidad; esta limitación, se evidencia, especialmente en las prácticas sexuales que puedan ser ejercidas por los mismos.

La Corte Constitucional (2013). En sentencia C-511, ha dicho que si bien, el legislador está facultado para en casos eminentemente necesarios, decidir limitar el pleno ejercicio de un derecho del que goza toda persona en razón a su naturaleza, esta limitación debe estar sustentada con algunos presupuestos mínimos, en cuanto a la particularidad del derecho al que se refiere.

La misma Corporación, (2011) ha dicho mediante sentencia C-876 de 2011 “Actos sexuales con menores de catorce años- son abusivos, no por la especificidad misma de las conductas sino por tratarse de incapaces absolutos ante la ley”; por su parte el Código Civil Colombiano, establece “son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente. Bajo ninguna circunstancia pueden actuar personalmente en la vida jurídica, sino solo a través de representantes” y también claramente en su artículo 34, establece las edades en que los menores son considerados niños, impúberes y adolescentes.

De ahí, la necesidad de estudiar las circunstancias que conllevan a la materialización de un hecho, y la capacidad de que el mismo sea ejercido por una persona determinada, por

lo que desde el ámbito jurídico podríamos precisar que el factor determinante para la tipificación de la conducta de acto sexual abusivo, no debe ser exclusivamente la edad.

Con el objeto de llegar a una mayor claridad sobre lo planteado, se realizará un trabajo de campo, que nos permita acercarnos a la realidad de la situación actual en el Municipio de Pamplona, analizar la percepción que se tiene sobre el delito mencionado por parte de los sujetos que pudieren hacer parte de un proceso de este tipo, como lo son: los jueces, fiscales, defensores públicos y posibles víctimas.

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En Colombia, a partir del año 2015 en específico, se han debatido en las Cortes una alta tasa de expedientes referente al delito de acto sexual con menor de 14 años, delito consagrado en el artículo 209 del Código Penal Colombiano. Si bien, un menor goza de una protección especial en cuanto a su libertad sexual, para que esta sea ejercida de manera digna, el legislador, por su parte debe precisar que toda persona tiene Derecho a disponer de su ámbito erótico sexual, como a bien tenga, entendiendo el termino persona como lo establece el Código Civil en su artículo 74 “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”.

El delito de acto sexual con menor de 14 años en el Municipio de Pamplona es un conducta muy reiterada, y el mayor porcentaje de los fallos de estos procesos han sido de carácter condenatorio, por el hecho factico, de ser ejercida la conducta con o sobre menor de 14 años, desconociendo cualquier otro factor que pudiere agregar importancia al trámite del proceso y por ende al sentido del fallo. Lo que nos lleva a analizar si los elementos valorativos o determinantes para que se declare configurada la conducta, deben ser limitados a un único y determinante elemento descriptivo, la edad, como reza en el artículo 209 del Código Penal Colombiano; “El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con menor de 14 años, o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de 13 a 9 años”. Lo anterior, implica, que para que el juez, imponga una medida de aseguramiento en contra de un ciudadano, privándole de la libertad, debe tener presente los requisitos de los supuestos fácticos en que sustentará el decreto de tal medida, los cuales deben ser claros, precisos y unívocos.

Esto es “deben excluir cualquier ambigüedad previsible y deben abstenerse de hacer generalizaciones y abstracciones que pudieran minar la seguridad jurídica de los asociados” como se establece en sentencia C-366 del 2014.

El acto sexual con menores de 14 años es una conducta presente en los diferentes estratos, sin embargo el análisis desde ámbitos como son, el jurídico, psicológico, y jurisprudencial, son de vital importancia, puesto que es necesario determinar las variadas situaciones que originan la práctica del mismo, poniendo en juego dos aspectos muy importantes: el bien jurídico tutelado, que es la formación sexual del menor sobre la cual el legislador ha dicho al respecto que las condiciones éticas, sexuales, morales, culturales políticas, psicológicas de una persona no la excluye de ser sujeto pasivo de un delito

sexual. Y por otro lado el Derecho a la libertad del sujeto activo de la materialización de esta conducta, que se determina, ciertamente por haberla ejercido sobre un menor de 14 años.

Claramente el factor edad es determinante para la imputación y posterior acusación, ya que el sustento normativo de los artículos 208 y 209 del Código Penal Colombiano reza así, los menores de 14 años son incapaces de ejercer el Derecho que se tiene para disponer del cuerpo en el ámbito erótico sexual como a bien se tenga, por cuanto diversos estudios revelan que los menores no han logrado aún la plenitud de su madurez psicológica, de ahí que les resulte imposible comprender a cabalidad el significado y los alcances del acto sexual y de los que con él están relacionados. Lo anterior sin importar que la apariencia física de un menor pueda reflejar un alto grado de desarrollo y que sus conocimientos al respecto de la práctica sexual dejen ver el dominio del tema.

MARCO CONCEPTUAL

Acto sexual

Se puede definir genéricamente como “cualquier manifestación libidinosa, que tenga relevancia externa, sin otra limitación que el perfeccionamiento del acceso carnal. En esta frase, quedan comprendidos todos los actos de tipo erótico, que sin llegar al coito, realiza una persona sobre otra. Se trata de tocamientos, frotamientos, besos, apretones, etc., que con erotismo lleva a cabo el activo sobre el pasivo; además puede ser conducta típica el hecho de obligar al sujeto pasivo a que sea él quien realice el acto sexual, sobre la persona del sujeto activo. Generalmente, tales tocamientos se realizan sobre zonas erógenas, como senos, labios, genitales masculinos o femeninos, caderas, etc”. (Restrepo, s.f).

El delito

“El delito es un comportamiento injusto en cuanto la acción lesiona los bienes más esenciales del hombre y de la comunidad; la antijuridicidad penal, como un injusto más grave, se concreta cuando la afectación al bien jurídico no encuentra ninguna norma permisiva que autorice la realización del acto en principio prohibido por el Derecho Penal”. ORLANDO GÓMEZ, J. (2003).

La iniciación o no de una vida sexual es una decisión que corresponde a cada individuo en particular de manera legal como un Derecho inherente de la personalidad, solo basta con la manifestación de la voluntad en los sujetos para que esta conducta se pueda materializar, sin temor alguno de consecuencias legales o responsabilidades penales que se pudieren ocasionar. Ahora bien, esto para con los sujetos que la ley Civil Nacional ha provisto de capacidad absoluta y/o relativa, concerniente a quienes se encuentran en las etapas del desarrollo comprendidas desde la adolescencia, hasta la senectud o vejez excluyendo claramente a una parte de la población, los impúberes menores de 14 años quienes según el artículo 1504 del Código Civil Colombiano son considerados Incapaces absolutos, y mediante innumerables fallos de sentencias nacionales, se ha dicho que son población especial requirente de protección reforzada, condición que taxativamente les limita en cuanto al inicio voluntario de una vida sexual activa, etapa del desarrollo en la que se configura el acto sexual como delito.

Edad

De acuerdo con la Real Academia Española, edición 2014, el concepto edad, en su apreciación etimológica, proviene del latín *aetas*, es un vocablo que permite hacer mención al tiempo que ha transcurrido desde el nacimiento de un ser vivo.

En temas jurídicos, la edad de una persona, está relacionada con la capacidad de esta para obrar o ejercer ciertas conductas, las consecuencias que se puedan derivar de la comisión de cada acto y así mismo, la implicación que pueda generar en el libre desarrollo de la personalidad, teniendo en cuenta que no todas las personas poseen la misma capacidad de asimilación frente a cada situación, tema que va estrictamente relacionado con la madurez física y psicológica del actor. Por lo anterior es que se logra proporcionar la capacidad de obrar, según el rango de edad que posee, quien ejerce la conducta.

El Congreso de la República (1887). Ley 57. Reconoce la diferencia entre niños, impúberes y menores adultos estableciendo que las dos primeras categorías carecen de capacidad legal. De otra parte, reconoce capacidad relativa a los menores adultos. La capacidad se encuentra estrechamente relacionada con el ejercicio pleno del Derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En concepto adoptado por la Unicef (2015) establece que las edades mínimas legales y la realización de los Derechos de los y las adolescentes. Hace mención a la importancia que tiene la edad mínima para con los y las adolescentes y todas aquellas políticas, normas y enfoques que contribuyen al pleno ejercicio de los Derechos de los menores de edad. Según el Comité de los Derechos del Niño,

“la adolescencia es un período caracterizado por cambios evolutivos rápidos y la adquisición progresiva de una personalidad más madura con mayores responsabilidades.

Si bien la adolescencia es una época de cambios positivos y aprendizaje, también conlleva una serie de riesgos, debido a vulnerabilidades específicas, como presión social y de grupo, la construcción de la propia identidad y lidiar con la sexualidad”

Continúa la Unicef planteando que, en la segunda década de sus vidas, los niños, niñas y adolescentes atraviesan una edad difícil y riesgosa, en la cual, pueden cometer errores que marquen sus vidas para siempre. La convención de los Derechos de Niño, por su parte, considera que es necesario tener en cuenta la edad de los menores como agente fundamental para brindarles la protección que requieren, pero de igual forma se debe

precisar en que es una edad de plena formación y forjación del carácter, por lo que ellos deben disponer de las garantías necesarias para un libre y pleno desarrollo de la personalidad. Garantizándoles el Estado un desarrollo progresivo en la autonomía que ellos requieran para asumir ciertas responsabilidades, de ahí que la ley divida la minoría de edad, en diferentes etapas.

En algunos aspectos la limitación de ciertos derechos es superior a la autonomía y voluntad del menor, lo anterior teniendo en cuenta que son circunstancias en que se podría ver afectado el desarrollo del mismo y que podrían acarrear consecuencias que trunquen la vida y formación del niño, el Estado en su posición de garantista, se obliga a proteger al menor de su auto-ignorancia y carencia de experiencia. Marcando como prohibidas ciertas conductas, entre ellas, aquellas referentes al ámbito erótico sexual, el legislador, ha tenido a bien, establecer algunas edades para que un ciudadano nacional pueda hacer uso de este Derecho en pleno, ya que existe una parte de la población que requiere una protección reforzada por su condición de menores de 14 años, quienes de acuerdo a lo expresado por la Corte Constitucional (2011). En sentencia, C-876. No cuentan con la capacidad necesaria para manifestar su voluntad en la comisión de una conducta que implique una directa relación con los Derechos sexuales y reproductivos.

Ahora bien, vale resaltar que en Colombia existen algunos grupos étnicos, todos con Derechos legales y reconocidos por la Corte Constitucional. (2009) mediante auto 004. Grupos que gozan de una autonomía normativa en ciertos aspectos, de acuerdo a sus creencias y ritos. Aquellos no consideran que los hombres y mujeres, dependan de una edad límite para que ejerzan prácticas sexuales; parten del hecho de que cuando una mujer menstrua, y el hombre empieza a tener transformaciones en su genitales y se evidencia el crecimiento del vello púbico, se considera que estos ya se encuentran aptos para iniciar sus prácticas sexuales, sin importar la edad en que se den estos acontecimientos.

De acuerdo a la intervención hecha por la Universidad Libre de Colombia, sede Pereira en Sentencia de Tutela. La Corte Constitucional (2013)-92. Señala que:

“las menores “no aptas para hacer destino” son aquellas que no han llegado a la pubertad, por lo cual la protección fundamental a los menores respecto de actos sexuales abusivos en la comunidad Embera-Chamí operaría sobre los menores de 13 años. Afirma así mismo que el informe de aspectos básicos en grupos étnico indígenas del Departamento Nacional de Planeación y Dirección de Desarrollo Territorial Sostenible de 2010 señala que las

mujeres de esta comunidad contraen matrimonio y se embarazan entre edades de 12 y 15 años. Agrega que a partir de los 13 años una mujer Embera-Chamí puede contraer matrimonio o tener pareja”. Postura que claramente va en contra-posición de los reglamentos establecidos para el resto de la población Colombiana.

Niñez

El Congreso de la República (1887) mediante Ley 57. En su artículo 34. Declara taxativamente así “Llámesese 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 no 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. Las expresiones mayor de edad o mayor, empleadas en las leyes comprenden a los menores que han obtenido habilitación de edad, en todas las cosas y casos en que las leyes no hayan exceptuado expresamente a estos”. (Expresiones tachadas, declaradas INEXEQUIBLES).

Por otro lado, La convención Americana de los Derechos del Niño (1989), Ratificada por Colombia a través de la ley 12 de 1991. En su Artículo 1. Nos define esta etapa (niñez) como todo ser humano, menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable de manera interna en cualquiera de los Estados signatarios disponga cosa distinto, de allí que el ordenamiento superior Colombiano tan solo hace referencia a la mayoría de edad para efectos del ejercicio de la ciudadanía.

Ahora bien, el Congreso de la República (2006) mediante la ley 1098 (Código de Infancia y Adolescencia) nos da una noción de más clara y actualizada al respecto de las edades, cuando hace referencia a los sujetos de Derechos en su ARTÍCULO 3. Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de Derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad. PARÁGRAFO 1o. En caso de duda sobre la edad del niño, niña o adolescente se presumirá la edad inferior. Las autoridades judiciales y administrativas, ordenarán la práctica de las pruebas para la determinación de la edad, y una vez establecida, confirmarán o revocarán las medidas y ordenarán los correctivos necesarios para la ley.

Adolescencia

La adolescencia según concepto emitido por la (Real Academia Española. 2017. Diccionario) Es un período de la vida humana, que sigue a la niñez y que precede la juventud.

Papalia, D. y Wendkos, S. (1997) En su libro, el Desarrollo Humano, exponen que se considera que se da inicio a la adolescencia, cuando se entra en la etapa de la pubertad.

Es decir, cuando una persona se encuentra en capacidad de engendrar, esta etapa, le permite al ser humano, experimentar cambios físicos radicales; la pubertad, forma parte de un proceso de desarrollo, largo y complejo, que sin duda alguna, inicia desde antes de nacer, además del proceso social y emocional que representa la etapa de la adolescencia, existen también, una serie de cambios biológicos que demarcan el final de la niñez y el inicio de la etapa de la adolescencia, en el que se evidencia un crecimiento acelerado, aumento de peso, cambio en la figura del cuerpo, aparición del vello púbico, crecimiento y formación de los genitales, entre otros. Considerándose que se alcanzará la madurez sexual.

Continúan las autoras planteando en su estudio, que la adolescencia es un periodo de transición en el desarrollo entre la niñez y la edad adulta. Se considera que por lo general, comienza alrededor de los 12 o 13 años y termina hacia los 19 o 20. Sin embargo su base física ha comenzado mucho antes y sus ramificaciones psicológicas pueden perdurar hasta mucho después

Ahora bien, los cambios a los que se deben enfrentar los adolescentes no son solo corresponden a ámbitos biológicos o físicos, sino también psicológicos, (Abreu, N. Reyes, O. García, G. León, M. Naranjo M. 2008. Gaceta Médica Espirituana) plantean que “uno de los desafíos que deben enfrentar los adolescentes es todo lo relacionado con la práctica de su sexualidad y el riesgo que esto conlleva para su salud reproductiva”. Las consecuencias que pueden traer consigo el inicio de manera irresponsable de una vida sexual y de las decisiones inapropiadas en esta edad las posibles secuelas que marquen el libre desarrollo de un menor en edades posteriores y todos aquellos sentimientos que pudieren experimentarse en razón a una.

Pubertad

Hans Zulliger, expone que cuando queremos hablar de la pubertad, nos vemos forzados a remontarnos al desarrollo sexual, que tuvo lugar en la primera infancia, es decir, a su aspecto psíquico-mental.

Explica el mismo autor que este tema para muchos adultos es sinónimo de desborde mental en quien estudia el aspecto, dando una connotación de pura inocencia en los menores y que el tema es netamente ajeno a ellos, sin percatarse de que el desarrollo sexual y el placer que este puede generar, es plenamente experimentado por los menores con prácticas diferentes, como cuando menciona Claude y Paule en su libro de la infancia a la adolescencia. Que el acto de amantar a un bebé con el seno y que el placer que este experimenta al succionarle, es comparado al placer que se genera en un beso efectuado con otra persona, de esta manera y con el tiempo, la consecución del placer en el ser humano va evolucionando al punto de encontrarlo plenamente en la práctica sexual. Concluyendo Hans en que si bien es cierto, los niños son sexualmente inocentes, esta inocencia debe ser entendida en un sentido distinto al convencionalmente aceptado. Ya que sus expresiones sexuales todavía no están cargadas con una conciencia de culpa. Conciencia que el autor atribuye la culpa a la educación.

A favor de lo anterior Papalia, D. y Wendkos, S. 1997, plantean o conceptualizan la pubertad como el proceso que conduce a la madurez sexual.

Ahora bien, es de anotar que si bien, la pubertad inicia con la vida misma de cada ser humano, se debe precisarse en que esta misma se evidencia o desarrolla de manera más rápida en la etapa conocida como la adolescencia, ya que es entonces cuando se presenta el trance que da lugar a dejar de ser niño o incapaz en temas jurídicos y adquirir la calidad de adulto o mayor de edad, siendo acreedor de una amplitud en el campo de los derechos y las obligaciones que pudiere contraer. Es por lo anterior que la Psicología hace una diferenciación en las dos grandes facetas de esta etapa impúbera que abarca la etapa del nacimiento y la niñez y la pubertad, la etapa de la adolescencia y adultez.

La Corte Constitucional(2005) mediante sentencia 534 ha dicho al respecto de la impubertad que Para el análisis del fin buscado por la distinción normativa según la cual los niños son impúberes hasta los 14 años y las niñas hasta los 12, la Corte comenzó por

determinar las implicaciones jurídicas de dicha diferenciación. Estableció que la condición jurídica de la pubertad o impubertad en materia civil y comercial, se encontraba ligada a la capacidad negocial y en general, a la libre disposición sobre los derechos patrimoniales de manera independiente. Por ello encontró razón en la interpretación del demandante y del Ministerio Público en el sentido de entender que las instituciones de incapacidad por ser impúberes y de nulidad de actos jurídicos celebrados en esta condición, son instituciones protectoras de menores de edad, dispuestas por la legislación civil. Frente a esto, en el primer nivel del análisis de ponderación, cuya intención pretendió determinar si el fin buscado por el trato normativo diferenciado contenido en la medida protectora del artículo 34 del C.C, era un fin constitucionalmente imperioso; la Sala encuentra que dicho artículo no sugiere fin concreto alguno. Más bien, vulnera la prohibición de asignar distinta protección jurídica según el género, pues la distinción no busca favorecer a las mujeres.

Claude Kohler y Paule Aimard, (1970) afirman que la etapa de la pubertad, es afrontada de manera diferente en los sexos y en cada adolescente en particular ya que algunos menores que aun habiendo iniciado a atravesar desde los doce las diferentes problemáticas que trae consigo la adolescencia, tienen una pubertad fisiológicamente tardía a diferencia de otros que su desarrollo cognitivo y fisiológico se desarrollan de manera acelerada y armónica.

La anterior teoría es fundamentada por Hans Zulliger (1972) quien en su libro la pubertad de los muchachos, expresa que efectivamente esta etapa se afronta de manera diferente para el sexo masculino y el femenino y que aun cuando las mujeres logran una madurez sexual a más temprana edad que los hombres, estos últimos, suelen hacer una verificación de la realidad mucho antes que las mujeres y afirma que son las consecuencias psíquicas de la diferencia sexual física las que producen la diferencia en el desarrollo psíquico propio de chicas y chicos.

CAPÍTULO I

1. ACTO SEXUAL COMO DELITO

1.1. Teoría del delito

“No puede esperarse ventaja alguna duradera de la política moral, si esta no se funda en los sentimientos indelebles del hombre. Toda ley que se desvíe de estos, encontrará siempre una resistencia contraria que al cavo vencerá, del mismo modo que una fuerza, aunque sea muy pequeña, si se aplica muy continuamente, vence cualquier movimiento violento comunicado a un cuerpo”.

“Consultemos el corazón humano y en él hallaremos los principios fundamentales del verdadero derecho del soberano para penar los delitos. Ningún hombre ha hecho el don gratuito, de parte de su libertad en vista del bien público; esta quimera solo existe en las novelas. Si fuese posible, todos nosotros quisiéramos que los pactos que nos atan con los demás, no nos ligasen; todo hombre se siente dentro de todas las combinaciones del globo. La multiplicidad del género humano, pequeña por sí misma, pero superior con muchos a los medios que la estéril y abandonada naturaleza ofrecía para satisfacer las necesidades que cada vez más se enredaban entre sí, fue lo que reunió a los primero salvajes. Las primeras uniones formaron necesariamente otras para resistir a las primeras; y de este modo el estado de guerra, se trasportó desde el individuo a las naciones”. (Beccaria. C, 1836).

Según Beccaría, la creación de las leyes, dio paso a que los hombres independientes y aislados, conformaran una sociedad, ya que antiguamente vivían en estado de guerra y así mismo no se les garantizaba una libertad estable pues temían perderla en cualquier momento. Debido a esto, los humanos se vieron obligados a renunciar a una parte de su libertad con el objeto de limitarse un poco al someterse a las implicaciones que trae consigo la creación de una sociedad, pues primaría el interés de la mayoría sobre el particular, conformando de esta manera la soberanía de una Nación, delegando un soberano como legítimo depositario y tenedor.

Beccaria en su libro de los Delitos y las Penas, nos remonta entonces a los inicios de la conformación y regulación de la sociedad, en este caso, haciendo alusión a un viejo refrán. “hecha la ley, hecha la trampa” cuando se regulan aspectos como los derechos a que tiene lugar un ser humano por el hecho de ser persona, dentro de las sociedad, inmediatamente no faltará quien considere que parte de los derechos de los demás, le pertenece, delegándose a sí mismo, una mayor porción, por lo que como dijo el Autor mencionado, hacían falta motivos sensibles que disuadieran aquellas intenciones despótica de cada individuo que lógicamente llevaran a la sociedad a la decadencia y sumersión en la guerra anteriormente existente, cuando el escritor habla de motivos sensibles, hace referencia a aquellas penas que pudieren imponerse al infractor de una ley.

Toda esta evolución humana a través de la historia, nos dio origen a lo que hoy día se considera la Teoría del Delito. Y en Colombia, se encuentra regulado principalmente por su Código Penal.

Etimológicamente, la palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino alejarse del sendero señalado por la ley. Para el caso que nos ocupa, sería un abandono a la norma legal. Diccionario de Derecho. (México, 2004).

Echandía (1980, Parte General), es otro autor que nos sustenta los postulados anteriores, ya que hace un discernimiento al respeto de la teoría del delito y su evolución, y concluye con que “El delito es un hecho humano, jurídico, voluntario e ilícito”. Es decir, un delito solo puede ser cometido por un sujeto que indispensablemente debe ser humano, pues requiere de la capacidad de razonar sobre un acto; jurídico, porque requiere una norma o regulación preexistente, voluntario porque el sujeto no está obligado a efectuar la conducta y pudiendo actuar de manera diferente decide causar un daño e ilícito porque la ley prohíbe el actuar.

Carrara, Francesco. (1988) nos define el delito como la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso.

Según Carrara el esquema del delito, es bipartito, ya que logra distinguir dos aspectos esenciales en el mismo: uno objetivo y otro subjetivo, coincidiendo con la dogmática moderna de acuerdo a los requisitos del tipo de injusto y culpabilidad.

Al aceptar que el tipo penal no solo se integra por descripciones objetivas, sino que también contiene elementos subjetivos, se justificó la separación didáctica del tipo objetivo y el tipo subjetivo.

El tipo objetivo para WELZEL es el núcleo real- material de todo el delito, y se integra por circunstancias que se manifiestan en el “hecho externo”. Entre estas circunstancias pueden enumerarse la acción, el resultado (entendido como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico), los medios y las modalidades especiales de la acción, y en algunos casos las características especiales del autor.

Jakobs afirma “El tipo objetivo, es la parte externa de delito; con el tipo objetivo surge el delito como magnitud social y por tanto penalmente relevante”

En la legislación penal colombiana, la tipicidad involucra, tanto un juicio de adecuación objetiva de elementos externos, como un juicio de adecuación subjetiva. En el primero son particularmente relevantes las nociones de causalidad e imputación.

De manera similar, Jakobs afirma que entre las manifestaciones externas del delito, se destacan la causalidad (en los delitos de resultado) y los criterios normativos de atribución o condiciones objetivas de la responsabilidad; a más, claro está, del resultado, entendido en términos jurídicos, no naturalísticos.

La imputación objetiva, no es una invención del derecho penal, pero es dentro de esta área de la ciencia jurídica donde mayor desarrollo ha tenido, especialmente a partir de 1960. Gracias al aporte de la teoría de la relevancia se advirtió la necesidad de diferenciar, en los tipos de resultado, la causalidad material (que constituye el mínimo lógico de su estructuración naturalística) de los criterios

Agudelo, Betancour. N, (2007) plantea que actualmente se considera que para que se configure la conducta punible, se requiere de la coexistencia de estos dos aspectos, dentro de un mismo hecho, es decir, no basta con que se configure el daño en el bien jurídico, sino que se requiere el conocimiento, voluntad con capacidad para delinquir, a lo que Carrara, llama imputación civil.

Plantea (Carrara, 1988) que se debe imponer el estudio de la imputación desde dos nociones, la imputabilidad social y la imputación civil. Cuando habla de imputabilidad social, el autor se refiere a aquel estudio o juicio previo que el legislador debió hacer de la conducta específica y que el mismo estudio haya arrojado como resultado, que se pueda prever el impacto o daño que se causare en el bien objeto de protección, con la materialización de la conducta y que ante la sociedad el sujeto activo, será responsable, lo que debió quedar positivamente establecido, la responsabilidad social constaría entonces del estudio de la coexistencia de conciencia y voluntad lo que llamaría Carrara, la premeditación, la reprochabilidad del acto, dañosidad del comportamiento y por último, la promulgación de la ley que lo prohíbe, para que luego, se proceda a hacer una imputación civil sobre el sujeto activo, imputación, a la cual se da lugar cuando se establece que cierto individuo es responsable ante la sociedad por el hecho ocurrido. Por su parte el estudio de la imputación civil, incluiría una imputación física, legal y moral, juicio que solo pertenece al juez.

Algunos otros autores como (Enrico Ferri, 2012), consideran que el estudio jurídico del delito fue limitado o minimizado en los inicios de la Escuela Positiva, ya que el Derecho Penal, escasamente hacía parte de la sociología criminal. La Escuela Positivista, desde su perspectiva metodológica, tenía como objeto el estudio del derecho penal, antes que el delito desde el punto de vista jurídico, era el hombre delincuente y el delito como un fenómeno de hecho, condicionado por causas endógenas y exógenas, entre las que se distinguían causas climáticas, físicas, políticas y económicas. Reduciendo así el estudio de todos los aspectos jurídicos del delito.

Es por lo anterior que el autor en este apartado cita y fundamenta en la posición de Rocco, Arturo. Quien consideró que en razón a que el estudio de los aspectos jurídicos del delito, llegó a ser tan limitado por la escuela positiva, el Derecho Penal entró en crisis. Luego, con la aparición de algunos nuevos autores como Antolisei y Ranieri, quienes crearon un positivismo crítico, inician a abordar el derecho penal con una perspectiva dogmática y proponen el derecho penal como una ciencia jurídica autónoma.

Es así como hoy día podemos evidenciar la trascendental evolución que ha tenido la teoría del delito a lo largo de los años, iniciando con la escuela positivista que como ya lo mencionamos, limitó mucho el avance, estudio y desarrollo del derecho penal, luego con el surgimiento del positivismo crítico, se empiezan a abrir los horizontes y se amplían los campos de estudio del mismo; posteriormente, llega el derecho penal a la escuela

clásica del derecho penal quien realiza una anatomía jurídica del delito, dándole una estructura al mismo, es entonces, en donde adquiere el derecho penal un carácter propio como ciencia de estudio, luego encontrándose falencias e inconsistencias en la escuela clásica, se entra en una etapa de replanteamiento conformando un esquema neoclásico para finalmente llegar a que el delito tenga una estructura netamente dogmática en el derecho penal moderno.

Los lineamientos principales de lo que hoy se conoce como delito son atribuibles a algunos autores, entre ellos se encuentra RUDOLPH VON IHERING quien es considerado el autor que marcó un paso trascendental en la evolución de la teoría del delito.

Doctrinariamente, hoy día es muy aceptada la definición del delito como acción típica, antijurídica y culpable. Martínez. M, Martín. L, Y Valle Mariscal. M. (2012) se puede decir entonces referente a esta actual estructura del delito que se habla de comportamiento típico, cuando la acción u omisión están contenidas dentro de un ordenamiento jurídico, es decir se enmarca la conducta dentro de una descripción legal; que es antijurídico, cuando el comportamiento contraviene al ordenamiento legal lesionado o poniendo en peligro el bien jurídicamente tutelado por la norma, sin una causa que justifique la conducta y que por tanto pueda eximir de responsabilidad al autor, y se dice que existe culpabilidad, cuando se puede hacer un juicio de reproche al sujeto por su comportamiento material y psicológico que originó la lesión al bien jurídico tutelado por la norma.

Algunos otros autores consideran que más allá de la configuración de los elementos anteriormente enunciados para la configuración del delito, se requiere la presencia de algunos otros elementos que puedan dar lugar a la concreción de la conducta.

Al respecto de lo que se plantea como la teoría del delito, Hernán Hormazábal Malaree, (1989) En su estudio Imputación objetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado. Pág. 1034. Ha dicho lo siguiente,

“Los tipos penales son continente de formas específicas de vulneración de las normas prohibitivas o de mandato que se expresan no solo en meras acciones que no agotan el contenido de un tipo penal, sino a través de la descripción de situaciones sociales desvalorativas perfectamente concretadas. El tipo penal, en consecuencia, describe un proceso de relación entre dos sujetos frente al cual el Estado no permanece indiferente

porque constituye una lesión de un bien jurídico que tiene interés en proteger. Luego, la acción, si bien juega un papel importante en cuanto vehículo de comunicación entre los sujetos en el tipo penal, no agota por si sola su contenido y es solo un elemento más en la configuración de un disvalor social que se complementa, aumentándolo o disminuyéndolo con elementos objetivos, descriptivos, valorativos y subjetivos que eventualmente pudieran estar incluidos en el tipo”.

El presente autor, plantea que para analizar una conducta y el resultado como producto de su materialización, debe estar plenamente ligada a su causalidad , es decir, se requiere un análisis más allá de lo objetivamente contenido en la normativa penal; análisis que permita establecer específicamente las condiciones y características fácticas, que dieron origen a la infracción de la misma norma y de esta manera dar paso a la existencia y valoración de aquellos fenómenos que generan una alteración en la penalización del tipo.

Otro autor que nos reafirma este postulado valorativo de la tipicidad, es Santiago Mir Puig. (2003) Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. ISSN 1695-0194 exponiendo que a principios de siglo y hasta los años treinta el enfoque hacia el sentido valorativo de las categorías del delito condujo a numerosos penalistas quienes de acuerdo a la teoría de la causalidad, plantean que cuando en la materialidad de la conducta se evidenciaban daños mayores a los inicialmente previstos por el sujeto activo (quien ejerce la conducta dañosa), en consecuencia al momento de asignar una pena o sanción, debían excluirse del delito. No con esto afirmando que no fuesen causados por el sujeto activo, sino por la imposibilidad que se generaba al momento de desvalorar jurídico-penalmente tales procesos.

Continúa el autor, afirmando que Ello fue la base teórica que llevó a Mezger a formular su "teoría de la relevancia" que vio en la adecuación una exigencia impuesta por el tipo. El concepto de "imputación objetiva" nace en este clima, en 1927, aunque por obra de un civilista hegeliano, Larenz y ya en 1930 Honig lo propuso para el Derecho penal. También fue este ambiente cultural de superación del naturalismo y apelación al sentido valorativo el que rodeó el surgimiento del finalismo de Welzel. Es significativo el propio título del escrito de habilitación de Welzel: "Naturalismo y Filosofía de los valores en Derecho penal". Sin embargo, posteriormente fue acentuando Welzel el papel fundamental de lo que denominó "estructuras lógico-objetivas" históricamente invariables, naturaleza que atribuyó a los dos pilares básicos de su concepción del delito: la esencia final de la acción humana y la libertad de voluntad, como poder actuar de otro modo. Sobre la primera

edificó el injusto; sobre la segunda, la culpabilidad.” Esta segunda, trae consigo la imperiosa necesidad de evaluar aquellas circunstancias específicas y cualitativas en que se desarrolla la conducta punible.

En contraposición a la teoría de la causalidad, el congreso de la República ha dado lugar a la existencia de algunas precisiones taxativamente demarcadas, que permiten sancionar al actor en un grado más alto, ya que cada circunstancia específica, en que se desarrolla la conducta da origen a que se dosifique la pena, partiendo del impacto que se pudiere generar en la víctima, de la capacidad de este para afrontarlo y de las circunstancias en que se afecta el bien jurídico.

El Congreso de la República de Colombia. (2000). Mediante el Código Penal. Ley 599. Art 9. Expuso en esta ley que para que una conducta adquiera la condición de punible, esta debe ser típica, es decir, que debe estar contenida de manera detallada en un código, además, requiere que sea antijurídica, que afecte el bien jurídico esencialmente tutelado por la norma y como último requisito y no por eso, menos importante debe contener un actor que adquiera la condición de culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Si bien es cierto, la conformación de la teoría del delito, tiene como objeto establecer unos elementos que permitan configurar la existencia del delito, también es cierto que en aras de la prevalencia de los principios constitucionales y legales, se busca conforma un saber y unas reglas de aplicación de la ley, que señalen claramente el ámbito de aplicación del derecho punitivo y limiten del poder punitivo del Estado.

En Alemania se han desarrollado los cuatro grandes sistemas de análisis de la teoría del delito que se emplean en todos aquellos países que, como México, tienen un sistema jurídico de tradición romano-canónica-germánica. Estos son: 1) sistema clásico; 2) sistema neoclásico; 3) sistema finalista, y 4) sistema funcionalista. El punto de coincidencia entre los cuatro sistemas penales radica en considerar al delito como una conducta típica, antijurídica y culpable.

Plantea entonces GÓMEZ. J, (2003) que “la teoría del delito puede ser comprendida como una herramienta que permite apreciar valorativamente si un acto concreto sometido al examen del funcionario judicial es o no punible, así como también cuáles son los parámetro a seguir para determinar la sanción aplicable”.

1.2.Agravante punitivo.

Si bien es cierto, el legislador ha dicho, que para que una conducta se considere punible, esta debe constar de sus elementos esenciales, sin la mínima posibilidad de que carezca de uno de ellos y en virtud de que una misma conducta puede ser ejercida en condiciones totalmente diferentes y sobre sujetos de derecho en posiciones desiguales, sin dar paso a vulneración alguna del derecho a la igualdad, también es cierto que el legislador ha dicho que es preciso dosificar la pena, de acuerdo a las circunstancias en que se desarrolla la conducta. Corte Constitucional Colombiana, (2006).

Es por lo anterior y en virtud de evitar un expansionismo punitivo, que se ha dado lugar a la evaluación de aquellas circunstancias que permiten dosificar la pena como lo afirma MEJÍA (Fecha): C, Artículo. Las Circunstancias Atenuantes y Agravantes en la Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Penal. Pg. 17-20.

El empleo de un sistema de circunstancias es muy común en las legislaciones penales modernas, para lograr determinar las situaciones de hecho que dan lugar a que se configuren las diversas infracciones penales, aunque naturalmente han existido y existen sistemas diferentes y ordenamientos que han evolucionado hasta lograr la desaparición de la parte general de las llamadas “circunstancias”; al menos en su prístina configuración.

Mejía sostiene que desde un punto de vista histórico, las circunstancias surgieron como un instrumento con que hacer frente a los excesos del arbitrio judicial, con el paso del tiempo, superada la gravedad de esta polémica, la presencia de circunstancias en las legislaciones penales se ha revelado como una exigencia derivada de los principios del derecho penal moderno, al que se vinculan la necesidad de concreción, particularización, personalización e individualización del supuesto de hecho y de la pena misma. El nacimiento de la teoría general de las circunstancias modificativas queda vinculado inexorablemente al movimiento codificador y, especialmente, a la proclamación del principio de igualdad como indiscutible valedor de la individualización de la pena y de la formación de la parte general del Derecho Penal. En los ordenamientos modernos y mayoritariamente por imperativo de la ley, los tribunales de justicia penal están obligados a fijar la medida de la sanción.

Es así como el Congreso Colombiano (2000), mediante ley 599 ha establecido en el artículo 211, las circunstancias que generan una alteración en la comisión y el resultado

de la ejecución de la conducta. "Artículo Modificado por el art. 7, ley 1236 de 2008, Artículo 7°. El artículo 211 del Código Penal (Ley 599 de 2000) quedará así:

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

1. La conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas.
2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.
3. Se produjere contaminación de enfermedad de transmisión sexual.
4. Se realizare sobre persona menor de catorce (14) años.
5. Se realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo.
6. Se produjere embarazo.
7. Cuando la víctima fuere una persona de la tercera edad o, disminuido físico, sensorial, o psíquico".

Considerando el Congreso Nacional que con el establecimiento de estas circunstancias fácticas, que permiten dosificar la pena, se garantiza a la víctima el Derecho a la Justicia.

1.3.Circunstancias de agravante en el delito de acto sexual abusivo

El Congreso de la República de Colombia, (2008) mediante Ley 1236 modificó algunos delitos referentes a los delitos de abuso sexual, confirmando en su artículo 5 lo dispuesto en el artículo 209 de la ley 599 de 2000, (Código Penal Colombiano) manteniendo la circunstancia y el elemento normativo de la edad como aquel que da origen a la comisión y tipificación de la conducta agravada por las condiciones específicas del sujeto pasivo de la misma "Artículo 5°. El artículo 209 del Código Penal (Ley 599 de 2000) quedará así:

"Artículo 209. Actos sexuales con menor de catorce años. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años".

El legislador entonces, ha sido claro al establecer que la conducta de acto sexual abusivo, se configura con el agravante de ser ejercida sobre menor de 14 años y que su naturaleza de abusivo, data de que se presume de pleno que no existe voluntad en el sujeto pasivo, ya que aun cuando este la manifieste y exteriorice por algún medio, resultaría un fracaso el solo hecho de intentar alegar dentro de un proceso en el sistema penal acusatorio.

1.4. Acto sexual abusivo

Uno de los elementos característicos del acto sexual como delito, se materializa en su naturaleza de “abusivo”. Y cuando el legislador hace referencia a que se configura cuando se ejerce con menores de 14 años, quiere decir, que sobrepasa la capacidad de afrontar dicha práctica por parte de la que se considera víctima de la conducta y por tal razón, comporta cierta naturaleza violenta al vulnerar la integridad del sujeto.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, (2000). Rad. 13466. Ha tenido a bien hacer una diferenciación en cuanto a aquellos delitos en donde media o no el consentimiento de la víctima. Al contrario de lo que sucede en los delitos sexuales que contienen el ingrediente valorativo de la violencia, el bien jurídico que el legislador pretende proteger con la consagración de esta norma “se refiere al artículo 208 de la Ley 599 de 2000” no reside en el amparo de la libertad que todo individuo ostenta para otorgar su consentimiento en la realización de actos de índole sexual, sino en la salvaguardia a favor de quienes no tienen autonomía para determinar en dicho ámbito su comportamiento”.

“La diferencia fundamental entre los delitos sexuales violentos, como los consagrados en los artículos 205 (acceso carnal violento) y 206 (acto sexual violento) del Código Penal, y los abusivos, esto es, los artículos 208 (acceso carnal abusivo con menor de catorce 14 años) y 209 (actos sexuales con menor de catorce 14 años) del referido estatuto sustantivo, radica en que los primeros se realizan gracias al elemento típico de la violencia, mientras que en los segundos concurre el consentimiento del sujeto pasivo de la conducta. Así lo explicó la Corte Suprema de Justicia. (2010). Rad. 33022”.

En lo concerniente a la violencia como elemento de los delitos sexuales, la Corte Suprema de Justicia Colombiana (2009), SP880-2017 M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. Ha señalado que con el objeto de establecer la plena existencia de la violencia, no solo

debe haber un análisis anterior a la ocurrencia del hecho, sino que debe también probarse que la violencia haya sido un mecanismo significativo para la comisión de la conducta y que esta se configure como idónea para subyugar la voluntad de la víctima.

Por su parte, los delitos sexuales abusivos, como se dijo anteriormente, aun cuando no existan secuelas que dejen ver muestras de maltrato, para la ejecución de la conducta, con el hecho de que se configure el ingrediente valorativo de la edad, establecida para el caso, inferior a los 14 años.

Visto así, se concibe el consentimiento como el elemento diferenciador en cuanto a las diferentes tipificaciones del delito; respecto a la situación con menores, la misma corporación ha dicho que: de ninguna manera el legislador presumirá que en los delitos sexuales abusivos, estén relacionados con la violencia, sino con el consentimiento que el sujeto pasivo pudiere manifestar.

Por lo anterior, en el art. 209 de la ley 599 de 2000 el legislador cuenta con que muy posiblemente, la voluntad de la víctima, no sea doblegada ni subyugada por vías de hecho, pero a la vez presupone que dada la naturaleza del bien jurídico tutelado, no podrá fallar dentro de un proceso de este tipo, a favor del procesado, es decir el consentimiento de la víctima no podrá ser tenido como un elemento material probatorio a favor del indiciado, por lo que solo intentar solicitar su inclusión, sería un fracaso.

Se configura el delito, debido a la carencia de capacidad en estas víctimas para que la manifestación de su voluntad, tenga valor y sirva como medio material probatorio que pueda exonerar de una responsabilidad al imputado.

Al mismo respecto, ha referido la Corte Constitucional (1994) mediante Sentencia C-146 que

“Al momento de establecer los tipos penales, goza el legislador de una amplia discrecionalidad, ya que solo él está revestido de autoridad para evaluar el daño social que pudiere causar determinada conducta y las medidas de punición que debe adoptar el Estado. Dentro del contexto de la política criminal, para su prevención y castigo. Afirma la Corte Constitucional que la Constitución, por su misma naturaleza, no entra a detallarlas”.

El ministerio público (2013), por su parte, mediante sentencia de Tutela T-921. Ha dicho que la “edad es elemento esencial en los delitos sexuales abusivos, puesto que la ley no

penalizó los actos sexuales o el acceso carnal, considerados como tales, en su lugar fue claro al expresar que para que se configuren los mismo, deben ser ejercidos con menores de 14 años, contando con que no es necesario entrar a verificar si existió o no el consentimiento de la víctima”.

En lo concerniente a la violencia como elemento típico de los delitos sexuales, la Corte Suprema de Justicia (2009). Radicado 23508 ha señalado que, cuando de establecer su configuración se trata, debe ser idónea para alcanzar que la voluntad de la víctima, sea doblegada, el factor de la violencia en todas los delitos sexuales y demás conductas en las que concurra dicho ingrediente, para ser valorado por el juez, este debe retrotraerse al momento de realización de la acción y examinar si efectivamente, el comportamiento del autor sería o no adecuado para producir el resultado típico y el grado de vulnerabilidad de la víctima. En este sentido, se debe tener en cuenta, que si no se puede verificar la aplicación de la violencia, abuso o doblegación de la voluntad de la víctima en la conducta delictiva, no podrá valorarse como hecho violento en su apreciación típica, ni tenerse como circunstancia agravante de la misma.

1.5.Desarrollo psicosexual del menor

En el contexto del desarrollo psicosexual, se hace necesario estudiar la teoría y las etapas planteadas por el psicoanalista Sigmund Freud, ya que es una de las principales de la cultura occidental contemporánea para lo cual, citaré un estudio realizado por Adrián Triglia.

Freud frente a la sexualidad humana, plantea que existen 5 etapas en el desarrollo comprendidas como: la oral, la anal, la fálica, de latencia y genital, considera que “la sexualidad humana, es una de las principales vertientes de la energía vital que mueve el comportamiento del ser humano”. Esta energía, comúnmente conocida como libido, es la fuente de los impulsos que hacen que tendamos hacia ciertos objetivos a corto plazo y a la vez, obligan a otras instancias de nuestra psique a reprimir estas tendencias para no ponernos en peligro o no entrar en conflicto con el entorno en el que vivimos.

El autor plantea, que esa energía vital, no es producida en la adolescencia, en donde se dice que es lo normal comenzar a experimentar sobre la sexualidad y que por el contrario, ello nace con el ser humano, análisis que nos llevará a comprender aquella estrecha relación

de nuestra personalidad, intimidad, afectividad con los impulsos y reacciones que adoptamos frente a ellos.

El contexto en que se desarrolla la vida sexual en la primera infancia y la forma en que se gestiona la satisfacción de la libido, etapa que Freud llama como desarrollo inocente. Es la que marca las pautas sexuales que se harán notar en la vida adulta. La teoría del desarrollo psicosexual, plantea que los niños, en su estado de inconciencia, inician a experimentar desde muy temprana edad el deseo por satisfacer algunos apetitos sexuales que claramente no se encuentran vinculados con los genitales pero que sí, son deseos que de alguna manera requieren ser exteriorizados y saciados.

Si bien es cierto, los padres regularmente notan que sus hijos inician el interés por estos temas a tan corta edad, lo que genera alarma en la sociedad y creencias de que el entorno en que se vienen desarrollando, influye en ello y que la televisión, los juegos o las conversaciones fuertes en presencia de ellos, si logran evitar, colaborarían a un retraso y postergación en el interés del menor, lo que según Freud es totalmente erróneo ya que es parte del ciclo natural del ser humano.

1.5.1. Etapas del desarrollo y sus fijaciones

Plantea Freud, la teoría que une la sexualidad con el desarrollo inconsciente, la cual, propone que en los primeros años de la vida humana, se atraviesan por diferentes etapas que permitirán explorar, demarcar y condicionar el actuar y la forma de asumir y desarrollar la sexualidad en cada persona en específico en su edad adulta, fijando así las acciones necesarias para que cada quien pueda exteriorizar la libido de manera satisfactoria y de igual manera identificando aquellas que de alguna manera podrían llevar a un conflicto o represión en la sexualidad del individuo de la especie humana.

1.5.1.1. Fases pulsionales del desarrollo psico-sexual

Como se mencionó anteriormente, Freud expone 5 etapas del desarrollo psicosexual.

- Etapa oral: etapa comprendida entre los primeros 18 meses de vida, es aquella en que los niños inician a conocer su mundo exterior y así mismo aparecen las primeras señas del querer satisfacer la libido, es por ello que los niños intentan

llevar a la boca todo lo que encuentran, la boca es la principal zona en la que se busca el placer, usualmente en pro de protegerles, los adultos tienden a evitar este contacto con elementos u objetos que los menores intentan llevar a la boca, según Freud el hacerlo les limitaría el pleno desarrollo y podrían generarse bloqueos que muy seguramente quedarían fijados en el inconsciente y cohibirían el pleno desarrollo sexual en edades posteriores.

- Etapa anal: comprendida entre el fin de la etapa oral y hasta los 3 años de edad. Consiste en aquel control que se empieza a ejercer sobre los esfínteres, lo que permite que los niños empiecen a ser un poco más independientes y autónomos, ya que sus organismos empiezan a realizar sus necesidades biológicas de manera más controlada, esta etapa se puede notar cuando el niño avisa a sus padres su deseo por defecar, ya no es usual que les ocurra de manera imprevista, sino que por el contrario.

“Las fijaciones relacionadas con esta fase, según Freud, tienen que ver con la acumulación es decir el espíritu ahorrador y la disciplina y con el gasto vinculado con la desorganización y el derroche de recursos”

- Etapa fálica: comprendida entre los 3 y los 5 años de vida; Freud ha relacionado esta etapa con los complejos de Edipo en cuanto a los niños Freud afirma que esta etapa consiste en que los niños experimentan deseos sexuales hacia sus madres y ven a sus padres como rivales, por lo que temen ser castrados. Fase que más tarde, será dejada atrás, cuando los niños empiecen a identificarse con sus padres y repriman los sentimientos hacia sus madres. Lo que llevaría a una adultez con una identidad sexual sana, Freud sugiere que mientras el ELLO quiere eliminar al padre, el EGO sabe que su padre es mucho más fuerte. Entonces, el niño experimenta lo conocido como ansiedad de castración, miedo a la emasculación. A medida que el niño se va dando cuenta de las diferencias físicas entre los hombres y las mujeres, asume que en las mujeres el pene ha sido removido, por lo que su padre puede castrarle a él como castigo por desear a su madre y complejo de Electra en las niñas.

Esta etapa en donde se asocia la zona erógena con los genitales, los niños y niñas empiezan a notar las diferencias físicas y sexuales en el cuerpo de los hombres y mujeres, de las niñas y niños, las evidentes disimilitudes en la forma de los genitales, también en la forma en que cada uno se viste y los intereses que cada uno desarrolla.

Instituto Lasalle- Florida. (2012). Propuesto por Carl Jung en contraparte femenina al complejo de Edipo, fijación afectiva que tiene la niña hacia el padre durante cierta etapa de su niñez. Este complejo, se presenta aproximadamente entre los cuatro y los seis años de edad. Es durante esta fase que las niñas descubren que no tienen pene y surge lo que los expertos llaman “la envidia del pene”, que a la vez arrastra el deseo de obtener lo que este órgano sexual simboliza. Los psicoanalistas sugieren que esta es la causa por la cual, las niñas se alejan de la madre y se produce un acercamiento al padre lo que nosotros coloquialmente conocemos como “papitis”.

- Etapa de latencia: presente desde los 6-12 años. Se trata de un periodo de calma. Los impulsos quedan latentes, lo cual permite que el niño pueda dedicarse a otras cosas. La escuela y los amigos ocupan todo su interés. En esta etapa aparece la vergüenza y el pudor.
- Etapa genital: a partir de 12 años. Retorna el interés de los genitales como zona erógena. Los individuos pueden ya establecer relaciones sexuales satisfactorias y vivir una vida plena. No hay ningún tipo de fijación

1.6. Capacidad

Para hablar de capacidad en Colombia, debemos remitirnos a lo expuesto por el Congreso de la República (1887) ley 57. El párrafo segundo del artículo 1502 reza así “la capacidad legal de una persona, consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra”. Continúa en el artículo 1503 planteado que legalmente, se presumen capaces todas las personas, exceptuando a aquellas que la ley declare incapaces por condiciones específicas. Hace referencia a los actos y las declaraciones de voluntad.

Al respecto La Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-534 de 2005 (M.P. Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, 2005) La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

Una de las ideas jurídicas fundamentales es la de capacidad. De acuerdo a la Enciclopedia jurídica, Edición (2014). Al jurista le interesa conocer cuándo una persona puede actuar válida y eficazmente en derecho, y cuáles son los efectos del acto o negocio realizado con capacidad deficiente o sin ella.

Pero para poder examinar estas cuestiones es preciso sacar a la luz las diversas acepciones que se esconden bajo el término capacidad, y deslindarlo de una serie de conceptos íntimamente ligados a ella.

Capacidad jurídica y capacidad de obrar. Tradicionalmente se han venido distinguiendo dos especies de capacidad en la persona individual: capacidad jurídica y capacidad de obrar.

La capacidad jurídica se presenta como aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, o lo que es lo mismo, sujeto activo o pasivo de derechos y obligaciones.

1.7.Capacidad cognitiva y volitiva

La Capacidad cognitiva hace referencia a la capacidad de comprensión, es decir, la capacidad que tiene la persona para entender lo que hace. Los niños en su etapa inferior, carecen de reflejos, de la capacidad de controlar sus movimientos y mayor aún de la capacidad de entender el impacto que puede generar el cumplimiento de cualquier capricho que quieran ejercer, como el hecho de que un niño, meta de manera inocente un dedo en un tomacorrientes y muy posiblemente el cuerpo por impulsos lo lleve a retirarlo del toma, el menor saldrá exteriorizando cualquier efecto que le haya generado este hecho, muy seguramente en llantos, pero en cuanto pase su reacción, es posible que este vuelva a intentar introducir nuevamente su dedo en el tomacorrientes. Configurando así en el menor, una carencia en su capacidad de comprender lo que hace.

La Capacidad volitiva por su parte, hace referencia a la capacidad de la persona a obrar o actuar en función de su comprensión, es decir, su capacidad para controlar sus actos. Se considera entonces, que esta, se va adquiriendo con el trascurrir del tiempo a lo largo de las primeras etapas de vida de un ser humano, consecuentemente con lo anterior, bien se

hace al considerarse que los niños, en la etapa inferior de la niñez, no tienen conciencia de las consecuencias que puedan ser arrojadas de la comisión de una conducta, percepción que cambiará al paso de que ellos mismos se vayan desarrollando, creciendo y madurando. Ya que el tener capacidad para entender y hacer una conexión lógica entre la conducta y su consecuencia, llevará a que el ser humano, se empiece a limitar o autorregular, pensando antes de actuar o en razón al análisis de la situación decida cohibirse de ejercer ciertas conductas.

Existen diferentes trastornos psicológicos que pueden afectar tanto la Capacidad cognoscitiva como la capacidad volitiva. El perito psicólogo estudia estas dos capacidades en la persona para así reflejar en el Informe Pericial Psicológico si se han visto afectadas o anuladas en relación a la comisión del acto por el que se juzga a la persona y puede ayudar a determinar si la persona es imputable, semi-imputable o inimputable.

CAPITULO II

2. ANÁLISIS LEGAL DEL DELÍTO DE ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS

La Corte Constitucional (2011) en sentencia C-444 con ponencia del M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Ha señalado que para imponer sanciones penales, “no basta que la ley describa el comportamiento punible sino que además debe precisar el procedimiento y el juez competente para investigar y sancionar esas conductas (CP arts. 28 y 29)”.

En razón a lo anterior, continúa la Corporación planteando que, para que se pueda sancionar penalmente a una persona, no es suficiente que el Legislador defina los delitos y las penas imponibles sino que, debe existir en el ordenamiento un procedimiento aplicable y un juez o tribunal competente previa y claramente establecidos.

Así mismo, se manifiesta la Corte Constitucional al respecto del principio de legalidad, afirmando que equivale a la traducción jurídica del principio democrático y se manifiesta más precisamente en la exigencia de “*lex previa y scripta*”. De esta forma, al garantizar el principio de legalidad se hacen efectivos los restantes elementos del debido proceso¹, entre ellos la publicidad, la defensa y el derecho de contradicción.

Desde la anterior perspectiva, interesa al juez constitucional que el legislador observe dichos elementos. Visto así, la vigencia de la ley conlleva su “eficacia jurídica”, entendida como obligatoriedad y oponibilidad, en tanto hace referencia “desde una perspectiva temporal o cronológica, a la generación de efectos jurídicos obligatorios por parte de la norma de la cual se predica; es decir, a su entrada en vigor”. Corte Constitucional, Sentencia C-444 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Al respecto de la publicidad como elemento del debido proceso, la misma Corte, (1999) en sentencia C-957 con ponencia de M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis, ha dicho que el

¹La Corte Constitucional ha dicho que es el Conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurrido en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Sentencia C-248 de 2013 M.P. Mauricio González Cuervo

principio de la publicidad² se hace efectivo en materia legislativa, al disponer expresamente el artículo 157 de la Carta Política que “ningún proyecto será ley sin haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva”. Y agrega el artículo 165 *ibídem* que “aprobado un proyecto de ley por ambas cámaras, pasará al Gobierno para su sanción. Si éste no lo objetare, dispondrá que se promulgue como ley”.

Dentro del tema de la puesta en conocimiento de los actos legislativos y de las leyes, es necesario precisar que la expedición se refiere a la formulación de la materia y la promulgación alude a la publicidad de dicho contenido. En consecuencia, la ley o el acto, aunque se conforman en el momento de su expedición, sólo producen efectos jurídicos desde su promulgación en el Diario Oficial.

En cuanto al Derecho a la defensa y principio de contradicción, la Corte Constitucional (2009) en sentencia C-025 con M.P. Rodrigo Escobar Gil. Ha dicho que debe entenderse como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga.

El anterior Derecho, como garantía del procesado, busca impedir el abuso de poder, por parte de las autoridades que intervienen en el proceso judicial, y que en razón a ello no se dicte un fallo que condene al sindicado de manera injusta, activando el papel del mismo para que haga uso de las etapas del proceso de la manera más favorable, de acuerdo a su condición.

Continúa la Corporación en el mismo pronunciamiento, expresando que el ejercicio del Derecho a la defensa en materia penal comprende dos modalidades, la defensa material y la defensa técnica. La primera, la defensa material, es aquella que le corresponde ejercer directamente al sindicado. La segunda, la defensa técnica, es la que ejerce en nombre de

² *La Carta Política establece la publicidad como principio rector de las actuaciones administrativas, para lo cual, de conformidad con lo preceptuado en su artículo 209, obliga a la administración a poner en conocimiento de sus destinatarios los actos administrativos, con el fin, no sólo de que éstos se enteren de su contenido y los observen, sino que, además, permita impugnarlos a través de los correspondientes recursos y acciones. Sentencia C-957/99.*

aquél un profesional del derecho, científicamente preparado, conocedor de la ley aplicable y académicamente apto para el ejercicio de la abogacía.

Ha dicho también, la Corte Constitucional que en Colombia, basta con la elección y nombramiento de un profesional del derecho (abogado), ya sea de confianza o designado por el Estado mediante el sistema nacional de defensoría pública, para que se materialice la defensa técnica.

Basándose en todos los elementos mencionados, que requiere la creación formal y legal de una normativa, el Congreso de la República de Colombia. (2000), ha tenido a bien, destinar un título en el código Penal (Ley 599) para la clasificación de los delitos sexuales según el medio empleado para cometerlos, ya sea violencia o abuso; el título IV.

En el capítulo I, denominado “De la violación”: 1. Acceso carnal violento (Artículo 205). 2. Acto sexual violento (artículo 206). 3. Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (artículos 205, 206 y 207).

En el capítulo II “De los actos sexuales abusivos”: 1. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 208). 2. Actos sexuales con menor de catorce años (artículo 209). 3. Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir (artículos 208, 209 y 210).

Y ya por último, El capítulo III apunta a causales de agravación de los anteriores hechos, y el IV, a las varias formas de proxenetismo.

Como se ha venido haciendo desde el inicio de este trabajo, este capítulo, estará enfocado específicamente en el análisis del artículo 209, que es el que nos interesa; artículo que posteriormente, fue modificado por el artículo 5 de la ley 1236 de 2008, en donde no solo se modifica la tipificación, sino también la pena para el presente delito, quedando así:

“**Artículo 5°.** El artículo 209 del Código Penal (Ley 599 de 2000) quedará así:

Artículo 209. Actos sexuales con menor de catorce años. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece años”.

Si bien, la conducta de acto sexual es parte del desarrollo natural y biológico del ser humano, el legislador ha sido claro al precisar en el factor edad (14 años) como único y determinante para que se configure la conducta punible. Factor que para temas procedimentales, puede constatarse con el registro civil de nacimiento de la víctima, ahora

bien, la edad como elemento descriptivo de un tipo, consideramos es susceptible de ser sometido a un estudio minucioso desde el análisis de los criterios de valoración adoptados por el legislador al establecer las circunstancias fácticas que dan origen a que un acto natural de los seres vivos, pierda su esencia y degenera en un acto infractor a las normas legales establecidas para regular la sociedad.

El objeto del Congreso de la República, al limitar el Derecho a la libertad sexual, por interés colectivo, es tutelar la seguridad sexual, no con el fin de mantener intactas las virtudes, como lo serían la castidad, la pureza, entre otras. Esos valores pertenecen a la esfera de la Religión y de la Moral. Sino el objeto del Derecho penal, es mantener el mínimo ético indispensable para la buena convivencia social, y frente a él carecen de relevancia las acciones impúdicas o deshonestas, mientras no comprometan, ni ataquen, ni lesionen determinados órdenes sociales. FRANCISCOS GONZALEZ, (1986).

La práctica del delito de Acto Sexual Abusivo es un tema que aunque hoy día se escucha con mayor fuerza, no es nuevo, ha venido haciendo parte de las erróneas conductas ejercidas por la sociedad a lo largo de los años, la forma e intensidad evolutiva en que se desarrolla esta conducta, ha llevado al legislador a adoptar medidas preventivas y sancionatorias más rígidas y severas para con los sujetos activos.

2.1. Contextualización histórica y social del abuso sexual infantil

De acuerdo a lo planteado por JESUS ORLANDO, (2007). Para poder denominar con propiedad como sexual un delito, se requiere que en él mismo se reúnan dos condiciones o criterios regulares:

Primero: que la acción típica del delito, realizada positivamente por el delincuente en el cuerpo del ofendido o que a este, se le hace ejecutar, sea directa e inmediatamente de naturaleza sexual, es decir, no basta que la conducta sea presidida por un antecedente, móvil, motivo o finalidad de lineamientos eróticos, más o menos definidos en la conciencia del actor o sumergidos en su subconsciente, sino que es menester además que

la conducta positiva del delincuente se manifieste en actividades lubricas somáticas³ ejecutadas en el cuerpo del ofendido o que a este, se le hacen ejecutar.

Segundo: que los bienes jurídicos dañados o afectados por esa acción sean relativos a la vida sexual del ofendido. Es decir, se requiere además que la acción corporal de lubricidad típica del delito, al ser ejecutada físicamente, produzca de inmediato un daño o peligro a intereses protegidos por la sanción penal. Atañederos a la propia vida sexual de la víctima.

Al respecto, en concepto adoptado por la Unicef, se ha dicho que el abuso sexual infantil no puede entenderse si no se le estudia en el marco del contexto histórico y social donde se produce. La cosmovisión⁴ del mundo en general, cada conducta social está determinada por las ideologías y teorías que predominan en determinados momentos. En esta cosmovisión quedan incluidos prejuicios, avances sociales, nuevas teorías, el retroceso a otras que ya no se consideraban útiles y la tolerancia social que permite que tales teorías sigan o no en vigencia. La violencia hacia la infancia en todas sus formas no escapa a estas cosmovisiones.

A lo largo de la historia los niños han sido olvidados, desacreditados, no tenidos en cuenta. El hecho de tomar conciencia de la necesidad de cuidarlos, protegerlos y tratarlos bien no se extiende mucho en el tiempo, si miramos hacia atrás. Así lo explican Sandra Baita y Paula Moreno (2015) Unicef.

Lo anterior, nos lleva a analizar la existencia de la necesidad como algo moderno, ya que si bien es cierto, hoy día los Estados protegen el bienestar de los menores en un alto grado de prioridad, sobre el resto de la población, se debe aclarar que esta inclusión normativa es reciente ya que en tiempos antiguos las personas no consideraban que los niños fueran esa parte de la población requirente de un trato especial, cauteloso y reforzado.

El abuso sexual infantil es una conducta que ha existido a lo largo de los siglos, propiciado de distintas formas, aunque De Mause sostiene que era más frecuente en otros tiempos que en la actualidad. En Grecia y Roma, los jóvenes eran utilizados como objetos sexuales por hombres mayores; incluso podían ser alquilados para llevar adelante prácticas sexuales. Era común la castración de los niños para llevarlos a burdeles. Si bien la mayoría

³ *Hanna recupera así la palabra griega, soma, que significa "cuerpo vivo", y define la somática como el campo que estudia el soma: "El cuerpo percibido internamente por la primera persona". Castro, Carvajal. J. Uribe, Rodríguez. M.1998.*

⁴ *La Cosmovisión es una perspectiva de algo. Seunghyuk & Yeari Lee. 2011.*

de los documentos consultados por De Mause sugieren que los abusos sexuales se daban con mayores de 11 o 12 años, el autor considera altamente probable que niños menores de esa edad también fueran objeto de la manipulación sexual por parte de maestros y pedagogos.

Sostiene el autor mencionado, que estas prácticas también eran comunes entre los judíos, quienes consideraban que la cópula con niños menores de nueve años no era un acto sexual, y solo castigaban con pena de lapidación la sodomía con niños mayores de esa edad.

Sandra Baita y Paula Moreno (2015) sostienen que en la antigua Roma, la práctica sexual preferida con los niños era el sexo anal, y circulaba la idea de que el sexo con niños castrados era particularmente excitante; estos niños eran castrados desde la cuna, y esa costumbre se prolongó hasta que el emperador Domiciano prohibió la castración de los niños para ser llevados a los prostíbulos.

Con el cristianismo comenzó a aparecer un concepto diferente del niño, considerado como un ser puro e inocente, alejado del conocimiento y la comprensión de lo que eran los placeres carnales. En el Renacimiento y el siglo XVII, si bien se empezó a reprobar moralmente el contacto sexual de adultos con niños, aún se consideraba que detener tales avances sexuales era obligación del niño.

En el siglo XVIII aparece el castigo a los niños por la masturbación; incluso hasta el siglo XIX estas conductas se castigaban con intervenciones quirúrgicas, con el fin de evitarlas.

Hacia fines del siglo XIX se dio en Estados Unidos de Norteamérica el caso de una niña maltratada que fue protegida gracias a la invocación de una ley de protección a los animales.

El paradigmático caso de Mary Ellen (1874) marcó de alguna manera el comienzo de la protección de los niños como una causa en sí misma, ya que hasta entonces no había leyes específicas para tal fin. Habría que pasar la primera mitad del siglo XX para que el maltrato infantil comenzara a ser definido puntualmente como tal, a partir del pionero trabajo de Henry Kempe, con su estudio y descripción del síndrome del niño apaleado o maltratado, de 1962. Es decir que la historia de la violencia hacia la infancia es antigua y moderna a la vez: antigua si seguimos sus rastros hacia atrás, pero moderna si la pensamos en términos de la categorización concreta del problema.

De Mause, por su parte, sostiene que esta práctica desapareció recién en 1925. Y que en los siglos XVII y XVIII fue que comenzaron a surgir ciertas consideraciones sobre algunas formas de violencia hacia los niños, en especial física y sexual, aunque la reducción más importante de estas prácticas se verifica recién en el siglo XX.

Decir que en Colombia el abuso sexual infantil es una práctica nueva, sería un error, ya que es una de las formas de maltrato infantil que ha venido acompañando el desarrollo de la humanidad durante toda su historia. Aparece en la literatura, en el cine y frecuentemente en noticias periodísticas. Es el más escondido de los maltratos y del que menos se conoce, tanto en el ambiente médico legal como en el social.

Si bien, el creer que esta conducta es nueva, se debe a la incrementación de denuncias por este hecho y que cotidianamente se escucha en el ámbito social el comentario de que alguien fue víctima de un abuso sexual, situación que antes poco se comentaba y se trataba con mucho pudor, hoy día y en virtud de todos los derechos que el Estado ha reconocido para con los menores, es mayor el número de las víctimas involucradas que se atreven a denunciarlo, situación que se refleja en una mayor cantidad de consultas, tanto en el nivel hospitalario como en el privado.

Los estudios epidemiológicos realizados en nuestro país (López, 1994; De Paúl, Milner y Múgica, 1995; Pereda y Forns, 2007) muestran que el abuso sexual infantil es un problema más extendido de lo que previamente podría estimarse, que suele ir acompañado de un importante malestar psicológico en la gran mayoría de víctimas. Las consecuencias psicológicas que se han relacionado con la experiencia de abuso sexual infantil pueden perdurar a lo largo del ciclo evolutivo y configurar, en la edad adulta, los llamados efectos a largo plazo del abuso sexual (Echeburúa y Guerrica Echevarría, 2000). También es posible que la víctima no desarrolle problemas aparentes durante la infancia y que éstos aparezcan como problemas nuevos en la adultez (Beitchman, Zucker, Hood, Da Costa, Akman y Cassavia (2010).

2.2. Características en los menores víctimas del delito de Acto sexual.

El abuso sexual de menores se refiere a cualquier conducta sexual mantenida entre dos personas cuando al menos una de ellas es menor. Más que la diferencia de edad -factor, sin duda, fundamental que distorsiona toda posibilidad de relación libremente consentida, lo que define el abuso es la asimetría entre los implicados en la relación y la presencia de

algún tipo de coacción -explícita o implícita-. No deja, por ello, de ser significativo que el 20% del abuso sexual infantil está provocado por otros menores⁵. (Garrido, Stangenland y Redondo, 2001; Sosa y Capafóns, 1996).

El diagnóstico de los actos sexuales abusivos, no es nada fácil y como suele pasar desapercibido durante mucho tiempo deja marcas físicas, psicológicas y emocionales, que cuanto más antiguas, más difícil son de tratar. La confirmación diagnóstica es difícil y se basa en el relato del niño, sus juegos, la historia clínica, el examen físico y los exámenes complementarios. Sin embargo, pocas son las veces que se encuentran signos físicos de certeza como los relacionados con enfermedades venéreas, desgarros en zona genital o embarazo. E. ECHEBURÚA Y P. DE CORRAL (2005).

Plantean los anteriores autores, que no todas las personas reaccionan de la misma manera frente a la experiencia de victimización, ni todas las experiencias comparten las mismas características. El impacto emocional de una agresión sexual está modulado por cuatro variables: el perfil individual de la víctima (estabilidad psicológica, edad, sexo y contexto familiar); las características del acto abusivo (frecuencia, severidad, existencia de violencia o de amenazas, cronicidad, etc.); la relación existente con el abusador; y, por último, las consecuencias asociadas al descubrimiento del abuso.

2.2.1. Victimización primaria y secundaria en abuso sexual infantil

Por victimización primaria se consideran todos aquellos efectos negativos que puede sufrir el menor por la exposición a una situación de victimización sexual. (Sótoca, Muñoz, Gonzáles, Manzanero, (2017).

De acuerdo a lo planteado por los anteriores autores, tradicionalmente se han dividido las repercusiones psicopatológicas asociadas al ASI en dos grupos: consecuencias a corto plazo (en los dos años siguientes a la experiencia de victimización) y consecuencias a largo plazo. Las distintas investigaciones señalan la dificultad para establecer un patrón

⁵ Nota citada por Cuad. med. forense no.43-44 Málaga ene/abr. 2006 E. Echeburúa y P. de Corral. Los datos de prevalencia expuestos aquí, se refieren a los estudios, ya clásicos, llevados a cabo en E.E.U.U. por Finkelhor en España por López en la década de los 90, que, aun siendo relativamente antiguos, siguen vigentes. De hecho, no ha habido otros estudios más recientes de ese alcance que hayan invalidado esos datos.

psicopatológico único asociado al ASI, detectándose una amplia variedad de desajustes psicológicos en las muestras analizadas. Se han detectado así desajustes en las funciones fisiológicas, en el área cognitiva, emocional, comportamental y relacional de los menores, dependiendo de su etapa evolutiva.

Visto así, por el interés para el tema que nos ocupa hay que centrarse en las consecuencias psicológicas iniciales del ASI. No obstante, se ha de tener en cuenta que en muchas ocasiones, el o la menor víctima de ASI no presenta ninguna sintomatología. Por el contrario, menores que nunca han sufrido abusos sexuales pueden presentar algunos de los síntomas tradicionalmente asociados a este tipo de traumas, a consecuencia, por ejemplo, de las reacciones emocionales de otros miembros de la familia, o a la concomitancia de otros estresores en su vida (Ej. divorcio parental).

En este sentido, continúan los autores exponiendo que hay que enfatizar que no hay indicadores psicopatológicos únicos asociados al ASI. Al tenor de los datos arrojados por diferentes investigaciones, son muchos los factores que pueden modular el impacto que una situación de ASI puede tener en el desarrollo psico-evolutivo de un menor, así como en su recuperación futura. Entre esos factores se citan: características del abuso, grado de familiaridad con el agresor, momento evolutivo del niño, factores de vulnerabilidad y resistencia, el sexo del menor, y la respuesta por parte del entorno adulto. Los efectos más graves se vinculan a un mayor nivel de contacto físico, mayor frecuencia y duración del abuso, a que el agresor sea una persona significativa para el menor y al empleo de la fuerza y la violencia. El peor pronóstico de recuperación parece relacionado con el menor apoyo y el mayor conflicto intrafamiliar.

Por victimización secundaria se entienden todos los efectos negativos adicionales que puede sufrir el menor durante su paso por el Sistema de Justicia. En relación a los y las menores víctimas de abusos sexuales, el principal factor de victimización secundaria sería la sobreexposición del menor a distintas evaluaciones-entrevistas desde la eclosión de los hechos. (Sócota, et al., 2017)

De esta situación se derivan distintos efectos negativos: por un lado, la continua re-experimentación de emociones negativas asociadas a la vivencia traumática; y por otro, la sensación de descrédito, principalmente si sus declaraciones son fuertemente cuestionadas por la defensa del acusado, que afectará a su autoestima y favorecerá el

mantenimiento o desarrollo de sentimientos de culpa. Ambas cuestiones interferirán con una evolución terapéutica positiva. Pero además, un paso inadecuado por el sistema policial y judicial puede tener otra grave consecuencia en menores que en realidad no han sido víctimas de un delito sexual: la generación de falsas memorias sobre experiencias sexuales y de una sintomatología similar a la del menor víctima real de ASI.

2.2.2. Tipos de conductas sexuales en los abusos

Según Elena Escribano y Vanessa Vallespín, (Universitat Jaume I, 1999). Las conductas de tipo sexuales abusivas, se dividen en directas e indirectas:

Directas: contacto genital o anal entre niño y adulto, penetración anal vaginal u oral, caricias por debajo, por encima de la cintura, masturbación, froteurismo, eyaculación sobre el menor, sadismo.

Indirectas: Exposición de genitales Producción de material pornográfico Inducción a relaciones sexuales entre menores. Exposición a material pornográfico.

Es decir que de alguna manera se dividen los actos descritos en el artículo 209 del Código Penal Colombiano, de acuerdo a la proximidad de contacto que se genere entre el sujeto activo y el pasivo de la conducta.

2.2.3. Tipos de lesiones

Cuantificar estas lesiones, puede resultar una tarea difícil, a diferencia de los casos de maltrato, donde la agresión física es bastante visible, esto no ocurre en el caso de los abusos sexuales. Las consecuencias psíquicas son mucho más frecuentes, más graves y su efecto es mucho más prolongado que las físicas. Entre las lesiones más comunes se distinguen:

Secuelas físicas: Lesiones en los genitales, mordeduras, hematomas, estrías a causa de los golpes, enfermedades venéreas, hemorragias o flujo en la región genital, embarazos, entre otros.

Secuelas anímicas: Sentimientos de vergüenza y culpa, pérdida de confianza, sensación de impotencia, miedos, aislamiento, mutismo, falta de autoestima, desdoblamiento de la personalidad a causa de una inseguridad total.

Los anteriores sentimientos pueden manifestarse en forma de turbación general, depresiones, trastornos del sueño, trastornos del habla, dificultades de concentración, disminución del rendimiento escolar, aparición o reaparición de síntomas neuróticos como enuresis, tartamudeo, manías, huidas, agresiones, comportamiento sexualizado prematuro o bien retroceso a etapas anteriores, trastornos alimentarios.

2.2.4. Impacto psicológico de abuso sexual.

MedForense.net, (2007). Plantea que el abuso sexual produce efectos graves en la víctima y a sus familias. Estos efectos pueden destruir la autoestima, pueden conducir a las víctimas hacia el consumo de drogas o alcohol, producir estrés, miedo a los adultos, deseos de morir, agresividad con los animales y otros problemas emocionales que deben solucionarse a tiempo y de la mejor manera posible garantizándole a las personas afectadas sus derechos. Dentro de los principales y más comunes efectos después del evento y a largo plazo están:

-Vergüenza: Entendida como un sentimiento profundo de desprecio hacia uno mismo. - Depresión: Sentimientos frecuentes de tristeza y abatimiento que impiden adaptarse con facilidad a las actividades normales. -Baja Autoestima: del concepto de uno mismo o se cree inferior a los demás. -Sensación de suciedad permanente. -Desconfianza del sexo opuesto. -Ansiedad: Miedo exagerado a las situaciones o a los recuerdos generados por el hecho. -Sentimientos de culpa. - Inseguridad: Miedo a estar solo(a). -Alteraciones del sueño. -Olvido de algunas etapas de la vida. -Rechazo al contacto físico o a las relaciones sexuales. -Adicciones.

El Instituto que los Psicólogos y Psiquiatras e investigadores que han estudiado este fenómeno no solo en Colombia sino en el mundo, han encontrado que este funciona como un círculo vicioso, donde los hijos de padres maltratados en la infancia terminan por reproducir el maltrato en sus hijos.

2.2.4.1. Síndrome de estrés postraumático.

Al respecto de este síndrome, como consecuencia de un abuso sexual, el Instituto Nacional de Medicina Legal, (2007). Plantea una división que a continuación, se relaciona:

- *Alteraciones en la regulación del afecto:* Las sobrevivientes presentan cambios de humor, preocupaciones suicidas crónicas. Sus historias de vida refieren intentos repetidos de quitarse la vida. Autoagresiones (daño físico así misma). Enojo explosivo o extremadamente inhibido (puede ser alterno). Sexualidad compulsiva o extremadamente inhibida. (Puede ser alterna).
- *Alteraciones en la conciencia:* La o el sobreviviente puede presentar amnesia o hipermnesia para los eventos traumáticos, despersonalización, (sentir que no es ella misma), desrealización, sentirse extraña en relación con el entorno, así como también experiencias revividas (ideas intrusivas, preocupaciones constantes, angustia derivada de la presencia de ideas que se presentan como reviviendo el trauma).
- *Alteraciones en la autopercepción:* Sentimientos de invalidez o parálisis de la iniciativa, vergüenza culpa y reproches. Sentimientos de deshonra y de estar estigmatizada, sentimientos de ser completamente diferente a los otros (se siente diferente, no humana, que nadie le puede entender).
- *Alteraciones en la autopercepción del ofensor:* Suele atribuirle poderes no realistas al ofensor; le idealiza y tiene sentimientos ambivalentes hacia él; puede percibirlo como sobrenatural, sentirse bajo su control y aceptar los valores o de las ideas del ofensor así como mostrarse preocupada en relación a él.
- *Alteraciones en las relaciones con otros:* Sus relaciones interpersonales son precarias; Tendencia al aislamiento y al retiro. Falta de confianza en los otros (as), dificultad para establecer relaciones afectivas; relaciones con personas que pueden lesionarla. Alteraciones en el sentido de pertenencia. Es frecuente encontrar pérdida de la fe y fuertes sentimientos de desesperanza y desesperación.

De lo anterior, puede deducirse que ciertamente, son muchas las secuelas emocionales, físicas o psicológicas que posiblemente han de quedar en un menor abusado sexualmente.

E. Echeburúa y P. de Corral, (2006) sostienen que la intensidad de estas corresponde a la frecuencia de duración de la experiencia, así como del empleo de fuerza y de amenazas o de la existencia de una violación propiamente dicha (penetración vaginal, anal o bucal). De este modo, cuanto más crónico e intenso es el abuso, mayor es el desarrollo de un sentimiento de indefensión y de vulnerabilidad y más probable resulta la aparición de síntomas.

Flitter, Elhai y Gold, (2003) por su parte, sostienen que el abuso sexual infantil constituye un importante factor de riesgo para el desarrollo de una gran diversidad de trastornos psicopatológicos que han de reflejarse en la edad adulta

Ahora bien, vale aclarar que según Noguero, (1997) Los efectos a largo plazo del abuso sexual infantil han sido considerados especulativos.

Considera Noguero que se hace indispensable estudiar aspectos como la relación de la víctima con el agresor, lo que importa no es tanto el grado de parentesco entre ambos, sino el nivel de intimidad emocional existente. De esta forma, a mayor grado de intimidad, mayor será el impacto psicológico, que se puede agravar si la víctima no recibe apoyo de la familia o se ve obligada a abandonar el hogar.

Continúa el autor planteando que en lo que se refiere a la edad del agresor, los abusos sexuales cometidos por adolescentes resultan, en general, menos traumatizantes para las víctimas que los efectuados por adultos. En ocasiones, la respuesta de los padres ante la revelación del abuso puede ser más intensa que la del propio niño, sobre todo en los casos en que la madre se percata del abuso sexual a su hijo protagonizado por su propia pareja. Los sentimientos de vergüenza y culpa, de cólera y pena, de miedo y ansiedad, pueden afectar a los padres de tal manera que se muestran incapaces de proteger al niño adecuadamente y, en los casos más graves, pueden llegar incluso a culparlo de lo sucedido.

De lo anterior, podríamos entonces cuestionarnos al respecto de las secuelas que se generarían en los sujetos pasivos de esta conducta en donde el sujeto activo, no supera la mayoría de edad y así mismo en la responsabilidad penal a la que habría lugar para con este último.

Ahora bien no busca el autor con lo anterior relevar el significado de la influencia de situaciones de estrés adicionales, como consecuencia de la revelación del abuso, sobre la estabilidad emocional de la víctima. Por el contrario, plantea que en concreto, la posible ruptura (legal o de hecho) de la pareja, el encarcelamiento del padre o padrastro, la salida de la víctima del hogar (única vía a veces para garantizar su seguridad, pero que supone un coste emocional y de adaptación importante) o la implicación en un proceso judicial (con las posibles consecuencias penales para el abusador) son algunas de estas situaciones. Respecto al último punto señalado, los juicios largos, las testificaciones reiteradas y los testimonios puestos en entredicho suponen una victimización secundaria y ofrecen un peor pronóstico.

El abuso sexual en la infancia es un fenómeno invisible porque se supone que la infancia es feliz, que la familia es protectora y que el sexo no existe en esa fase de la vida. Sin embargo, el abuso sexual infantil puede llegar a afectar a un 15%-20% de la población (a un 4%-8% en un sentido estricto)⁶, lo que supone un problema social importante y que afecta a uno y otro sexo (especialmente a niñas). Los menores no son, sin embargo, solo víctimas de las agresiones sexuales, sino que también pueden ser agresores. De hecho, el 20% de este tipo de delitos está causado por otros menores. (E. Echeburúa1 y P. de Corral, 2006).

2.2.4.2. Secuelas emocionales en las víctimas de abuso sexual

Los menores muy pequeños pueden no ser conscientes del alcance del abuso sexual en las primeras fases, lo que puede explicar la compatibilidad de estas conductas con el cariño mostrado al adulto por el menor. Así, por ejemplo, hay niños que verbalizan el abuso sexual de la siguiente forma: "mi papá hace un pipí blanco", "yo no me enteraba porque estaba dormido", "me dice que no se lo diga a nadie", etc.

Las secuelas emocionales pueden entonces presentarse de las dos formas siguientes:

⁶ De acuerdo con un meta análisis realizado por Pereda, Guilera, Forns y Gómez-Benito (2009) El análisis mostró que el 7,9% de los hombres (7,4% sin valores atípicos) y el 19,7% de las mujeres (19,2% sin valores atípicos) habían sufrido algún tipo de abuso sexual antes de los dieciocho años.

2.2.4.2.1. Consecuencias a corto plazo

Continúan Echeburrúa y Corral, planteando de acuerdo a su estudio que al menos un 80% de las víctimas sufren consecuencias psicológicas negativas. El alcance del impacto psicológico va a depender del grado de culpabilización del niño por parte de los padres, así como de las estrategias de afrontamiento de que disponga la víctima. En general, las niñas tienden a presentar reacciones ansioso-depresivas; los niños, fracaso escolar y dificultades inespecíficas de socialización, así como comportamientos sexuales agresivos.

Exponen los autores mencionados anteriormente que respecto a la edad, los niños muy pequeños (en la etapa de preescolar), al contar con un repertorio limitado de recursos psicológicos, pueden mostrar estrategias de negación de lo ocurrido. En los niños un poco mayores (en la etapa escolar) son más frecuentes los sentimientos de culpa y de vergüenza ante el suceso. El abuso sexual presenta una especial gravedad en la adolescencia porque el padre puede intentar el coito, existe un riesgo real de embarazo y la adolescente toma conciencia del alcance de la relación incestuosa. No son por ello infrecuentes en la víctima conductas como huidas de casa, consumo abusivo de alcohol y drogas, promiscuidad sexual e incluso intentos de suicidio.

Las consecuencias de la victimización a corto plazo son, en general, devastadoras para el funcionamiento psicológico de la víctima, sobre todo cuando el agresor es un miembro de la misma familia y cuando se ha producido una violación. Las consecuencias a largo plazo son más inciertas, si bien hay una cierta correlación entre el abuso sexual sufrido en la infancia y la aparición de alteraciones emocionales o de comportamientos sexuales inadaptados en la vida adulta. De acuerdo a lo planteado por Echeburrúa y Corral, no deja de ser significativo que un 25% de los niños abusados sexualmente se conviertan ellos mismos en abusadores cuando llegan a ser adultos. El papel de los factores amortiguadores -familia, relaciones sociales, autoestima, etc.- en la reducción del impacto psicológico parece sumamente importante, pero está aún por esclarecer.

Ahora bien, desde la perspectiva de la evaluación, el diagnóstico precoz, por un lado, tiene una enorme importancia para impedir la continuación del abuso sexual, con las consecuencias que ello implica para el desarrollo del niño. Por otro, el análisis de la validez del testimonio desempeña un papel fundamental. Las implicaciones legales y familiares de este problema, así como la corta edad de muchas de las víctimas implicadas,

requieren una evaluación cuidadosa, en donde se analicen con detalle -y mediante procedimientos múltiples- la capacidad de fabulación y la posible distorsión de la realidad, así como la veracidad de las retractaciones. En concreto, hay una tendencia al aumento de las denuncias de abuso, sobre todo en el caso de mujeres que denuncian a sus ex parejas con acusaciones hechas en litigios por la custodia de los hijos, por un deseo de venganza o por una situación de despecho. Se echa en falta una mayor finura en los procedimientos de diagnóstico actualmente disponibles.

2.2.4.2.2. Consecuencias a largo plazo

Se habla de efectos a largo plazo cuando éstos se encuentran a partir de los dos años siguientes a la experiencia de abuso (Browne y Finkelhor, 1986).

Sostienen los anteriores autores que los efectos a largo plazo son menos frecuentes y más difusos que las secuelas iniciales, pero pueden afectar, al menos, al 30% de las víctimas.

Las consecuencias psicológicas que se han relacionado con la experiencia de abuso sexual infantil pueden perdurar a lo largo del ciclo evolutivo y configurar, en la edad adulta, los llamados efectos a largo plazo del abuso sexual (Echeburúa y Guerricaechevarría, 2000). Continúan los autores planteando que también es posible que la víctima no desarrolle problemas aparentes durante la infancia y que por el contrario, estos aparezcan como problemas nuevos en la adultez (Beitchman, Zucker, Hood, DaCosta, Akman y Cassavia, 1992).

Por su parte Browne y Finkelhor plantean que los problemas más habituales son las alteraciones en la esfera sexual -disfunciones sexuales y menor capacidad de disfrute, especialmente, la depresión y el trastorno de estrés postraumático, así como un control inadecuado de la ira (en el caso de los varones, volcada al exterior en forma de violencia; en el de las mujeres, canalizadas en forma de conductas autodestructivas).

De la misma forma, manifiestan los anteriores autores que existen casos, en los que el impacto psicológico a largo plazo del abuso sexual puede ser pequeño (a menos que se trate de un abuso sexual de acceso) si la víctima no cuenta con otras adversidades adicionales, como el abandono emocional, el maltrato físico, el divorcio de los padres, una patología familiar grave, etc.

En concordancia con lo anterior, Noemí Pereda Bertrán (2010) Universitat de Barcelona. Sustenta que existen variables que pueden incidir en el desarrollo de problemas psicológicos en víctimas de abuso sexual infantil (E.G., ambiente familiar disfuncional), si bien la mayoría de estudios siguen constatando una relación directa entre la experiencia de abuso sexual y el posterior desarrollo de problemas psicológicos (Dinwiddie, Heath, Dunne, Bucholz, Madden, Slutske et al., 2000; Fleming et al., 1999; Hill, Davis, Byatt, Burnside, Rollinson y Fear, 2000; Johnson et al., 1999; Kendler, Bulik, Silberg, Hettema, Myers y Prescott, 2000; Nelson, Heath, Madden, Cooper, Dinwiddie, Bucholz et al., 2002).

Desde el punto de vista del trauma en sí mismo, lo que predice una peor evolución a largo plazo es la presencia de sucesos traumáticos diversos en la víctima, la frecuencia y la duración de los abusos, la posible existencia de una violación y la vinculación familiar con el agresor, así como las consecuencias negativas derivadas de la revelación del abuso (por ejemplo, romperse la familia, poner en duda el testimonio del menor, etc.).

(López, 1994; De Paúl, Milner y Múgica, 1995; Pereda y Forns, 2007) manifiestan que los estudios epidemiológicos realizados en su país, muestran que el abuso sexual infantil es un problema más extendido de lo que previamente podría estimarse, que suele ir acompañado de un importante malestar psicológico en la gran mayoría de víctimas.

Flitter, Elhai y Gold, (2003). Exponen que los efectos a largo plazo son, comparativamente, menos frecuentes que las consecuencias iniciales, sin embargo el abuso sexual infantil constituye un importante factor de riesgo para el desarrollo de una gran diversidad de trastornos psicopatológicos en la edad adulta.

2.3. Código de Infancia y Adolescencia/Ley 1098 de 2006

Siendo evidente la necesidad de una reglamentación especial en el ámbito penal, para los niños, niñas y adolescentes nacionales o residentes dentro del territorio colombiano, el Congreso de la República de Colombia, (2006) crea el código de infancia y adolescencia, con la siguiente finalidad y objeto.

Artículo 1. Este código tiene por finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna.

Artículo 2. Objeto. El presente código tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado.

La presente ley, en su artículo 3 hace alusión a quienes son los sujetos titulares de los derechos que en ella se consignan “Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad”.

El párrafo segundo del artículo 3 reza así “En el caso de los pueblos indígenas, la capacidad para el ejercicio de derechos, se regirá por sus propios sistemas normativos, los cuales deben guardar plena armonía con la Constitución Política.

De esta manera, otorga el Congreso Colombiano, autonomía a los pueblos indígenas con el objeto de preservar sus creencias y arraigos culturales

Como se analizó en el capítulo anterior, la Corte Constitucional, (2013). En Sentencia T-921 consignó lo siguiente:

“El fuero indígena es el derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, a ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir, por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida de la comunidad. En este sentido, se constituye en un mecanismo de preservación étnica y cultural de la Nación colombiana en tanto se conservan las normas, costumbres, valores e instituciones de

los grupos indígenas dentro de la órbita del territorio en el cual habitan, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico predominante.”

En razón a esto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional (2013) decidió revocar las decisiones anteriormente proferidas en el caso analizado en la sentencia T-921, considerando la Corte que el accionante no debía ser juzgado por la justicia ordinaria, sino que por pertenecer a una comunidad indígena nacional, se encuentra aforado y que cuenta con los elementos necesarios para el reconocimiento del fuero penal indígena personal, territorial, institucional y objetivo.

Considera la Corte que juzgar al accionante con la justicia ordinaria nacional, sería desconocer que la jurisdicción especial étnica sea capaz de proteger el interés superior del menor y los derechos que le asisten en su condición.

La anterior consideración, marcaría entonces un precedente que como lo ha manifestado la Corte Constitucional en repetidas ocasiones, debe ser tenido en cuenta al momento de decidir sobre un caso específico, con hechos fácticos con alto grado de similitud.

2.4. Factor de analogía

La Corte Constitucional Colombiana, (2002) en sentencia T-960 ha dicho que “en torno a la analogía debe señalarse que ella se predica de la interpretación de disposiciones, a efectos de aplicar la misma norma a dos casos, uno de los cuales está previsto como supuesto de hecho de la norma y la otra es similar (argumento a simili).

Pues bien, la analogía exige que se establezca claramente la ratio de la disposición y aquello de la esencia de los hechos contenidos en la norma (supuesto de hecho) que lo hace similar al hecho al cual se pretende aplicar la norma”.

Lo anterior implica que el juzgador justifique el por qué un precedente colma vacíos en otro proceso en la manera en que lo hace.

De esta manera la corporación anteriormente mencionada, continúa haciendo un análisis al respecto de la analogía y su viabilidad de aplicación, concluyendo que la aplicación

de la analogía⁷ supone que el juez debe explicar las razones por las cuales existe identidad fáctica en relación con la ratio de la disposición.

Es decir, la aplicación de este factor, implica un análisis y descripción del caso, que permita demostrar que existe una similitud en cuanto a los hechos jurídicamente relevantes, en cuanto al problema planteado en los diferentes procesos que se tendrán como apoyo a un nuevo fallo.

Los jueces, al momento de decidir sobre un asunto se direccionan hacia las fuentes del derecho, de ahí que invoquen decisiones como precedentes de algunos procesos que hayan sido tramitados y resueltos conforme a derecho, ya sean por las altas cortes o porque ellos mismos hayan conocido de temas similares al presente.

Explica la Corte Constitucional que “la técnica del precedente supone una garantía del derecho a la igualdad, al imponer que frente a los mismos hechos se apliquen las mismas normas, lo que corresponde a la *ratio decidendi* de la sentencia. Ello implica que resulta central, en esta materia, el análisis de los hechos que se estiman determinantes y que explican la ratio. Así, dos casos que pueden resultar fácticamente similares, pero tienen algunas diferencias en los hechos, pueden admitir (e incluso demandar) decisiones distintas”.

“Por otra parte, menciona la Corporación que el precedente no lo constituye una sentencia dictada en un momento histórico, sino una decisión judicial que no ha sido controvertida y revertida en alguna oportunidad posterior. Así, si la decisión A contiene la ratio “dado X se aplica la disposición B en el sentido N1”, esta será precedente al momento de fallar el juez que la pretende aplicar, si no existe una decisión que como ratio “dado X se aplica la disposición B en el sentido N2” o “dado X se aplica la disposición C en el sentido N3”.

Ahora bien, el sentido de los fallos dictados y su fuerza como precedente, depende en gran parte de la corporación que los dicte, Mario Segura en su libro PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL VS UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL hace una extracción jurisprudencial al respecto.

⁷ La palabra castellana "analogía" proviene de la griega analogía, compuesta a su vez de la partícula ana (que en una de sus acepciones significa reiteración y comparación) y de la voz logia (de logos, razón). En sentido etimológico significa, pues, comparación o relación entre varias razones o conceptos. García, López. J. (2007).

La Corte Constitucional, (1993). Mediante Sentencia No. C-104 de 1993, con ponencia del doctor Alejandro Martínez Caballero, sostuvo que la diferencia entre la jurisprudencia de los demás jueces y tribunales del país y la constitucional, es que las sentencias de la Corte Constitucional, como las del Consejo de Estado que declaren o nieguen una nulidad (art. 175 del Código Contencioso Administrativo) tienen efectos erga omnes⁸, mientras que en general las sentencias judiciales sólo tienen efectos inter partes; de manera que la Jurisprudencia de los jueces y tribunales no constituyen un precedente obligatorio, constituyendo solo un criterio auxiliar, mientras que la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional de allí obligatoria hacia el futuro.

La misma corporación, (1995). Mediante Sentencia No. C-42083 de 1995, sostiene que al señalar a la jurisprudencia, como "criterio auxiliar de la actividad judicial", debe entenderse que el constituyente quiso darle un mayor alcance a este concepto, puesto que no sólo la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, crea con sus fallos, pautas de orientación a los tribunales y jueces. Lo hacen también otras corporaciones judiciales como son el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, afirmó que las orientaciones establecidas en dichas sentencias no son vinculantes sino optativas para los funcionarios judiciales.

La Corte Constitucional, (1999). En sentencia de unificación No. SU 047 de 1999, con ponencia de los doctores Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, donde además de explicarse el concepto de precedente Jurisprudencial y alcance del mismo se diferenció entre la parte resolutive, llamada a veces "decisum", la "ratio decidendi" (razón de la decisión) y los "obiter dicta" (dichos al pasar), al respecto se manifestó: El "decisum" es la resolución concreta del caso, esto es, la determinación específica de si el acusado es o no culpable en materia penal, si el demandado debe o no responder en materia civil, si al peticionario el juez le tutela o no su derecho, si la disposición acusada es o no retirada del ordenamiento, etc.

Continúa la Corte manifestando que la "*ratio decidendi*" es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento

⁸ *Erga omnes* "En relación con todos"; expresión que significa que un acto, una decisión o un fallo tiene efectos respecto de todos, y no solo en relación con las personas directamente interesadas. *Enciclopedia Jurídica*. 2014.

normativo directo de la parte resolutive. En cambio constituye un “*merodictum*”, toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario.

Ahora bien frente a estos tres conceptos resulta claro que aquel que tiene fuerza vinculante y por ende se hace relevante en el estudio del precedente jurisprudencial es la “*ratio decidendi*”, sobre este concepto la Corte Constitucional en el mismo pronunciamiento señaló:

“Para entender el fundamento de esa diferencia es necesario tener en cuenta que, como ya se indicó, en respeto al precedente se encuentra íntimamente ligado a una exigencia que pesa sobre toda actuación judicial, para que pueda ser calificada de verdaderamente jurídica y racional, y es la siguiente: los jueces deben fundamentar sus decisiones, no en criterios ad-hoc, caprichosos y coyunturales, sino con base en un principio general o una regla universal que han aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro”.

El juez, debe entonces hacer justicia en el caso concreto pero de conformidad con el derecho vigente, por lo cual tiene el deber mínimo de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta. Por ende, la existencia de una “*ratio decidendi*” en una sentencia resulta de la necesidad de que los casos no sean decididos caprichosamente sino con fundamento en normas aceptadas y conocidas por todos, que es lo único que legitima en una democracia el enorme poder que tienen los jueces - funcionarios no electos- de decidir sobre la libertad, los derechos y los bienes de las otras personas.

Ahora bien en cuanto al precedente jurisprudencial en concreto manifestó la Corte Constitucional:

“Los precedentes cumplen funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el Colombiano”.

Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el Juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional:

En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, debe tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles.

En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades.

En tercer término, es en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos.

Por todo lo anterior, es natural que en un Estado social de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas.

De lo anterior se infiere que las Altas Cortes deben ser consistentes con sus decisiones pasadas, sin embargo en determinadas situaciones es posible que se aparten de ellas, por razones de igualdad y seguridad jurídica, cambios que sólo pueden realizarse por la corporación judicial que previamente había formulado el precedente, de allí que la Corte Constitucional (1998). En sentencia No. C-400 con ponencia del doctor Alejandro Martínez Caballero. Sostenga que la variación de una jurisprudencia o una doctrina constitucional deben ser cuidadosamente evaluadas por los jueces.

En este mismo pronunciamiento se expusieron los requisitos que deben cumplirse para la existencia de un cambio Jurisprudencial Legítimo: En ese orden de ideas, un tribunal

puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado. Además, para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera.

Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho.

Por otro lado la Corte Constitucional, (2001). En sentencia No. C-836, con ponencia del doctor Rodrigo Escobar Gil, Estudió la constitucionalidad del artículo 4º de la Ley 69 de 1896, que precisa la noción de “doctrina probable”, su alcance y aplicación, al respecto señaló la Corte que la figura de “doctrina probable” está constituida por un número plural de decisiones judiciales, las cuales han sido formuladas aplicando la ley a situaciones sociales concretas y por tanto fijando el alcance de la misma frente a dichas situaciones.

Respecto al carácter probable de esta doctrina, se evidenció que tres decisiones sobre un mismo punto de derecho pueden no ser suficientes para dar certeza a los jueces sobre el alcance interpretativo de la ley, pero no puede ser óbice para desconocer las interpretaciones que hace la Corte Suprema de Justicia, así al tenor literal manifestó: Este último fundamento de autoridad de las decisiones de la Corte Suprema, muestra porqué la norma dispone que la doctrina probable está constituida por un número plural de decisiones judiciales (tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho). Precisamente para permitir que la Corte Suprema, al confrontar reiteradamente la doctrina judicial con un conjunto más o menos amplio de situaciones sociales concretas, pueda formular adecuadamente el alcance de los principios que fundamentan su decisión.

Aun así, dada la complejidad de la realidad social, tres decisiones en un mismo sentido pueden no ser suficientes para dar certeza a los jueces respecto del alcance de los principios formulados y de ahí que la doctrina dictada por la Corte como juez de casación, sobre un mismo punto de derecho, se repute probable. Sin embargo, el carácter probable

de la doctrina no debe interpretarse como una facultad omnímoda para desconocer las interpretaciones del ordenamiento jurídico hechas por la Corte Suprema.

2.5. Fundamento de fallos en Colombia

Proceso No 28742
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
M. P: ALFREDO GOMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 28

Bogotá D. C., trece (13) de febrero de dos mil ocho (2008)

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de **JOSÉ AARÓN MIRANDA RODRÍGUEZ** contra la sentencia del treinta y uno (31) de julio de 2007, que confirmó la condena emitida por el Juzgado 10 Penal del Circuito de Cali el seis (6) de junio anterior, por el delito de Actos sexuales abusivos con menor de 14 años⁹ (Artículo 209 conc. Art. 14 de la Ley 890 de 2004), agravado por cuanto la víctima era menor de 12 años (Art. 211 – 4 del C.P.) en el momento de la ejecución del comportamiento¹⁰.

⁹ *La Sala omite el nombre de la víctima por la prevención natural de no divulgar datos que la identifiquen o puedan conducir a su identificación. En el Código del menor existía la prohibición expresa de no publicar esos datos en las providencias judiciales (artículo 301 del Código del Menor, Decreto 2737 de 1989); sin embargo, el artículo 301 del C. del M. fue derogado por el artículo 217 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y Adolescencia) que rige a partir del 8 de mayo de 2007.*

Con todo, la Sala Penal de la Corte continúa con esa línea de pensamiento (no publicar el nombre del menor víctima de delitos sexuales) en razón a que estima que la determinación contribuye con la finalidad del código de la Infancia y la Adolescencia relativa a garantizar a niños, niñas y adolescentes su pleno y armonioso desarrollo en la comunidad. (art. 1 de la Ley 1098 de 2006).

¹⁰ *A la investigación se aportó el registro civil de nacimiento que da cuenta que la víctima nació el 12 de enero de 2002, de suerte que para la fecha de los hechos contaba con cuatro años y diez meses aproximadamente.*

Las penas que le fueron impuestas al procesado fueron: sesenta y cuatro (64) meses de prisión e interdicción de derechos y de funciones públicas por igual término; el juzgado negó los subrogados de la suspensión condicional de la pena y la prisión domiciliaria.

HECHOS

El Juzgado los relató así:

*“El 20 de noviembre de 2006, la madre de la menor **xx**, señora Luz Ángela López Ramírez, relata ante la Asistente de Investigación Criminalística II Sandra Álvarez Ríos, que su menor hija le contó, que cuando ella va a la casa de su padre, se queda sola en la pieza y el señor **JOSÉ MIRANDA**, esposo de la tía de la menor ofendida entra al cuarto donde ella se encuentra y comienza a tocarle la vagina, sin quitarle la ropa; razón por la cual le preguntó que si le introducía los dedos a la vagina, contestando la niña que sí pero con los calzoncitos puestos, que no le bajaba la ropa. Agrega la denunciante que conoce al señor **MIRANDA**, porque antes de divorciarse del padre de la niña, ella vivía en la casa de éste señor, quien acostumbra a ingerir licor cada fin de semana; que el padre de la ofendida se la lleva a la casa de éste cada quince días, los viernes, regresándola los domingos por la noche”.*

ANTECEDENTES

El 2 de febrero de 2007 la fiscalía acusó a **JOSÉ AARÓN MIRANDA RODRÍGUEZ** por la conducta de actos sexuales abusivos con menor de catorce años y celebrado el juicio oral y público el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Cali profirió condena por la misma conducta el 6 de junio de 2006 (fls. 121 – 132, que fue confirmada en su integridad por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 31 de julio siguiente (Fls. 110 – 116)

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Los falladores –tanto de primera como de segunda instancia- llegaron a la conclusión de que **JOSÉ AARÓN MIRANDA RODRÍGUEZ** es responsable de la conducta de actos sexuales abusivos con menor de catorce años:

El Juzgado determinó que la menor hija de Edgar Hernán y Luz Ángela efectivamente fue víctima de tocamientos lascivos auspiciados por el procesado. Llegó a esa conclusión al apreciar la versión que la menor rindió y la gesticulación expresiva de la manipulación (“...señalando en una de ellas con su mano la parte del cuerpo y la forma que se realizó el acto sexual, sobando su mano en la parte genital por encima de la ropa”).

La perito psicóloga, Dra. Constanza Jiménez Rendón explicó en audiencia pública que la menor presentaba estándares normales en el campo afectivo, en la forma de relacionarse con la personas, en la espontaneidad, sin generar ansiedad y sin que puedan detectarse fantasías en su relato. En suma, la psicóloga sostuvo que la menor está en condiciones de rendir un testimonio o una versión de manera idónea, no obstante su edad y su deficiente vocalización, porque, a pesar de ello su lenguaje y forma de relacionarse es comprensible.

El Juzgado precisó que hay estipulación probatoria en lo que respecta a la identidad del procesado, luego no existe duda alguna sobre el sujeto pasivo de la incriminación: **JOSÉ AARÓN MIRANDA** es el esposo de la tía Gladys, quien vive en la misma casa donde habita el padre de la menor.

En suma, el testimonio de la víctima apreciado de manera articulada con la experticia psicológica sobre la idoneidad para declarar y la confiabilidad de la versión y la exclusión de toda probabilidad de que hubiese error en el sujeto pasivo de la acción penal, fueron elementos de convicción suficientes para determinar la responsabilidad penal.

El Tribunal, además de ratificar la apreciación probatoria del juzgado, precisó que esta especie de conducta punible (actos sexuales abusivos) no precisa de la existencia de secuelas físicas porque es sabido que en el acto sexual (diverso del acceso carnal) lo ordinario es que “...no existan rastros de la manipulación ejecutada en el cuerpo”, no obstante ello, no se descarta la existencia de la conducta punible¹¹.

¹¹Artículo 212. Acceso carnal. Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto. Código Penal Colombiano. Ley 599 de 2000.

LA IMPUGNACION

Cargo único. Manifiesto desconocimiento de las reglas de apreciación de la prueba, error de hecho por falso juicio de existencia por omisión (no se apreciaron como pruebas creíbles los contraindicios)

El libelista critica que la sentencia se fundamentó en prueba única (la versión de la menor ofendida); transcribió apartes de la versión que la menor rindió ante el psicólogo y sostiene que de ella “*se puede colegir que la menor fue preparada para esta diligencia*”, que es una “*ofendida sospechosa*” porque los hechos que refirió “*no se pueden corroborar exactamente*” dadas las contradicciones en que incurrió cuando rindió su versión en cámara Gesell sobre la supuesta agresión sexual de la que fue víctima.

Resaltó contradicciones del dicho cuando la ofendida sostuvo que “*sí conoce*” al procesado, después que “*no lo conoce*”, que “*es el amigo*”, pero que “*no es amigo*”, que “*no lo quiere ver*”, pero que “*sí lo quiere ver*”, que “*sí la tocó*” pero que “*no la tocó*”.

Ante ese cúmulo de contradicciones aduce que hay dudas insalvables que demuestran que el sentenciado no participó en la conducta punible e imponen una sentencia absolutoria en aplicación del in dubio pro reo. En efecto:

De la transcripción del dicho de la menor se advierte que “*no conoce*” a **JOSÉ**, de donde “*claramente se infiere y se prueba que JOSÉ AARÓN MIRANDA RODRÍGUEZ no participó en la acción delictual que se le imputa*”.

El sentenciador individual y corporativo restó importancia a las declaraciones de Edgar Hernán Pinzón (padre de la menor), Myriam Eliza Zambrano (tía) y de Paola Andrea Rincón Másmela (prima), del cuñado, esposa y sobrina del procesado, declarantes creíbles que manifestaron que el procesado “*...es incapaz de llegar a un acto de esta naturaleza por el conocimiento de más de veinte años y por convivir en la misma residencia*”.

Al apreciar esos testimonios y articularlos con el dicho contradictorio de la ofendida surge la duda a favor del condenado; sin embargo, el sentenciador incurrió en falso raciocinio al fundamentar y dar prevalencia al dicho contradictorio de la menor ofendida.

Solicitó finalmente casar el fallo y absolver al sentenciado **JOSÉ AARÓN MIRANDA RODRÍGUEZ** en consideración a que estima injusta la condena.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION

DEMANDANTE

El impugnante complementó su demanda con la manifestación de que no es creíble el testimonio de la menor, pues no fue contundente, no fue concreta en la imputación de cargos contra el procesado. Por otra parte, la pericia científica que se practicó no llegó a un conclusión certera y dejó la realización de la conducta en el campo de las probabilidades al decir que “es probable”, que “no se descarta” la comisión del acto.

Reiteró el testimonio del padre de la menor, quien dijo que no dejaba solos a sus hijos “en ningún momento”.

Insistió en que la versión de la menor de cuatro años, a pesar del avanzado léxico en materia sexual, no refleja –con certeza- que hubiese sido víctima de abuso sexual.

EL FISCAL

Sostuvo que en la entrevista, la niña contó “con espontaneidad y coherencia” que fue víctima de abuso sexual; el dictamen de Medicina legal también es coherente con la determinación del juez en el sentido de que la ausencia de lesión física evidente, no significa que no haya existido la conducta punible, puesto que el acto sexual no implica como condición necesaria la lesión física.

Por otra parte, la versión de la menor de cuatro años es creíble en cuanto que su modo de responder fue “bien hilado” y la apreciación del testimonio de los menores obedece a las reglas de apreciación del Código de Procedimiento Penal, aunque la técnica del recaudo de la prueba (cámara de gesell) obedezca a ritualidades del Código de la infancia y la adolescencia. Sugirió no casar el fallo.

EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

Precisó que, a pesar de las dificultades en la expresión oral de la testigo menor de cuatro años, el juzgador otorgó crédito al dicho “por la descripción gestual”, en la medida que

refirió (con tocamientos en sus genitales) que “su Tío **JOSÉ AARÓN** le tocó la vagina”, y cuando se le preguntó que dónde está **JOSÉ AARÓN MIRANDA RODRÍGUEZ** respondió con total claridad que “está en la cárcel precisamente por eso”, y de ahí la respuesta razonable y coherente de que “no lo consideraba su amigo”, por esa misma causa.

En relación con el testimonio del padre de la víctima, recordó que la prueba no fue omitida y que se apreció la declaración cuando sostuvo que él tenía confianza en el procesado; sin embargo, el Procurador recordó que esa declaración no favorece la condición procesal del sentenciado en la medida que “no desvirtúa la prueba de cargo.

Finalmente, en lo que tiene que ver con las declaraciones de Myriam Elisa Zambrano (tía) y de Paola Andrea Rincón Másmela (prima de la víctima), estimó que no son pruebas trascendentes porque limitaron en dicho a dar razón de la conducta antecedente del procesado.

CONSIDERACIONES

Es competente la Corte Suprema de Justicia para resolver el recurso extraordinario de casación propuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, bajo el supuesto de que la finalidad del recurso propende por la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a éstos y la unificación de la jurisprudencia (Cfr. Artículos 32-1, 180, 181 y 184 de la Ley 906 de 2004).

Cargo único. Manifiesto desconocimiento de las reglas de apreciación de la prueba, error de hecho por falso juicio de existencia por omisión

El actor fincó la impugnación en que “no es confiable” el dicho de la víctima de cuatro años de edad y porque incurrió en contradicciones en la versión que ofreció de los hechos; por ello criticó de “*sospechoso*” el dicho de la ofendida, además porque los actos sexuales abusivos –según precisó– “*no se pueden corroborar exactamente*”.

Concluyó que “**JOSÉ AARÓN MIRANDA RODRÍGUEZ** no participó en la acción delictual que se le imputa”, y que el juzgador debió dar crédito a quienes dijeron que “*...es incapaz de llegar a un acto de esta naturaleza por el conocimiento de más de veinte años y por convivir en la misma residencia*”.

Para responder la censura que a ello se contrae, la Sala encuentra que la impugnación consiste en la particular apreciación de las pruebas del proceso por parte del libelista, quien

no demuestra error alguno en la contemplación de algún medio de convicción específico (falsos juicios de existencia por omisión, falso razonamiento):

i) La verdad es que tanto el juez individual como el colegiado fundamentaron la decisión en dos pruebas: el dicho de la víctima y el dictamen de un profesional especializado (psicólogo) que, informado del antecedente, valoró a la menor y halló en Ella (mediante la técnica de Cámaras de Gesell) a una persona con capacidad mental y emocional para rendir de manera idónea y comprensible la versión de unos hechos a pesar de su corta edad.

Las Cámaras de Gesell son salas de apoyo logístico a las actividades de investigación; hacen parte de la Planta física de Laboratorios de Psicología; desde el punto de vista didáctico, el trabajo en la Cámara de Gesell permite entrenar a los estudiantes en la evaluación psicológica a través de diversas técnicas de entrevista, observación sistematizada y juego de roles. Desde el punto de vista investigativo, puede servir como apoyo, tanto al operador judicial en el proceso de elaboración de tesis para obtener registros confiables, como en el desarrollo de investigaciones clínicas¹².

Tal como lo recordó el señor Fiscal en la audiencia, la apreciación del testimonio de los menores se rige por las disposiciones del Código de Procedimiento Penal¹³, aunque *Los*

¹²Cada cámara incluye una cabina de observación, dotada con circuito cerrado de televisión, VHS, videogradora, cabina de control, altavoces, deck y sala para observadores. El consultorio de la cámara de Gesell incluye un sofá, dos sillas y una mesa baja. (consulte esta información en la página de Internet de la Universidad Javeriana en la siguiente dirección: WWW.javeriana.edu.co/psicología/departamento/infraestructura.php; o en la siguiente dirección: raul.oyuela@javeriana.edu.co).

¹³A la luz de los artículos 382 y 379 del C. de P.P., en concordancia y de conformidad con las técnicas de indagación e investigación (Libro II, Títulos I y II del C. de P.P.; artículos 200 al 285) los elementos materiales probatorios y la evidencia física (Art. 275 ib.) que recauden quienes fungen como órganos de indagación e investigación son medios de conocimiento y tienen vocación probatoria siempre que su aducción al proceso penal se haga respetando los principios rectores y las garantías procesales y constitucionales.

Los medios del conocimiento obtenidos en actos de indagación y de investigación técnica o científica, como experticias, diagnósticos, entrevistas, reconocimientos, declaraciones de eventuales testigos, interrogatorios a indiciados, informes de investigación de campo, actas de reconocimiento fotográfico, huellas, manchas, residuos, vestigios, armas, dineros, mensajes de datos, textos manuscritos, mecanografiados, grabaciones fonotípicas, videos, etc. (art. 275 literal h) son evidencia probatoria del proceso cuando son presentados ante el juez en la audiencia de juicio oral por el sujeto procesal a través del testigo de acreditación (fuente indirecta del conocimiento de los hechos) que es el responsable de la recolección, aseguramiento y custodia de la evidencia.

medios del conocimiento obtenidos en actos de indagación y de investigación técnica o científica, como experticias, diagnósticos, entrevistas, reconocimientos, declaraciones de eventuales testigos, interrogatorios a indiciados, informes de investigación de campo, actas de reconocimiento fotográfico, huellas, manchas, residuos, vestigios, armas, dineros, mensajes de datos, textos manuscritos, mecanografiados, grabaciones fonotípicas, videos, etc. (art. 275 literal h) son evidencia probatoria del proceso cuando son presentados ante el juez en la audiencia de juicio oral por el sujeto procesal a través del testigo de acreditación (fuente indirecta del conocimiento de los hechos) que es el responsable de la recolección, aseguramiento y custodia de la evidencia.

*La validez de la prueba así obtenida está supeditada a que se reciba y recaude en el marco de la legalidad (artículos 276 al 281); en tales condiciones, son pruebas del proceso y por ende, apreciables de conformidad con el artículo 273 ib.; por manera que su apreciación se regula de conformidad con los criterios Además de ello, si el órgano de indagación e investigación comparece a la audiencia de juicio oral como “testigo de acreditación”, certifica idoneidad en la materia de la experticia técnica o científica y se somete a la contradicción -interrogatorio y contrainterrogatorio- de los sujetos procesales (el debate que refiere el censor), **su testimonio es prueba del proceso, tanto como los medios de conocimiento que aporte** (documentos, entrevistas, reconocimientos, actas, videos, etc.), sencillamente porque entran al juicio oral por el umbral de la legalidad cuando el juez del conocimiento así lo declara.*

La validez de la prueba así obtenida está supeditada a que se reciba y recaude en el marco de la legalidad (artículos 276 al 281); en tales condiciones, son pruebas del proceso y por ende, apreciables de conformidad con el artículo 273 ib.; por manera que su apreciación se regula de conformidad con los criterios establecidos en la ley para cada prueba legalmente establecida, porque de principio “Toda prueba pertinente es admisible...” (Artículo 376 ib.) y apreciable (art. 380 ib.) según los criterios establecidos en el respectivo capítulo.

*Además de ello, si el órgano de indagación e investigación comparece a la audiencia de juicio oral como “testigo de acreditación”, certifica idoneidad en la materia de la experticia técnica o científica y se somete a la contradicción -interrogatorio y contrainterrogatorio- de los sujetos procesales (el debate que refiere el censor), **su testimonio es prueba del proceso, tanto como los medios de conocimiento que aporte** (documentos, entrevistas, reconocimientos, actas, videos, etc.), sencillamente porque entran al juicio oral por el umbral de la legalidad cuando el juez del conocimiento así lo declara.*

En ese orden, el testimonio (de oídas) que rinde deberá ser apreciado y controvertido como prueba testimonial (artículos 383 a 404); los dictámenes periciales que suministre el experto y su dictamen se apreciarán bajo las reglas de contemplación jurídica y material de esas experticias (artículos 405 al 423 ib.); los documentos que suministre –entre los que caben los textos manuscritos, las grabaciones magnetofónicas, los discos de todas las especies, los videos, las fotografías, cualquier otro objeto similar... art. 424- se apreciarán como tal a la luz de los artículos la técnica del recaudo de la prueba requiera del apoyo de Autoridades especializadas (como se hizo en este caso).

El Código de Infancia y la Adolescencia establece los criterios para recibir el testimonio en procesos judiciales donde son víctimas los niños, niñas y adolescentes; ciertamente el apoyo del Psicólogo en esta investigación penal es trascendente porque *“adecua el interrogatorio a un lenguaje comprensible a la edad de la víctima”* y las respuestas que se obtuvieron por ese medio le permitieron, en su calidad de órgano especializado de indagación e investigación dictaminar con criterio de “profesional especializado” que la víctima rindió de forma idónea y comprensible la versión de unos hechos¹⁴.

El testimonio de la víctima fue absolutamente puntual, absolutamente claro en referir el “núcleo duro” de la investigación penal (la existencia de un abuso contra la Libertad, Integridad y Formación sexuales); las respuestas fueron elocuentes como lo precisó –con acierto- el representante del Ministerio Público:

La víctima refirió *“por la descripción gestual”* (con tocamientos en sus genitales) que *“su Tío JOSÉ AARÓN le tocó la vagina”* y cuándo se le preguntó que dónde está **JOSÉ AARÓN MIRANDA RODRÍGUEZ** respondió con total claridad que *“...está en la cárcel precisamente por eso”*, y de ahí la respuesta razonable y coherente de que *“...no lo consideraba su amigo por esa misma causa”*.

Por modo que, a partir de la apreciación correcta del testimonio de la víctima y de integrar ese dicho con la versión de oídas del Psicólogo (órgano de indagación e investigación especializado) el juzgador determinó la responsabilidad penal de **JOSÉ AARÓN MIRANDA RODRÍGUEZ**.

¹⁴Artículo 193 Núm. 12 y 13; art. 194 de la Ley 1098 de 2006.

ii) Cuando la censura se limita a anteponer el particular modo de apreciar los hechos del impugnante *sobre* la manera como el sentenciador contempló la evidencia del proceso, se impone repetir que el libelo no es suficiente para desquiciar la legalidad de la decisión:

“Así, lejos de evidenciar el yerro de juicio en el juzgador, asume el defensor una simple oposición a las conclusiones judiciales y enfrenta su criterio a la fuerza de convicción del material probatorio especialmente a la credibilidad que se le otorgó al menor acerca de las manipulaciones sexuales de las que fue objeto”.

“El poder de persuasión dado a una prueba es tema ajeno al recurso extraordinario de casación toda vez que no existe tarifa legal o asignación ex ante del mérito de las declaraciones, pues conforme con el sistema de apreciación racional el operador judicial tiene cierto ámbito de discrecionalidad en la valoración probatoria que sólo encuentra límite en los postulados de la sana crítica”¹⁵.

iii) A pesar de todo, la impugnación admitida para su estudio, que trata de la agresión sexual de un menor de edad, brinda una vez más la oportunidad a la Corte para **reiterar** su criterio en el sentido de que al testimonio del menor, víctima de acto sexual, se le debe otorgar una especial confiabilidad, sin que ello signifique demeritar la versión por la mera condición de la edad prematura:

De acuerdo con investigaciones de innegable carácter científico, se ha establecido que cuando el menor es la víctima de atropellos sexuales su dicho adquiere una especial confiabilidad. Una connotada tratadista en la materia ha señalado en sus estudios lo siguiente:

“Debemos resaltar, que una gran cantidad de investigación científica, basada en evidencia empírica, sustenta la habilidad de los niños/as para brindar testimonio de manera acertada, en el sentido de que, si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado, especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes [sic] para ellos. Es importante detenerse en la descripción de los detalles y obtener la historia más de una vez ya que el relato puede variar o puede emerger nueva información. Estos hallazgos son valederos aún para niños de edad preescolar, desde los dos años de edad. Los niños pequeños pueden ser lógicos acerca de acontecimientos simples que tienen importancia para sus vidas y sus relatos

¹⁵Auto del 27/06/2007, rad. Núm. 27478

acerca de tales hechos suelen ser bastante precisos y bien estructurados. Los niños pueden recordar acertadamente hechos rutinarios que ellos han experimentado tales como ir a un restaurante, darse una vacuna, o tener un cumpleaños, como así también algo reciente y hechos únicos. Por supuesto, los hechos complejos (o relaciones complejas con altos niveles de abstracción o inferencias) presentan dificultad para los niños. Si los hechos complejos pueden separarse en simples, en unidades más manejables, los relatos de los niños suelen mejorar significativamente. Aún el recuerdo de hechos que son personalmente significativos para los niños pueden volverse menos detallistas a través de largos períodos de tiempo”.

”Los niños tienen dificultad en especificar el tiempo de los sucesos y ciertas características de las personas tales como la edad de la persona, altura, o peso. También pueden ser llevados a dar un falso testimonio de abuso ya que, como los adultos, pueden ser confundidos por el uso de preguntas sugestivas o tendenciosas. Por ej. el uso de preguntas dirigidas puede llevar a errores en los informes de los niños, pero es más fácil conducir erróneamente a los niños acerca de ciertos tipos de información que acerca de otros. Por ejemplo, puede ser relativamente fácil desviar a un niño de 4 años en los detalles tales como el color de los zapatos u ojos de alguien, pero es mucho más difícil desviar al mismo niño acerca de hechos que le son personalmente significativos tales como si fue golpeado o desvestido. La entrevista técnicamente mal conducida es una causa principal de falsas denuncias”.

“Habrá que captar el lenguaje del niño y adaptarse a él según su nivel de maduración y desarrollo cognitivo para facilitar la comunicación del niño. Por ej. Los niños pequeños pueden responder solamente aquella parte de la pregunta que ellos entienden, ignorando las otras partes que pueden ser cruciales para el interés del adulto. Por lo tanto es conveniente usar frases cortas, palabras cortas, y especificar la significación de las palabras empleadas. Los entrevistadores también necesitan tener en cuenta que, a veces, la información que los niños intentan aportar es certera, pero su informe acerca de esto puede parecer no solo errónea, sino excéntrica (burda) para un adulto. Por ejemplo, un chico puede decir que “un perro volaba” sin decir al entrevistador que era un muñeco que él pretendía que pudiera volar.

“El diagnóstico del Abuso Sexual Infantil se basa fuertemente en la habilidad del entrevistador para facilitar la comunicación del niño, ya que frecuentemente es reacio a hablar de la situación abusiva [“Violencia familiar y abuso sexual”, capítulo “Abuso

sexual infantil”, Compilación de Viar y Lamberte, Ed. Universidad del Museo Social de Argentina, 1998].

”A partir de investigaciones científicas como la anterior, se infiere que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales”¹⁶.

En suma, la Sala rechaza por infundado el cargo, porque no encuentra en la censura cosa diferente que una tendencia a desechar *-por sí-* el testimonio de un menor, porque es una alegación sin fundamento científico, lógico o de experiencia, fincada exclusivamente en la falta de confiabilidad del dicho y con el único pretexto de favorecer al condenado cuya responsabilidad se demostró suficientemente, con una correcta apreciación probatoria en las dos instancias judiciales (unidad inescindible).

El cargo no prospera.

En mérito de lo anteriormente expuesto **la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal y administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

RESUELVE

Primero: NO CASAR la sentencia del 31 de julio de 2007 proferida por el Tribunal Superior de Cali.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARIA DEL ROSARIO GONZALEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

¹⁶*Sentencia de 26 de enero de 2006, radicación 23706, sentencia del 30 de marzo de 2006, rad. Núm. 24468; ib. Auto del 28511 del 28 de nov. de 2007; auto del 26/9/07, rad. Núm. 27946; auto del 26/09/2007, rad. Núm. 28274.*

Permiso**JAVIER ZAPATA ORTIZ****Teresa Ruiz Núñez****2.6. Población de Especial Protección**

La Asamblea Nacional Constituyente mediante la Constitución política de Colombia (1991), en su artículo 13 ha dicho que “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional (2013), en sentencia T-736, con Ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ríos. Ha dicho que:

“El amparo reforzado de los sujetos de especial protección constitucional, parte del reconocimiento que el Constituyente de 1991 hizo de la desigualdad formal y real a la que se han visto sometidos históricamente. Como lo establece la Constitución Política en su artículo 13. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado como sujetos de especial protección a los niños y niñas, a las madres cabeza de familia, a las personas en situación de discapacidad, a la población desplazada, a los adultos mayores, y todas aquellas personas que por su situación de debilidad manifiesta los ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población; motivo por el cual considera que la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionados”.

De lo anterior, puede inferirse que la Constituyente abre paso a una especial regulación de los derechos de esa parte de la población que se encuentra en condiciones diferentes y específicas, requirente de una protección especial y reforzada.

2.7. Principio de interés superior del niño.

“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 así mismo, 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. Así lo ha dicho La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, (2003). Mediante Sentencia T- 554”.

Se entiende de esta manera, que, ya sea que los menores actúen como sujetos activos o pasivos dentro de la comisión de un delito, sin importar la calidad que ostenten; cuentan con una protección constitucional que prevalece ante cualquier conducta ejercida por los mismos; de igual modo, ante la sanción o pena que se les pudiere asignar.

“Continúa la Sala analizando el contenido de La Constitución de 1991, en su artículo 44 que consagra diversos derechos a favor de los niños, disponiendo una protección prevalente de todas las autoridades públicas, en especial las judiciales, contra “toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”. Toda persona puede exigir de la autoridad competente el cumplimiento de estos mandatos de garantía y la sanción de los infractores”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-17/2002 DE 28 DE AGOSTO DE 2002, (Pág. 63). Consignó el siguiente articulado:

VII INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

56. Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano⁶⁰, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus

potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.

57. A este respecto, el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) establece: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. (El subrayado no es del texto original)

58. El principio anterior se reitera y desarrolla en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone: 1. 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. (El subrayado no es del texto original)

59. Este asunto se vincula con los examinados en párrafos precedentes, si se toma en cuenta que la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

60. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño⁶³ establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.

61. En conclusión, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño.

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 de igualdad (CP art. 13). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualesquiera otras (CP art. 350). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (CP art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla pro infans (CP art. 44).

Significa lo anterior que el niño es un sujeto privilegiado y que el Estado debe propiciar las condiciones para que garanticen el trato preferencial, más aún cuando se ha evidencie que el menor se encuentra desprotegido o abandonado, por lo que cuenta con entidades como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

“El Estado, a través del Instituto de Bienestar Familiar, tiene la responsabilidad de proteger al menor abandonado y para ello actúa de oficio o a petición de parte, incluso contra la voluntad de sus propios familiares o de personas a cargo, y siempre teniendo como mira el mejor interés del menor”. Corte Constitucional, (1994). En la T-283 con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

2.7.1. La psicología y el derecho en la protección del interés superior del menor Derecho comparado. España.

«Todo niño víctima o testigo de un delito tiene derecho a que su interés superior sea la consideración primordial, si bien deberán salvaguardarse al mismo tiempo los derechos de los acusados y de los delincuentes condenados» (UNODC, 2009). Dentro del ámbito científico, el maltrato infantil fue objeto de interés investigador hacia la década de los sesenta del pasado siglo, concretamente en 1962, Kempe y colaboradores, lo definirían como el Síndrome del niño apaleado. A partir de este trabajo comenzaron a surgir distintas líneas de investigación que han contribuido a un mayor conocimiento científico de este fenómeno victimológico.

Una de las formas de maltrato en la infancia es el abuso sexual infantil (ASI). Las limitaciones de los estudios realizados (utilización de conceptos dispares de ASI, baja fiabilidad en la metodología de recogida de datos utilizada y variabilidad de las muestras seleccionadas) dificultan una estimación real del problema.

La práctica forense, por su parte, señala un aumento del número de denuncias interpuestas, sin que eso suponga necesariamente un aumento de esta fenomenología criminal. No obstante, la dificultad de su acreditación (la mayoría de los casos se producen sin testigos y sin evidencias físicas que los corroboren), las limitaciones de los menores para denunciar (sobre todo de los de corta edad), y la ocultación cuando se produce en el seno de la familia, sugieren una elevada cifra negra de criminalidad.

Por otro lado, también se ha registrado una instrumentalización de estas denuncias en situaciones de alta conflictividad interprogenitores durante el proceso de ruptura conyugal. En cualquier caso, ha crecido la sensibilidad social con respecto a este tipo de delitos. Atrás han quedado, aunque no muy lejanos en el tiempo, momentos sociales en los que, para proteger a los menores de situaciones de maltrato, había que equiparar los derechos del niño a los de los animales. La consideración de los menores como sujetos con derechos y necesidades específicas derivadas de las características psicológicas asociadas a su etapa evolutiva es relativamente reciente, iniciándose a finales del siglo XIX y consolidándose en la segunda mitad del siglo XX.

Los cambios legales en este sentido comienzan con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948) (LA LEY 22/1948) que en su art. 25.2 recoge: «La infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera del matrimonio, tienen derecho a igual protección social». Pero será la Declaración de los Derechos del Niño (1959) (LA LEY 59/1959) en donde se recoja expresamente en su art. 9 que los niños «deberán ser protegidos contra toda forma de abandono, crueldad y explotación». En la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989) (LA LEY 3489/1990) se impone a la Comunidad Internacional el mandato de asegurar la aplicación de los derechos del niño en su integridad, e insta a los gobiernos a evaluar sus sistemas jurídicos y de bienestar social teniendo en cuenta los principios fundamentales surgidos en ella.

En dicha Convención se asume como principio rector de todas las actividades de promoción y protección de la infancia (sobre el que bascula todo el articulado del Convenio) el interés superior del menor. Se creará igualmente el Comité de derechos del niño, órgano encargado de supervisar el cumplimiento de la Convención por parte de los Estados miembros. Más concretamente, en lo concerniente a los menores y a su paso por la Administración de Justicia, en 2005 el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas aprobó las Directrices sobre la justicia en asuntos en los que se ven implicados menores de edad como víctimas y testigos de delitos, recogiendo unas prácticas adecuadas basadas en los siguientes derechos de los niños: derecho a un trato digno y comprensivo, derecho a la protección contra la discriminación, derecho a ser informado, derecho a ser oído y a expresar opiniones y preocupaciones, derecho a una asistencia eficaz, derecho a la intimidad, derecho a ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia, derecho a la seguridad, derecho a medidas preventivas especiales, derecho a la reparación.

Aparte de las Directrices de Naciones Unidas, hay otros dos marcos jurídicos internacionales de interés por su influencia en nuestro contexto legal: el Consejo de Europa y la Unión Europea, que han aportado los siguientes instrumentos normativos de especial interés para la protección de los menores:

Consejo de Europa

Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 (LA LEY 16/1950), para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales Recomendación (85) 4, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 26 de marzo de 1985, sobre la violencia dentro de la familia

Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal Recomendación (87) 21, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización Convenio CETS n.º 201 del Consejo de Europa sobre la protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual

Unión Europea

La Acción Común 97/154/JAI, del 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual. Decisión marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 (LA LEY 28682/2011), relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil por la que se deroga la Decisión marco 2004/768/JAI.

En España, las políticas y servicios de atención y protección de menores no comenzarán su andadura hasta los años ochenta, tras la promulgación de la presente Constitución. Cambios legislativos significativos serán la Ley 21/87, de 11 de noviembre (LA LEY 2158/1987), por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en materia de adopción y otras reformas de protección de menores; y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LA LEY 167/1996), que, en relación al paso del niño por el proceso judicial, en su art. 9.1 señala que las comparecencias judiciales del menor «se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad».

Aunque no existe en la legislación española un auténtico estatuto de protección de los menores en el proceso penal cuando comparecen en calidad de víctimas o testigos, se han producido reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LA LEY 1/1882) (LECCrim) encaminadas a procurar dicha protección. Así, en la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre (LA LEY 11674/2006), de reforma de la LECCrim (LA LEY 1/1882), se introducirán modificaciones en los arts. 433, 448, 707 y 731 bis en este sentido, abriendo un nuevo abanico de facultades a los Jueces y Tribunales a la hora de acordar medidas concretas de protección de los menores víctimas y testigos, regulando especialmente las condiciones en que los menores tienen que declarar en un juicio oral cuando acuden como víctimas de delitos (facilitando que lo hagan por sistema de videoconferencia o circuito cerrado de televisión), evitando así tanto su victimización secundaria como muchas incomparecencias a juicios.

Es en este marco de protección del menor a su paso por el proceso penal en el que a lo largo de este trabajo se va a abordar la prueba preconstituida, también denominada en

ocasiones anticipada, como forma de dar un paso más dirigido a conseguir que la primera declaración del menor ante el Juez de Instrucción se articule como prueba que evite la reiteración de declaraciones en varias instancias de los hechos de los que ha sido víctima, existiendo algunas voces en el ámbito judicial que ya han apuntado la necesidad de articular una nueva reforma legal de la LECrim (LA LEY 1/1882) en este sentido, o, al menos, que se haga extensivo un protocolo poniendo en marcha esta sistemática, con el máximo respeto a los principios de inmediación y de contradicción.

2.8. Interés superior del niño indígena

La Rama Judicial en Colombia, está dividida en 4 jurisdicciones: la jurisdicción ordinaria¹⁷, Jurisdicción Contencioso administrativa¹⁸ la Jurisdicción constitucional¹⁹ Jurisdicción especial. Esta última, es aquella que el Congreso Colombiano, (1.991). En el artículo 246 de la carta política, ha delegado a las autoridades de los pueblos indígenas, quienes pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la constitución y leyes de la república.

La Corte Constitucional, (2013). En Sentencia T-921, con Magistrado Ponente JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. Dijo que:

“Las autoridades indígenas deben velar por el interés superior del menor indígena, bajo las especiales consideraciones de su diversidad y en particular deberán cumplir con una serie de deberes como: (I) la garantía del desarrollo integral del menor; (II) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (III) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (IV) el equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de

¹⁷ *Constitución Política de Colombia. Artículo 234. La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y se compondrá del número impar de magistrados que determine la ley.*

¹⁸ *C.P.C. Artículo 236. El máximo tribunal de esta jurisdicción en el Consejo de Estado, tendrá el número impar de Magistrados que determine la ley.*

¹⁹ *C.P.C. Artículo 239. Máximo órgano de esta jurisdicción: La Corte Constitucional, tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho.*

la prevalencia de los derechos del menor; (V) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado y, (VI) provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor.

Continúa la Corte manifestando que el interés superior del menor es el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos. Como ya se reconoció previamente, el interés superior en el caso de que el menor sea indígena reviste unas características especiales, pues en este asunto, “la labor del juez no se limita a evaluar, desde la perspectiva “occidental”, la situación del menor indígena”, sino que debe implicar “el indeclinable interés por asegurar su integridad, su salud, su supervivencia, bajo el entendido de que el menor indígena es guardián de saberes ancestrales y de valores culturales cuya protección persiguió con ahínco el constituyente de 1991.

Específicamente, en materia de derechos sexuales, esta Corporación ha señalado que las decisiones del juez constitucional relacionadas con la integridad sexual de los menores no pueden excluir la consideración sobre la diversidad: “Esto significa que, si bien las decisiones del juez constitucional relacionadas con la integridad sexual de los menores son expresión de la lucha que libra el Estado desde la administración de justicia para salvaguardar la integridad, la salud y la supervivencia del menor, cuando se trata de menores indígenas esta lucha no puede librarse en términos que excluyan la diversidad. En otras palabras, el juez constitucional no puede perder de vista el hecho de que el menor indígena es, en sí, gestor de su propia cultura, por lo que la protección de sus derechos constituye al mismo tiempo una valiosa oportunidad para perpetuar saberes y costumbres ancestrales fundamentales para la conservación de la diversidad y la promoción del respeto por la diferencia.

2.9. Valoración probatoria del testimonio de los menores

Desde una perspectiva general, la noción de prueba está siempre presente en el quehacer cotidiano de los humanos, sea cual sea el origen, la edad, la actividad o entre otras cosas que estos realicen; como señala MOLINA GONZÁLEZ, probar significa “examinar o experimentar las cualidades de personas o cosas, examinar si algo tiene la medida o proporción, a que debe ajustarse, justificar y hacer patente la verdad de algo”.

Para ROSAURA BARRIENTOS, la prueba en materia jurídica, es de suma importancia para el desarrollo del Derecho, ya que no existe proceso judicial que no dependa estrictamente de la prueba, ni mucho menos una sentencia que establezca el derecho de las partes que no se sustente en prueba conocida y debatida dentro del proceso, porque no puede existir una sentencia en materia penal o civil que no fundamente sus considerandos en lo que es objetivamente veraz y a todas luces capaz de convencer sobre la inocencia o responsabilidad de un acusado o bien que el actor acredite sus pretensiones.

Desde la doctrina, DEVIS ECHANDÍA sostiene que la prueba es el “método reconstructivo o la metodología de las ciencias reconstructivas”. Visto así, se puede indicar que por medio de aquella se va a confirmar, desvirtuar una hipótesis o afirmación precedente; además, desde la óptica penal, será considerada como todo lo que sirve para el descubrimiento de la “verdad acerca de los hechos” que son investigados donde se pretende actuar la ley sustantiva.

En lo que sigue, se puede argüir dos concepciones más referente al concepto de prueba; primero, es que llega a ser un “instrumento de conocimiento”, puesto que ofrece información relativa a los hechos que deben ser determinados en un proceso, y; segundo, sería un “instrumento de persuasión”, ya que la prueba no serviría como un mecanismo que permita saber la verdad o falsedad del enunciado, es decir, solamente serviría para convencer al juzgador de lo fundado o infundado de un acontecimiento fáctico.

Continúa el autor, considerando que antes de abordar el tema es indispensable realizar una distinción entre las acciones de interpretar y valorar; ya que el primero, otorga la credibilidad atendiendo al sistema de valoración, pues se explica o declara el resultado obtenido en los medios de prueba; mientras que el segundo, permite realizar un análisis crítico sobre las pruebas practicadas, pues se reconoce, estima o aprecia el valor que se ha podido alcanzar sobre aquellas afirmaciones fácticas, concluyendo si un hecho quedó o no probado.

Si bien es cierto, en todo momento del proceso se llegan a valorar las pruebas: I cuando el fiscal lo hace al momento de requerir acusación, pretender la elevación de la causa al juicio; II el defensor cuando se opone en el momento de requerir la absolución de su patrocinado, y; III el juez al decidir la situación de mérito.

Sin embargo, éste último tiene como objeto establecer la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio.

El juez al atender un proceso penal tiene como propósito determinar cuál ha sido la conducta desplegada por la persona a la que se le ha atribuido un hecho delictivo que pueda ser pasible de sanción penal, es ahí donde las pruebas juegan un rol importante, toda vez que coadyuvaran a la decisión final.

Así, es de recordar lo señalado por CARNELUTTI cuando asemejaba las pruebas a las llaves, indicando que mediante las primeras los jueces tratan de abrir puertas de lo desconocido. Una vez constituido los elementos probatorios sobre los cuales se debiera tomar una decisión respecto a los hechos, se configura el momento de la valoración, teniendo como pilar esencial el apoyo empírico que éstos puedan aportar de forma individual o conjunta a las diversas hipótesis que traten sobre lo ocurrido. No obstante, es menester recalcar que la prueba de manera absoluta no puede ser valorada sólo hasta ese momento, puesto que existe un momento ex ante que el magistrado efectúa durante la práctica de la prueba.

La valoración probatoria se deberá llevar a cabo una vez que se haya cerrado el conjunto de elementos en juicio; así pues, el objeto será determinar el grado de corroboración que se aporta mediante éstos últimos a cada una de las hipótesis que se hayan planteado en un determinado conflicto.

En buena cuenta, la valoración probatoria debe ser considerada como la función donde el juez percibe los resultados de la actividad probatoria en un determinado proceso.

En esta labor se realiza una operación mental que tiene como fin conocer el mérito o valor de convicción deducido del contenido de cada elemento probatorio. Es la actividad efectuada por el juzgador consecutiva al examen que permite conocer el verdadero contenido de cada medio probatorio; es decir, aquella actuación analítica a posteriori de la interpretación de la misma.

Entonces, se puede argüir que en esta etapa se deberá aplicar un estudio crítico sobre los medios probatorios aportados por ambas partes en un proceso, ya que por un lado se pretenderá dar a conocer las alegaciones fácticas, mientras que por el otro, se tratará de desvirtuar éstas últimas; siendo éste un momento culminante y decisivo donde se define si las acciones ejercida han sido provechosas o inútiles.

En cuanto al testimonio de los menores, mucho se ha discutido, desde la valoraciones probatorias de los expertos de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, entre ellos

el maestro FRAMARINO DEI MALA TESTDA, hasta los estudios y desarrollos de las ciencias siquiátricas y psicológicas de finales del milenio y principios de este, en los cuales no solo han desvirtuado las afirmaciones según las cuales los menores no son dignos de credibilidad, sino que se han diseñado protocolos de interrogatorio y de valoración de tales declaraciones y concluyen que en la mayoría de los casos o en el normal de los acontecimientos, ellos sí son dignos de toda credibilidad en hechos que atenten contra su integridad personal o sexual.

Se plantea el problema de la credibilidad que debe dársele al testimonio de una impúber, más teniendo en cuenta su edad. Lógico que de plano no se le puede descartar, lo mismo no se le puede dar la absoluta credibilidad por se puesto que exige un riguroso análisis de su contenido, lo mismo que de la coherencia con los otros elementos de juicio.

Los delitos sexuales contra menores generalmente tienen como característica principal la ausencia de evidencias objetivas. En estos casos, las declaraciones de la víctima y el agresor suelen constituir la única prueba, por lo que un análisis de su credibilidad puede ser imprescindible. El análisis del contenido de las declaraciones del menor, basado en criterios que la investigación ha asociado a relatos reales de abuso sexual, parece ser la técnica más útil en estos casos.

Estos delitos, por sus características, implican una difícil valoración. Las técnicas utilizadas tanto desde el punto de vista lego (jurados), como desde el punto de vista experto consistentes en analizar a un imputado y víctima (conductas, rasgos de personalidad) podrían tener ciertos problemas o sesgos que se llevarían a conclusiones erróneas.

Por otro lado desde un punto de vista legal no puede hacerse valoraciones de la credibilidad del testigo, sólo de su testimonio y en todo caso, no puede hablarse de la exactitud o realidad (veracidad) de un relato, competencia que le corresponde al estamento encargado de juzgar un delito, jueces y tribunales de justicia. El análisis pericial que más probablemente pueda proporcionar indicios que sirvan a la autoridad competente para una mejor valoración de las pruebas que se dan en este tipo de delitos, las declaraciones de una y de otra parte, será aquel que trate de encontrar evidencias en el contenido de las declaraciones.

En primer lugar hay que destacar que en este tipo de delitos, y en otros, por supuesto, los protagonistas, agresor y víctima, están por regla general, solos. Nadie es testigo de estos

acontecimientos, y sólo las versiones de uno y otro pueden constituir la plataforma sobre la que el juzgador puede decidir, a salvo los supuestos de pruebas complementarias, signos de la agresión en el cuerpo de la víctima, gritos oídos por terceras personas, etc.

Un testimonio o declaración es un relato de memoria que un testigo realiza sobre unos hechos presenciados o vividos por él. Así pues, para su valoración lo primero que debemos conocer son algunos aspectos fundamentales de cómo funciona la memoria: qué procesos se ven implicados en el recuerdo y que factores podrían afectar esos procesos.

La Corte Suprema de justicia (2010). En sala de casación penal, mediante proceso 34434 hace referencia a la técnica alemana CBCA (Análisis de Contenido Basado en Criterios) que trata de un procedimiento enfocado a la evaluación de la credibilidad del testimonio de los niños.

En el documento EL ANALISIS DE CONTENIDO BASADO EN CRITERIOS (CBCA) EN LA EVALUACIÓN DE LA CREDIBILIDAD DEL TESTIMONIO, elaborado por Verónica Godoy-Cervera y Lorenzo Higuera de la Universidad de Granada, para explicar dicha técnica se parte de la base de que no es poco común que en las indagaciones judiciales se cuente únicamente con las declaraciones encontradas de víctima y acusado como únicas pruebas disponibles, lo que ha llevado a realizar varias investigaciones centradas en el desarrollo de métodos sistemáticos que ayuden a identificar informes honestos de aquellos informes que han sido fabricados.

Dichos procedimientos, según los autores, se han clasificado en tres grupos: el primero se centra en el registro y análisis de la actividad psicofisiológica de la persona que miente; el segundo se encarga de examinar la conducta no verbal del sujeto; y el tercero se encarga del estudio del contenido de la declaración del testigo.

Del tercer método, denominado SVA (Statement Validity Assessment) o Evaluación de la Validez de la Declaración -que es la técnica más empleada para evaluar la veracidad de las declaraciones verbales, se desarrolló en Alemania y se sustentó en la experiencia clínica de diversos psicólogos-, es su principal componente el del CBCA, el cual es explicado en dicho informe, de la siguiente forma:

El SVA está formado por tres componentes mutuamente dependientes: a) una entrevista estructurada con la víctima, b) el CBCA que evalúa el contenido de la declaración de la persona, y c) la integración del CBCA con la información derivada de un set de preguntas

denominado Lista de Validez, el cual combina la información extraída del análisis del contenido de la declaración con otra información relevante del caso y con la información obtenida a partir de la exploración de la entrevista o entrevistas previamente realizadas (Horowitz, 1991).

El CBCA se aplica al contenido de la declaración y su propósito es determinar si su calidad y sus contenidos específicos son indicativos de una narración generada a partir de registros de memoria o si son producto de la invención, la fantasía o la influencia de otra persona. Cualquier análisis realizado empleando el CBCA se ve influenciado por las características de la entrevista y por lo que el sujeto a (sic) experimentado o no. A lo largo de este proceso, es importante que el entrevistador tome en cuenta la edad de la persona, su experiencia y el nivel de sus habilidades cognitivas (Raskin y Esplin, 1991).

Una de las mayores limitaciones del CBCA es la dificultad que presenta al ser aplicado a situaciones en las que el testigo tiene información a partir de la cual puede inventar una acusación que incorpore algunos de los criterios. Por ejemplo, un niño que ha sido abusado sexualmente con anterioridad puede suministrar un testimonio falso pero que parezca convincente derivado de registros de memoria originados de otras experiencias.

Los autores del texto consideran que la principal y mayor desventaja del CBCA, es que no existe un consenso general que establezca un número mínimo de criterios que debe incluir una declaración para ser catalogada como creíble y el peso que cada uno de ellos debe recibir.

El CBCA debe considerarse exclusivamente como un instrumento de apoyo y nunca como herramienta única sobre la cual se base la toma de decisiones judiciales (Santtila et al, 2000), o al menos no por el momento y esta es una posición que la Corte Suprema de justicia ha adoptado, como lo manifestó en el proceso mencionado anteriormente.

Y así mismo, explica el protocolo SATAC --simpatía, anatomía, tocamiento, abuso y cierre, diseñado por la Asociación Americana de Fiscales, el cual es muy completo y está avalado por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

Resulta ser un desafío científico y jurídico el establecer criterios ciertos o, en lo posible, objetivos relacionados con la credibilidad o no de los testimonios de menores, más cuando son víctimas de delitos y, en especial, de aquellos de contenido sexual o realizados mediante actos de violencia. Por ello, uno de los aportes más importantes de los últimos

años de la sicología forense al derecho penal es sin duda alguna los análisis frente a las versiones de los menores y se han desarrollado unos criterios muy especiales para valorar su credibilidad, elementos que han dado mucha más confiabilidad que simples suposiciones

En la sentencia en comento, el juzgado que conoce en primera instancia, aplica el protocolo SATAC en cuanto a la valoración de los testimonios y decide condenar al acusado, por el contrario el tribunal que conoce en segunda instancia, decide absolver, considerando que el protocolo utilizado no resultaba suficiente para hacer la valoración testimonial que el caso requería y por el contrario, aplica el protocolo CBCA; es allí en donde la fiscalía decide interponer recurso de casación y la Corte Suprema de justicia en calidad de revisión del recurso, decide casar, partiendo de que el tribunal aplicó un protocolo altamente cuestionado por la ciencia, lo que resta credibilidad a la valoración probatoria. Soportando así la Corte el protocolo aplicado por la fiscalía y valorado por el Juez en primera instancia.

Los anteriores, son mecanismos que están a disposición del Jurista conocedor del proceso, para la realización de un análisis probatorio que permita llegar a un grado más alto de certeza sobre la ocurrencia de los hechos. Si bien es cierto, la técnica CBCA no goza de aceptación en la comunidad científica, existe entonces también el protocolo SATAC que puede y debe ser usado en la valoración probatoria con el objeto de aportar criterios valorativos firmemente fundados.

Vale resaltar que el psicólogo juega un papel fundamental en el proceso, ya que al ser el encargado de valorar una declaración, debe conocer las principales teorías de memoria, así como aspectos esenciales de los procesos decodificación, retención y recuperación.

Debe poder responder a las preguntas de ¿cómo y porqué se recuerda u olvida? Además debe conocer las investigaciones que muestran qué factores y de qué forma afectan la memoria y en concreto a la memoria de los testigos. La Psicología Cognitiva y la Psicología Forense Experimental, en el campo de la memoria de testigos, respectivamente se encargan de estos conocimientos.

Coulborn. Faller, (2007). Plantea que el abuso sexual es un tema social altamente controversial. Tanto si se cree como si no se cree en una denuncia de abuso sexual, esto puede tener consecuencias graves y de largo alcance para el niño, el adulto y las instituciones involucradas en dichos alegatos. Por ejemplo, descreer de un develamiento

apropiado por parte del niño puede dejar a la víctima en 10 Abuso sexual infantil. Cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia un terrible riesgo. Por otro lado, creer, incorrectamente, que un niño ha sido abusado sexualmente puede tener efectos devastadores, principalmente para el acusado.

Faller continúa diciendo: Entre los temas en disputa en el abuso sexual se encuentran los alcances del problema, la exactitud de los relatos de abuso del niño y del adulto, las técnicas y estrategias utilizadas por los profesionales al evaluar e investigar los alegatos de abuso sexual, los métodos para la toma de decisiones acerca de la probabilidad de que haya sucedido el abuso sexual, las intervenciones apropiadas en estos casos, y el impacto del abuso sexual en las víctimas.

La doctrina actualizada contenida en los fallos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, coincide con los resultados de investigaciones científicas según las cuales, la mayoría de los niños poseen la capacidad moral y cognitiva de dar su testimonio en los tribunales y su dicho deber ser analizado junto con los demás medios de convicción allegados a un proceso, particularmente en los casos de abusos sexuales, en los cuales, ante los intentos de disminuir la revictimización del niño, se acude a psicólogos especialistas que ayuden al menor a expresar lo sucedido. Así lo ha manifestado la Corte Constitucional, (2010). En sentencia T-078.

Continúa la Corporación, en el mismo pronunciamiento, manifestando que los menores de 12 años no están obligados a declarar bajo juramento.

El argumento más sorprendente de las decisiones impugnadas, es aquel emitido por la Fiscal Seccional 21 de Cartagena, que echa de menos la falta de declaración sin juramento de la menor, olvidando que los menores de 12 años no están obligados a declarar bajo juramento. En el caso específico del testimonio de los menores de 12 años, se tiene que tanto en la Ley 600 de 2000 (artículo 266), como en la Ley 906 de 2004 (383, inciso segundo) se establece que cuando depongan sobre los hechos no se les recibirá juramento y que durante esa diligencia deberán estar asistidos -en lo posible- por su representante legal o por un pariente mayor de edad.

Los fiscales emplean un argumento circular que no conduce al esclarecimiento de la verdad de lo sucedido, que es finalmente lo que se busca en el proceso investigativo. Rechazar un peritaje por formal y otro que dice lo mismo, por informal, es una técnica

perversa frente a las pruebas que unánimemente describen un abuso sexual donde es víctima una niña de 3 años. No captaron las decisiones acusadas cuáles eran las necesidades de la víctima, no privilegiaron sus intereses y le dieron a las pruebas los alcances que su arbitrio les dictó; lo que realmente hicieron fue prescindir del testimonio de la víctima menor, que debía ser valorado independientemente de que se hubiera dado por interpuestas personas, como fueron las psicólogas en este caso. Ignorar el testimonio de la menor, es igualmente incurrir en una vía de hecho por contrariar el precedente constitucional según el cual en los casos de abusos de menores, el testimonio de la víctima puede bastar como prueba de cargo.

2.9.1. El indicio cognitivo: la debilidad de la huella de memoria.

En contra de lo que marcan las creencias comunes, la memoria no es infalible ni funciona como una cámara de vídeo que registra fielmente todo lo ocurrido, con la posibilidad de reproducirlo sin variación, tiempo después, las veces necesarias. Los recuerdos están en continua transformación y se ven afectados por procesos de deterioro debido al paso del tiempo y a la interferencia de información ajena. En general, estaríamos de acuerdo en que no tendría sentido acudir a la escena del crimen a recoger muestras, transcurrido un tiempo suficientemente largo, y que cada vez que alguien acude allí puede contaminar las pruebas. Además, todo el material recogido susceptible de sufrir efectos de transferencia o contaminación debe custodiarse en óptimas condiciones para ser protegido y minimizar su deterioro.

De igual modo, el indicio cognitivo (el recuerdo) se deteriora transcurrido un plazo de tiempo, y se reconstruye cada vez que el testigo (víctima o imputado) recuerda los hechos, con la posibilidad de que se contamine con información del entorno, las preguntas formuladas, los medios de comunicación o los comentarios de otros. La degradación y contaminación de los recuerdos será especialmente grave cuando se trate de testigos vulnerables (menores o personas con discapacidad intelectual o alteraciones mentales), cuanto más tiempo haya pasado, y en sucesos de especial transcendencia mediática. Los estudios sobre el funcionamiento de la memoria muestran que no existe ningún procedimiento que permita recuperar los recuerdos originales una vez que éstos se han transformado. Tampoco parecen existir pruebas para evaluar la credibilidad de los testimonios lo suficientemente válidas como para ser admitidas sin problemas.

2.9.2. La declaración de menores Derecho Comparado con Cataluña/ España.

El presente, es un análisis realizado por José María Hernández Ledesma

INTRODUCCIÓN: El pasado mes de enero de 2011 se celebró en Madrid el seminario sobre valoración de la prueba: prueba testifical, pericial y exploración de menores, organizado por el servicio de formación continua del Consejo General del Poder Judicial. La cuarta sesión del seminario se dedicó a testigos menores de edad e incapaces, cuando sus manifestaciones se revelen como el único elemento de incriminación, o cuando se trate de menores de corta o cortísima edad y resulte preconstituida la prueba en los términos del art. 433.3 LECrim (LA LEY 1/1882).

Revisando la legislación que asegura la protección del menor en el proceso penal. A partir de ahí se abordaron una serie de cuestiones entre las que se debatió sobre la preconstitución de la prueba; resultando de interés las reflexiones realizadas acerca del valor probatorio de las declaraciones de menores de edad y el lugar y forma para la realización de la prueba.

En relación a lo primero, queda claro que no existe ningún impedimento para que un menor declare como testigo en el proceso penal, pero sí que hay que entender que existen múltiples factores que afectan al valor probatorio de esa declaración siendo los principales: a) La edad y capacidad del menor; b) La situación personal y psicológica del mismo que cambia con el paso del tiempo y su desarrollo psicológico; c) El tiempo transcurrido desde que ocurrieron los hechos, tanto hasta la primera declaración en instrucción, como hasta la declaración en el juicio oral; d) Las circunstancias familiares y sociales del menor que se modifican con el paso de los años; e) El modo en que se hace el interrogatorio. Estos factores, que hemos destacado anteriormente, dan a la lectura del art. 448, desde una perspectiva psicosocial que no jurídica, elementos de reflexión acerca de la capacidad «intelectual» para la declaración de menores de corta edad, y también algunos casos de adolescentes en los que el hecho pasó hace algunos años y el valor probatorio de su declaración en el juicio oral.

Este podría verse afectado por el tiempo transcurrido desde los hechos, las interferencias en el desarrollo de su personalidad por motivos externos (tratamientos psicológicos, culpabilización de las repercusiones del hecho en el entorno cercano en caso de abusos

intrafamiliares, significación sexual de hechos que carecían de la misma en el momento de producirse, dudas y miedos acerca del desarrollo psicosexual del menor adolescente testigo) y el modo en que se realice el interrogatorio (dificultades de comprensión durante el interrogatorio formal en el juicio oral: preguntas capciosas de las partes, aclaraciones que el menor no puede comprender o que pueden confundir, tiempo dedicado a la declaración del menor).

Por este motivo se cree acertado recomendar en estos casos, siempre que se estime oportuno por el juez o magistrado, la prueba anticipada de la declaración del menor intentando mantener las garantías procesales, con la colaboración de profesionales, especializados en este tipo de declaraciones, al inicio de la instrucción, donde todos los factores anteriormente expuestos inciden en menor medida en la declaración que se aporta al proceso.

También se reflexionó en el seminario en torno al lugar donde debería practicarse, «entendiéndose por tal aquél que asegure: 1) que se evita todo contacto directo, señaladamente visual, entre el menor y el imputado; 2) que la prueba puede seguirse adecuadamente por todas las partes intervinientes (Juez Instructor, Ministerio Fiscal, Letrado de la Defensa, imputado...), y 3) que la prueba se lleva a cabo de manera contradictoria, de suerte que las partes presentes puedan intervenir de manera activa en su desarrollo, formulando preguntas o sugiriendo, al menos, las cuestiones sobre las que quieren que el menor declare. El problema es que no se cuenta en los Juzgados de Instrucción con medios materiales adecuados para alcanzar estas finalidades».

2.9.3. La prueba pre-constituida

La opción legal de la prueba preconstituida parece un recurso adecuado que contribuiría a minimizar estos efectos secundarios derivados del paso del menor por el proceso penal, integrando las exigencias psicológicas con los imperativos jurídicos.

Esta prueba preconstituida en casos de ASI sería una variante de la declaración judicial del menor, que debería recoger los siguientes principios esenciales para su adecuado desarrollo.

Principio de protección: El menor adquiere todo el protagonismo, dirigiéndose todos los esfuerzos judiciales a procurar un contexto en el que se sienta cómodo, ofreciéndole un entorno de tranquilidad y confianza en el que el menor pueda expresarse libremente.

Principio de adecuación a las concretas circunstancias de cada menor: El entrevistador deberá preparar su exploración atendiendo a las características psicológicas del niño. El grado de madurez emocional y sus capacidades cognitivas (pensamiento y lenguaje) exigirán del entrevistador adaptar las preguntas en función de estas circunstancias.

Principio de intimidad: El menor debe expresarse libre y sinceramente. Se buscará un entorno en el que se minimicen todas aquellas circunstancias que puedan coartar al menor (i.e. características que remarquen la autoridad del entrevistador). Cuanto menos note la presencia de otros adultos, más cómodo se sentirá el menor. Intimidad no es sinónimo de ocultamiento. El entrevistador debe explicar al menor, atendiendo a sus capacidades cognitivas, el desarrollo y sentido de la diligencia. Nunca se debe mentir al menor.

Posibilidad de participación de expertos: Será el Juez quien, valorando las circunstancias concurrentes, decidirá si es preciso o no esta garantía adicional. La situación del menor en el proceso (testigo/víctima), el momento evolutivo (más o menos edad), y la gravedad del delito parecen ser los criterios utilizados por el juzgador para recurrir a la colaboración del experto (Circular 3/2009 FGE).

En este sentido, el Tribunal Supremo Español, (2009) en Sentencia No. 96, concede al experto un papel activo en el desarrollo de la prueba y no de mero espectador, como puede interpretarse del art. 433 de la LECrim (LA LEY 1/1882). A este respecto parece interesante resaltar las palabras de Caso y colaboradores: «El juez no tiene competencias técnicas para llevar a cabo tales entrevistas. El juez no es un psicólogo ni debe creer que la Psicología es ciencia sencilla. Su experiencia no es suficiente. Abordar a solas tales entrevistas puede ocasionar un grave perjuicio al menor». De ahí que se inste al recurso a personal técnico, debidamente cualificado, generalmente psicólogos especialistas en el área jurídica, ya sean forenses o criminalistas.

2.10. Retracción de menores en etapas de juicio

La retractación es la acción por la cual el niño, niña o adolescente que ha hecho un primer develamiento de as se desdice de sus dichos iniciales. La retractación puede ser parcial, cuando el niño se desdice de solo una parte de sus dichos originales (“No es cierto que

papá me chupó la cola, solo me la tocó una vez”), o bien total, cuando el niño se desdice de todo su alegato original (“Papá no me tocó ni me chupó la cola”). Los niños pueden explicar su retractación de diversas formas, atribuyendo el relato inicial a: – Error: “Me equivoqué”. – Minimización: “Era un chiste”. – Desconocimiento: “No sé por qué lo dije”. – Disociación: “No me pasó a mí, le pasó a otra nena”. Capítulo 9. Primer paso: el proceso de detección y diagnóstico preliminar 138 Abuso sexual infantil. Cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia Los índices de retractación pos develamiento varían, según diversas investigaciones, entre un 4 y un 22% (Olafson y Lederman, 2006). Las razones de dicha variabilidad estarían en el tipo de muestra elegida (muestra clínica versus muestra proveniente de servicios de protección a la infancia) y en relación con la cantidad de entrevistas mantenidas con el niño o niña víctima (más de una versus una sola entrevista) (Faller, 2007).

2.11. Causales de ausencia de responsabilidad penal

Estas son taxativas y se encuentran descritas en el artículo 32 del Código Penal Colombiano.

Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

1. En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor.
2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.
3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.
4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.

5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.

6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.

7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.

8. Se obre bajo insuperable coacción ajena.

9. Se obre impulsado por miedo insuperable.

10. Se obre con 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. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.

12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente.

2.11.1. Error de prohibición.

El Error de Prohibición es aquel que recae sobre el conocimiento del carácter injusto del acto, sobre su comprensión o sobre la intensidad de la ilicitud. En tal situación, el autor tiene la convicción del obrar legítimamente, sea porque considere que la acción no está prohibida, porque ignore la existencia del tipo legal (ignorancia de la ley), porque dé a una causa justificación o un alcance que no tiene o porque juzgue que concurre una causal de justificación que la ley no consagra o finalmente porque se considere legitimado para actuar. (GÓMEZ, 2003).

El error de prohibición recae sobre el carácter ilícito del acto, esto es, sobre la conciencia de la antijuridicidad, parte de considerar que el conocimiento de la ilicitud no es presupuesto del dolo sino elemento de la culpabilidad. Por lo tanto excluyéndose la conciencia de la ilicitud se presenta inculpabilidad si el error es invencible, pero en caso de error vencible de prohibición subsiste el dolo, sin embargo la culpabilidad se atenúa.

La ley 599 de 2000, Código Penal Colombiano en su artículo 32 numeral 11 regula el error de prohibición señalando que habrá ausencia de responsabilidad, cuando “Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuera vencible la pena se rebajará en la mitad”.

Es así como el error de prohibición en el aludido código se refiere al error sobre la existencia de una norma justificativa, al error sobre los límites y alcances de un motivo de justificación, al error sobre la existencia, vigencia de la norma prohibitiva. (GÓMEZ, 2003).

De lo anterior, se infiere entonces que obra en error de prohibición el sujeto que creyendo actuar lícitamente perjudica el bien jurídico tutelado. Una creencia equivocada de su actuar lícito puede provenir o de la ignorancia de que su comportamiento está prohibido por el ordenamiento jurídico o del pensamiento de que le ampara una eximente por justificación que realmente no se da o porque dándose, le otorga una amplitud tal que supone haber obrado dentro de los fueros de la norma permisiva o finalmente, porque imagina la concurrencia de circunstancias ajenas al hecho que, si por el contrario concurriesen, meritarían justificarlo. (ARMAZA, 1993).

Quien actúa en situación de error de prohibición la convicción de que su acción, no obstante ser típica, está justificada, bien sea por que considera ignora la existencia de la norma prohibitiva, o por que considere erradamente existente una norma que justifica la conducta o le dé una extensión a una causa legal de justificación que esta no tiene.

De la misma manera, hay que tener en cuenta que existe un error de prohibición no sólo cuando el sujeto se representa positivamente que no actúa de modo antijurídico, sino ya cuando le falta la conciencia de la antijuridicidad sin que hubiera reflexionado nunca sobre tal posibilidad. (ROXIN CLAUSS, 2004)

CLASES DEL ERROR DE PROHIBICIÓN Directo e Indirecto. Será directo el error sobre la ilicitud si el sujeto desconoce el contenido de la norma penal. Puede suceder, incluso, que tenga un conocimiento completo de la norma pero que, por razones ulteriores, no la crea vigente. En este último caso, procederá la aplicación de las reglas del error de prohibición. El error será indirecto si recae el error en la autorización del comportamiento ya porque se crea que lo beneficia una norma permisiva que realmente no esté reconocida en la ley o ya porque se tenga la convicción de que se actúa justificadamente ante la necesidad de salvarse o salvar a un tercero de un peligro inexistente. (ARMAZA, 1993).

2.11.2. Error de Tipo

La noción de tipo, en su comienzo, se extendió como modelo o forma de conducta previsto en la norma penal, carente de contenidos valorativos y subjetivos. Así, las conductas contrarias a derecho relevantes para efectos punibles podían diferenciarse de las que presuponían una antijuridicidad civil.

En otras palabras, no puede decirse que todo comportamiento que pudiere considerarse antijurídico, interesa al derecho penal: solo aquellos que específicamente se encuentran previstos por un tipo penal; y el juicio de una adecuación típica, consistía en una constatación objetiva de los elementos del tipo, mientras que el juicio valorativo se dejaba exclusivamente a la antijuridicidad.

Barreto. H. y Barreto. B. Sostienen que para un sector de la doctrina, el tipo penal es solo una descripción de conducta, en cuanto la verificación de un dato objetivo, histórico y fáctico, que tiene ocurrencia aprehensible constatable de manera empírica por los

sentidos. Ernst Von Beling consideraba que la descripción de la conducta era de tipo objetivo, neutra, valorada y exenta de axiología que comprendía solo el aspecto externo de la acción humana, pues lo subjetivo tenía cavidad exclusiva en la culpabilidad; así pues indicaba: “Todos los delitos- tipos son, en consecuencia, de carácter puramente descriptivo; en ellos no expresa aún la valoración jurídica calificante de lo antijurídico (tipo ilicitud)”.

Esta noción del tipo, de carácter naturalista y desarrollada con base en el positivismo científico, fue superada al advertirse la necesaria presencia de consideraciones valorativas (MAYER) y subjetivas (Frank, Mezger, etc.); el neokantismo entendió como artificiosa la desvinculación de consideraciones valorativas en las descripciones comportamentales del tipo penal. Se admitió así la existencia de ingredientes normativos, esto es, expresiones contenidas en el tipo que requieren un juicio de valor para su comprensión, como por ejemplo, la noción de cosa mueve ajena incorporada al tipo de hurto, y de ingredientes subjetivos, o motivos específicos sin los cuales la conducta resulta penalmente irrelevante.

La idea de tipicidad como primer escalón en la valoración de la conducta penalmente relevante, surgió a comienzos del siglo XX (1906) en la obra de Ernst Beling. A las categorías ya por entonces conocidas de antijuridicidad (contradicción objetiva de la conducta con el ordenamiento jurídico) y culpabilidad (evolución jurídica de un concepto surgido durante la edad media para fundamentar la necesidad de expiación religiosa), se sumó el Tatbestand (aprox, supuesto de hecho), expresión que no acuñó Beling, pero a la que sí le otorgó el sentido particular de adecuación a una forma abstracta de conducta, que vino a complementarse años después por el mismo autor con otras dos: Delikstyp²⁰ y Unrechtstyp²¹.

Partamos entonces de que si una de las funciones primordiales de la tipicidad es la de construir una garantía para que la persona, a partir del conocimiento de lo prohibido, se motive y adecue su comportamiento a lo permitido, será necesario entonces reconocerse que dentro de la definición de la conducta constitutiva del tipo debe incluirse el elemento

²⁰ Antes de Beling se entendía por Tatbestand el hecho concreto o el cuerpo del delito. Cfr Juárez E.X. Tavares. *Teoría del delito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, p.21.

²¹ Cfr. Günther Jakobs. *Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p.190

subjetivo que comprometa la voluntad de agente en la toma de decisión y en la realización de su acción.

Lo anterior exige, que al momento de evaluar la tipicidad de una conducta, no se acuda simplemente a la verificación del curso causal de orden naturalístico causa-efecto, sino a establecer la existencia de voluntad dirigida al daño producido.

Es decir, se requiere que más de la constatación de la existencia de un hecho y un efecto como consecuencia, el juez, debe analizar la existencia de los elementos internos que reposan en quienes intervienen en la ejecución de la conducta, si en este análisis, no se verifica la existencia de los mismos, estaríamos frente a una conducta que carece del elemento subjetivo del tipo penal, elemento sin el cual una conducta no puede ser considerada culpable, no se configuraría entonces ninguno de los tipos descritos en la norma. Ya que como bien sostiene la doctrina del tipo, para que una conducta sea punible, debe constar de los tres elementos esenciales: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Sostiene JESÚS GÓMEZ LÓPEZ. (2003) que el error de tipo, es la ausencia de conocimiento sobre la concurrencia de los elementos que conforman el tipo penal, esa falta de conocimiento puede consistir en una absoluta ignorancia o en un conocimiento deformado sobre los elementos del tipo, sean estos descriptivos, normativos, fácticos o subjetivos o anímicos, como también debe integrarse con los caracteres negativos, como la ausencia de permiso de autoridad competente.

Al tenerse una concepción de la tipicidad valorada, se puede verificar que los cursos causales propios del caso fortuito y la fuerza mayor, son atípicos por ausencia de voluntad, y por lo tanto, no hay noción de pregunta desde la perspectiva jurídico-humana, sino física; pues de concluir que estas situaciones son típicas, se llegaría a la insostenible posición de creer que el legislador incluye en catálogos penales hechos humanos en general.

Gerardo Barbosa, esboza que al aceptarse que el tipo penal no solo se integra por descripciones objetivas, sino que también contiene elementos subjetivos, se justificó la separación didáctica del tipo objetivo y el tipo subjetivo.

2.11.2.1. Tipo objetivo.

Para Welzel, el tipo objetivo, es el núcleo real material de todo delito y se integra por circunstancias que se manifiestan en el “hecho externo”. Entre estas circunstancias

pueden enumerarse la acción, el resultado (entendido como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico), los medios y las modalidades especiales de la acción, y en algunos casos las características especiales del autor.

Similarmente plantea Jakobs “el tipo objetivo es la parte externa del delito; con el tipo objetivo surge el delito como magnitud social, y por tanto penalmente relevante”.

Entre las manifestaciones externas a que se refiere Jakobs, sobre salen la causalidad (en los delitos de resultado) y los criterios normativos de atribución o condiciones objetivas de la responsabilidad; a más claro está, del resultado, entendido en términos jurídicos, no naturalísticos.

Moreno Hernández enlista en los elementos del tipo subjetivo los siguientes: 1. Acción o realización. 2. Lesión o puesta en peligro del bien jurídico. 3. Especiales medios o formas de realización (no siempre se exigen) 4. Modalidades de lugar, tiempo y ocasión.

5. Nexo causal. 6. Objeto material. 7. Sujetos activos (número y calidad de sujeto) y pasivos (número y calidad)

Barbosa. G. por su parte sostiene que claramente en la legislación penal colombiana la tipicidad involucra tanto un juicio de adecuación objetiva de elementos externos, como un juicio de adecuación subjetiva. Y que en el primero son particularmente relevantes las nociones de causalidad e imputación.

2.11.2.1.1. Causalidad.

La causalidad, entendida como relación de producción de un consecuente por un antecedente, se ha intentado explicar en el derecho penal a través de diversas teorías, entre las cuales:

- Equivalencia de las condiciones: Hoy día atribuida a MAXIMILIAN VON BURI. De manera concreta, sostiene esta teoría que todo antecedente necesario para a producción de un resultado debe tenerse como causa de este, sin que sea válido establecer niveles de incidencia entre las distintas causas concurrentes.

Todas las condiciones que sean necesarias son equivalentes, por lo tanto todas deben ser tenidas como causas.

Se hace entonces referencia a la fórmula de la supresión mental “*conditio sine qua non*” como mecanismo de verificación de la equivalencia de condiciones. Es decir, si al suprimirse mentalmente un antecedente, el resultado de todas formas se produce, es porque no se trata de una condición necesaria y por tanto no es causa; si, por el contrario, al suprimirse mentalmente el antecedente puede concluirse que el resultado no se producirá, es porque tal antecedente constituye un factor “sin el cual no” se habría generado el resultado, es decir, una causa.

- Teoría de la causalidad adecuada: para limitar el alcance indiscriminado de la teoría de la equivalencia, la teoría de la causalidad adecuada propone distinguir entre causalidad en general y causalidad para efectos jurídicos; si una conducta es causa adecuada para la producción de un resultado típico es algo que se debe determinar por medio de la experiencia (dato estadístico) o a través de un cálculo de probabilidades.

El concepto amplio de la adecuación fue desarrollado por diversos autores, entre quienes cabe mencionar a Ludwing Von Bar (a quien se reconoce como uno de sus primeros exponentes), la teoría de la causalidad adecuada no corresponde a una propuesta única, sino que adquiere diversos matices a partir de las numerosas variables: cómo avaluar las probabilidades, cuál es el referente temporal para hacer ese cálculo (desde una perspectiva anterior- ex ante- o posterior –ex post- a la producción del resultado), cuál es el modelo comportamental a seguir (el del sujeto que actúa, el de un ciudadano promedio, el del juez, etc.). Esta característica (la falta de unidad) constituye a su vez uno de los principales motivos de crítica, además de la circunstancia de pretender explicar a través del derecho algo que corresponde al ámbito de las ciencias naturales (la causalidad), no obstante, también se le reconoce un importante avance hacia la diferenciación entre lo estrictamente causal y lo normativo dentro de la noción de tipicidad.

- Teoría de la relevancia típica: la relevancia típica no es propiamente una explicación sobre la causalidad pero se planteó dentro de intento de resolver las deficiencias de las teorías de equivalencia y de la educación

Para los seguidores de esta teoría (MEZGER, GERLAND, BLEI, entre otros), causa es todo antecedente necesario para la producción de un resultado (teoría de la equivalencia),

pero solo adquiere relevancia para el derecho penal cuando un comportamiento corresponde a “la forma típica de producción de resultado”. Se diferencia así entre el dato empírico de la causalidad y el dato normativo de la atribución, con lo que se sientan las bases de la posterior diferenciación entre causalidad e imputación objetiva, como elementos del tipo penal.

2.11.2.1.2. Imputación objetiva

Gracias al aporte de la teoría de la relevancia, se advirtió la necesidad de diferenciar, en los tipos de resultados, la causalidad material (que constituye el mínimo lógico de su estructuración naturalística) de los criterios normativos que se permiten, en un determinado contexto jurídico, imputar objetivamente ese resultado a quien ha participado causalmente en su producción.

Inicialmente la teoría de la imputación objetiva, se planteó como alternativa de solución de problemáticas de los delitos culposos, para lo cual se sistematizaron, dentro de la categoría dogmática de la tipicidad, algunas pautas extraídas en su mayor parte, del análisis de casos.

De acuerdo a lo planteado por DAL, DOSSO. Darío, (2011). La teoría de la imputación objetiva se presenta como elemento nuclear de las corrientes jurídico-penales denominadas funcionalistas, que en su pretensión de configurar un sistema de imputación penal despojado del contenido naturalístico propio de las corrientes causalista y finalista, lo edifican sobre la base de consideraciones de carácter social, tendiendo a la normativización de los conceptos fundamentales de la dogmática penal. En su formulación más extendida, para que un resultado sea objetivamente imputable a una conducta, se requiere, -además de una relación causal científico naturalmente constatable-, que dicha conducta haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado, que sea el que se realiza en el resultado, perteneciendo el resultado acaecido al ámbito de protección de la norma vulnerada; es decir, que fuera uno de los que dicha norma estuviera llamada a evitar.

2.11.2.1.3. Tipo subjetivo.

En la época primitiva la responsabilidad que se atribuía al sujeto era objetiva, con independencia de su voluntad; pese a ellos se reconocía una cierta graduación de la sanción cuando el delito era cometido voluntariamente y cuando existía causación

involuntaria de un resultado. De la edad antigua, se destaca que en el derecho penal romano (años 753 a. C. y 553 d.C.) se diferenció entre hechos dolosos y culposos. Durante la edad media (siglo v a xv), la iglesia Católica, aplicaba un derecho que tenía en cuenta la intención o el ánimo con el cual había actuado el delincuente; no obstante, conservó rasgos de la responsabilidad objetiva, al hacer extensivas las sanciones a terceros inocentes.

Deduzcamos entonces que aún con algunas falencias de alegatos de sustento, desde los inicios del derecho penal, se ha evidenciado la necesidad de elementos que puedan dar un mayor sostén a la construcción de un tipo.

Algunos autores estiman que puede considerarse a Carrara como “Precursor de la doctrina de los elementos subjetivos del tipo” en cuanto afirmó que la estructuración del delito depende del diverso fin que el agente se haya propuesto. Sin embargo, el maestro Márquez Piñero, destaca que aun cuando las valoraciones sobre dichos elementos fuesen de muy distinto modo, la difusión de tales elementos y su problemática tuvo lugar a partir de 1867 en que Merkel y Von Ihering los aludieron en relación con la antijurídica; se mencionan después autores como Thon (1878), Hertz (1880), Löefler (1901), Kolhraush (1903), Von Ferneck (1905), Graf Zu Dohna (1905), Fisher (1911), Nagler (1911), Hegler (1914), Meyer (1915), Mezger (1923). Esto obviamente dentro de la concepción causalista.

Uno de los que se considera mejores elementos subjetivos del injusto nos ha demostrado que este depende en muchos casos de características subjetivas, es decir, situadas en el alma del autor; ahora bien, como quiera que el tipo penal es solo injusto, especial, tipificado, resulta que dichos elementos subjetivos del injusto, en tanto se refieren al injusto típico, forman parte del tipo como elementos subjetivos del mismo.

El doctor Piñero destaca en su obra que subsiste, entre los distintos autores, la discusión sobre la naturaleza que corresponde a tales elementos, sintetizando las posturas surgidas al respecto. 1. La que sostiene que pertenecen a la antijurídica (Max Ernest Mayer). 2. La que los ubica en el ámbito de la culpabilidad (Goldschmidt) 3. La que admite que los elementos subjetivos contengan referencias vinculadas tanto con la antijuricidad como con la culpabilidad, dependiendo de los tipos en particular (eclecticismo).

Ahora bien, los elementos subjetivos fueron reconocidos paulatinamente en la medida que se provoca el resquebrajamiento del esquema objetivo-subjetivo del delito,

atribuyéndose a Fisher y Hegler, en 1911, la incursión primera de dichos elementos en el ámbito penal y, particularmente, dentro del delito, sin embargo, la concepción que sirve de base a la teoría finalista, surgió con los propios protagonistas de la evolución dogmática, es decir, con los autores finalistas empezando por el creador de la teoría, el autor germano Hans Welzer, seguido (y aun criticado o superado) por Maurach, Kaufman, Busch, Nise, Jeschek, Roxin, Jakobs.

Para los finalistas los elementos subjetivos son indispensables para la integración del tipo en su aspecto subjetivo que se compone fundamentalmente del dolo, junto al cual pueden concurrir a su vez, otras características subjetivas (elementos subjetivos del injusto) dependiendo de la estructura particular de cada tipo.

Por lo que ve la estructura del tipo penal (elementos) de conformidad con la concepción logico-matemática, es de señalarse la particular e interesante manera de descomponer la estructura o concepción tradicional del delito, de lo que resulta una perspectiva totalmente diversa conforme a la cual un hecho concreto y temporal, adecuado a un tipo legal (de manera exacta) solo es reprochable a su actor “ en función de una específica desvaloración determinada por el ejercicio de la libertad psicológica y los reductores de este ejercicio “.

De acuerdo con esta postura, la tipicidad constituye un presupuesto del delito, adecuado a un tipo a través de los antecedentes facticos, que se enlistan de la siguiente manera: 1. Deber jurídico penal típico 2. Bien jurídico típico 3. Sujeto activo típico: a) Voluntabilidad. b) Imputabilidad. c) Calidad de garante. d) Calidad específica. e) Pluralidad específica. 4. Sujeto pasivo típico: a) Calidad específica. b) Pluralidad específica. 5. Objeto material típico.

Conforme a la corriente de referencia, los presupuestos del delito, considerados en el plano de la realidad fáctica, se deben adecuar a los llamados subconjuntos del tipo legal,⁴³ de los cuales se recibe la denominación y determinación de contenido, de tal suerte que, si esa adecuación entre los presupuestos del delito y los llamados subconjuntos, no se satisface, se estará frente a un caso de atipicidad por ausencia de presupuesto típico: Esos subconjuntos, según se ha dicho, son los cinco siguientes: 1. Deber jurídico típico. 2. Bien jurídico típico. 3. Sujeto activo típico. 4. Sujeto pasivo típico. 5. Objeto material típico.

Voluntad dolosa o voluntad culposa. Actividad o inactividad. b) Resultado material, y, por tanto, nexo causal o nexo normativo. c) Modalidades: medios de comisión y/o

referencias temporales. 2. Lesión o puesta en peligro del bien jurídico, típicos. 3. Violaciones del deber jurídico penal, típico. 4. Culpabilidad.

Aunque el tipo culposo, al igual que el doloso, presenta un aspecto objetivo y otro subjetivo, la doctrina no acostumbra a dividir su estudio en tipo objetivo y subjetivo; las razones de ello son, de una parte, que los elementos descriptivos y normativos de los tipos imprudentes diferentes de los dolosos; y de otra, que la voluntad de realización de la conducta por parte del sujeto no se dirige a un resultado jurídico-penalmente relevantes.

Como en muchos otros países, en Colombia para que una conducta sea punible, además de la literalidad en la construcción del tipo, se requiere que sea ejercida en las modalidades que el congreso de la república de Colombia (2000). Ha tenido a bien estipular en el Código Penal:

“Artículo 21. Modalidades de la conducta punible. La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley”.

No se ha dejado entonces a interpretación del Juez el concepto de cada una de estas modalidades, sino que el Congreso ha si claro en precisar:

“Artículo 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.

“Artículo 23. Culpa. La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”.

“Artículo 24. La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente”.

Una vez reconocidos los elementos subjetivos del tipo, se ha impuesto en la doctrina contemporánea la separación entre tipo objetivo y tipo subjetivo. No obstante, como bien lo señala Roxin, “hay que tener claro que la acción típica constituye una unidad de factores internos y externos, que no se pueden romper; pero sí que se pueden tener

presentes sus momentos particulares (tanto objetivos como subjetivos) en sus peculiaridades”. Sandra Feannette Castro.

En el tipo subjetivo, se examinan las disposiciones “subjetivas” de quien emprendió una acción o de quien incurrió en la omisión de cumplir con un deber que le correspondía, creando o aumentando un riesgo jurídicamente desaprobado, a causa del cual lesionó o puso en peligro un bien jurídico.

2.11.2.1.3.1. El dolo

Atravesó diferentes teorías que fueron planteadas dentro del positivismo naturalista y el neokantismo, conocidos también como esquemas causalitas, que se caracterizaron no solo por ubicar el dolo en la culpabilidad, sino por concebirlo como *dolus malus*, esto es, que se exigía tanto el conocimiento y a voluntad de aspecto objetivo de la tipicidad como el de la antijuridicidad (conciencia de su prohibición).

Un precedente en la evolución del dolo fue una sentencia proferida en 1955 por el tribunal supremo de Alemania (BGH), en donde se resolvió “el caso de las correa de Cuero”, de ahí se reformuló el contenido del elemento volitivo del dolo y se señalaron pautas para la configuración del elemento cognoscitivo-intelectivo. Desde entonces, se han ido unificando las teorías doctrinales.

Sandra Feannette, sostiene que el elemento volitivo, cuya existencia ha sido discutida por una parte de la doctrina, consiste básicamente en que el sujeto “quiera”, “acepte” o se “decida” a realizar la conducta, de acción o de omisión, que con probabilidad traiga como consecuencia el acaecimiento de unos hechos constitutivos de infracción penal y que el elemento cognoscitivo implica el conocimiento por parte del sujeto de que con su conducta de igual manera activa u omisiva, probablemente incurrirá en hechos que constituyen una infracción penal. Tal conocimiento debe cobijar, no solo los elementos del tipo objetivo, sino su significación²². Estos elementos hacen referencia principalmente, a la calificación del sujeto activo, al sujeto pasivo, el objeto material, la conducta, los ingredientes subjetivos del tipo y las circunstancias tanto de agravación como de atenuación; además de los presupuestos de la imputación objetiva (creación de

²² “El supuesto de hecho típico del delito no se compone de hechos valorativamente indiferentes o acromáticos, sino de circunstancias de hecho que se agrupan en una determinada significación. El dolo requiere la comprensión de esta significación”. Cfr. Gunter Stratenwerth. *Derecho Penal. Parte General, I, el hecho punible*, trad. De la 2ª ed. Alemana (1976). Madrid, Edersa, 1982, P.95.

un riesgo jurídicamente desaprobado, exceso de límites de un riesgo permitido, relación causal y realización del riesgo).

Además plantea la autora que para establecer qué grado de conocimiento ha de tener el sujeto se debe acudir al que tendría un hombre promedio con su nivel socio-cultural; “valoración paralela en la esfera del lego o del profano”. Y en cuanto a la clase de conocimiento que se requiere, debe señalarse que debe ser efectivo y actual.

Recientemente se han expuesto algunas divergencias en la doctrina, Jakobs, Rolf D. Herzberg e Ingeborg Puppe, coinciden con eliminar el aspecto volitivo emocional del dolo. Jakobs deja la voluntad o el querer en la acción, y define el dolo como el conocimiento de la acción, ligado a sus consecuencias.

Herzberg sostiene que el riesgo creado y advertido por el sujeto de que con su conducta producirá un resultado típico, no puede depender solo de las representaciones del sujeto, sino también de la calidad objetiva del mismo.

Puppe, por su parte propone que no se deja en manos del sujeto la valoración de la situación objetiva de riesgo, sino que sea el derecho el que decida sobre la relevancia jurídica del peligro de realización del tipo, del cual es consciente el autor. En lo que coinciden estas últimas teorías es en exigir que el sujeto cuente con conocimientos sobre el riesgo creado.

2.11.2.1.3.1.1. Clases de dolo.

De acuerdo a la doctrina jurídica actual, existen tres clases de dolo: el dolo directo, el dolo indirecto y el dolo eventual,

El dolo directo, se caracteriza porque la realización de los hechos constitutivos de infracción penal es la meta de la conducta. El sujeto persigue directamente la acción u omisión típica (en los delitos de peligro), el resultado previsto en el tipo, o ambas cosas. Prevalece el elemento volitivo sobre el cognoscitivo, pues para que se estructure es indiferente que el sujeto se haya representado o no en el resultado típico; basta con que lo haya querido y haya ordenado su comportamiento de una forma tal que le permitiera obtenerlo.

El dolo indirecto, en este evento el sujeto está seguro o casi seguro que su conducta activa u omisiva traerá consigo unas consecuencias que están previstas como infracción penal, porque se presentan como inevitables; incluso le pueden parecer desagradables o puede

no desearlas, pero esta disposición anímica no es relevante, porque predomina el aspecto intelectual o cognoscitivo sobre el volitivo.

Stratenwerth lo ejemplifica, como el que coloca una bomba en el avión en el que viaja un político con el objeto de asesinarlo obra con dolo directo de homicidio también con respecto a los acompañantes de la víctima. Incluso cuando lamenta tales muertes, o se presente como posible que la bomba será descubierta antes de la explosión, o que fallará, la muerte de los acompañantes se le imputará a título de dolo indirecto, porque se conecta necesariamente con el atentado tenido en miras.

Y en el dolo eventual, el sujeto se representa como probable que con su conducta activa u omisiva se produzcan los hechos constitutivos de una infracción penal y, no obstante ello, no evita su acaecimiento. Para establecer si el autor se representó tal probabilidad debe analizarse tanto la creación o incremento del riesgo a que dio lugar la conducta como los conocimientos que tenía el autor *ex ante*.

MAURACH Y ZIPF dan un ejemplo que logra diferenciar las anteriores clases de dolo planteadas, respecto de acceso carnal con una persona menor de 14 años, que como ya lo hemos mencionado en esta investigación, de acuerdo al ordenamiento legal colombiano, es una conducta constitutiva de delito (arts. 208 C.P. 2000 Y 303 C.P. 1980): si al autor le interesa precisamente consumar la relación sexual con una mujer tan joven, actúa con intención o dolo directo de primer grado. Si sabe positivamente que la mujer con la que consume dicha relación tiene trece años de edad, sin que sea la edad la que lo induzca, actúa con dolo indirecto. Si, en cambio, no sabe exactamente la edad de la doncella, pero calcula que según su apariencia exterior ella puede ser menor de catorce años, entonces tiene por seriamente posible la realización típica y se contenta con ella: actúa entonces con dolo eventual.

Claramente la diferenciación que se hace entre las clases de dolo en el ejemplo anterior, no abarcan la existencia de aquellos casos en que el sujeto activo, desconozca la edad de la o el menor y pueda inferir razonablemente que su apariencia exterior es la de una persona mayor de 14 años.

Por lo tanto en presencia de un caso con estas circunstancias mencionadas, podría decirse que carece de uno de los elementos requerientes para que una conducta sea punible, el dolo.

2.11.2.1.3.2. La culpa.

Para el causalismo naturalista o positivismo la culpa era una forma de culpabilidad; ésta, a su vez, era concebida como una conexión psicológica del hecho objetivo con la cabeza de su autor (concepción psicológica de la culpabilidad). Sus críticos encontraron que, mientras en la culpa consciente había representación del resultado, esta se encontraba ausente en la culpa inconsciente; de allí que hayan propuesto excluirla del derecho penal, por falta de culpabilidad. Sandra Feannette.

Para superar la teoría psicológica, Exner y English contribuyeron a elaborar una teoría normativa de la culpabilidad. Exner justificó la punibilidad de la culpa en la ausencia del sentimiento de cuidado necesario para evitar que se dañaran las personas o los bienes, lo cual era una exigencia de la vida social.

El aspecto objetivo de los tipos culposos o imprudentes está conformado además de los elementos previstos en la descripción típica, por la infracción a un deber objetivo de cuidado y, según la mayoría de la doctrina, también por el resultado.

Continúa la autora planteando que respecto de la infracción del deber objetivo de cuidado, han de distinguirse dos momentos: el “objetivo- intelectual o cognoscitivo”

Y el “objetivo-conductual o fáctico”. En el primero, de acuerdo con el criterio de adecuación, se examina qué procesos era previsible ex ante y los cuidados que debían adoptar el sujeto para evitar el resultado, partiendo también de sus conocimientos especiales y de las circunstancias que rodean los hechos. Esta exigencia surge del deber que tienen las personas en el medio social de actuar en forma prudente, lo cual incluye el de advertir la presencia de un peligro en su gravedad aproximada.

El “momento objetivo-conductual o fáctico” conduce a examinar la teoría del riesgo permitido en el caso concreto. El sujeto debe valorar, dentro de las actividades peligrosas permitidas, qué conductas suyas pueden generar resultados que constituyen infracción penal, ante lo cual, bien puede desistir de ellas o, ajustarlas a las normas de cuidado que sean exigibles.

Como consecuencia de lo anterior, surgen los siguientes deberes objetivos de cuidado: el deber de omitir acciones peligrosas cuando le falta preparación técnica para cierta actividad que la requiere (impericia), por ejemplo, la conducta de vehículos automotores; el deber de preparación e información previa antes de emprender una acción peligrosa,

como, por ejemplo, en el caso de los médicos, practicar exámenes de laboratorio o de resistencia antes de una intervención quirúrgica; y el deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas, que impone la prudencia aún en ejecución de actividades dentro del riesgo permitido.

En el aspecto subjetivo de los tipos culposos o imprudentes deben analizarse los siguientes tres aspectos: el volitivo, para establecer que el sujeto iba a realizar una conducta final que no estaba dirigida a ocasionar hechos constitutivos de infracción penal; el intelectual o cognoscitivo, para concretar la objetiva “previsibilidad, representación o reconocibilidad” por parte del sujeto de que, a partir de su infracción del deber objetivo de cuidado, se podría generar un resultado jurídico-penalmente relevante; en este ítem deben ser considerados no solo los elementos correspondientes al aspecto objetivo del tipo imprudente, sino la capacidad física, cultural y psíquica del autor, ex ante, para reconocerlos; y, por último, la actitud del sujeto frente a ese resultado que se representó: si era de confianza en que no sucedería, o en que era lejana su posibilidad, habrá culpa con representación; en caso contrario, dolo eventual, como ya se analizó. El análisis de este último aspecto es irrelevante para la culpa inconsciente.

2.11.2.1.3.2.1. Clases de culpa.

De acuerdo a lo planteado por Sandra Feannette, existen 2 clases de culpa: la culpa consciente que consiste en que el sujeto representa la posibilidad del resultado constitutivo de infracción penal pero, por la infravaloración del grado del peligro, la sobrevaloración de sus propias fuerzas o la simple confianza en su buena suerte considera que aquel no se realizará.

Es decir, la culpa inconsciente se basa en aquella representación que el sujeto se puede hacer de la posibilidad del daño que se pudiere causar pero confía imprudentemente en poder evitarlo.

En la culpa inconsciente el sujeto al realizar su conducta, ni siquiera prevé la posibilidad del resultado; no advierte el peligro que un hombre prudente y diligente en su lugar hubiera percibido.

Y esta última se presenta sin representación por parte del sujeto, por lo que no logra medir.

La importancia de estos elementos radica en que deben estar presentes para que la conducta se adecue al tipo penal. Así, en el caso del hurto no basta con conocer y querer

apoderarse de una cosa que se sabe es ajena (dolo); es preciso que se realice con el “propósito de obtener provecho”. En caso de estar ausente este elemento subjetivo, la conducta no se adecuará a tal delito por atipicidad relativa.

2.11.2.1.3.3. La Preterintención

El resultado punible que sobrepasa la intención del autor denominase delito preterintencional. El diccionario jurídico de Cabanellas, define el delito preterintencional como aquel que resulta más grave que el propósito del autor, es decir, que el autor del delito obtiene un resultado que no esperaba y que sobrepasa a lo que él buscó o tenía como finalidad cuando cometió el delito.

Visto así, se habla entonces de delito preterintencional cuando la intención se ha dirigido a un determinado hecho, pero de su realización se obtiene uno mucho más grave que el que ha sido querido por el sujeto, esto es, cuando el hecho excede en sus consecuencias el fin que se propuso el agente. Se requiere así, para que se configure el delito preterintencional la acción u omisión voluntaria del sujeto, la intención dirigida a un determinado hecho dañoso, que por tanto es querido, y la realización efectiva de un hecho dañoso más grave, del querido, que excede a la voluntad del agente, y el cual debe derivar causalmente del comportamiento intencional del culpable; ese plus, es lo que caracteriza la preterintencionalidad.

La Corte Constitucional, (2001) en sentencia C-55, con ponencia del Magistrado Dr. ALVARO TAFUR GALVIS. Dijo:

El delito preterintencional tiene ocurrencia cuando el resultado, siendo también previsible, excede la intención del agente. De esta definición legal (art. 38) parecería que ninguna diferencia existe entre los delitos calificados por el resultado y los delitos preterintencionales; no obstante, la doctrina ha señalado que estas son características del delito preterintencional: a) El propósito de cometer un delito determinado; b) La producción de un resultado delictivo mayor que el pretendido por el agente; c) La existencia de un nexo de causalidad entre la conducta realizada por el agente y el resultado producido; d) La identidad del sujeto pasivo, que debe ser víctima tanto del delito pretendido, como del ilícito finalmente cometido y e) La calificación legal del hecho según el resultado.

2.12. Principio de Presunción de inocencia.

“Es preferible que se deje impune el delito de un culpable antes que condenar a un inocente²³”.

Domicio Ulpiano, S. III d.C.

La Asamblea Nacional Constituyente (1991) en su artículo 29, hace alusión a aquel derecho y principio clave del proceso penal (*in dubio pro reo*), a que es acreedor todo ciudadano, cuando adquiere la condición de sindicado para que se le garantice que si bien se intentará probar en un proceso judicial su participación o autoría dentro de la comisión de una conducta punible, este proceso se tramitará, mediante condiciones dignas que de ninguna manera deben poner en peligro la integridad y buen nombre del procesado.

Artículo 29. “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

²³ *En la Edad Media fue mencionado en la literatura jurídica con la expresión in dubio pro reo, y pocos siglos después se construyó el estándar “más allá de toda duda razonable” en el Old Bailey de Londres (finales del s. XVIII) como instrucción para jurados asentada en el estándar de la certeza moral² del Derecho canónico. Jordi Nieva Fenoll, (BARCELONA, ENERO 2016). La razón de ser de la presunción de inocencia, InDret, REVISTA PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO. Resumen histórico del principio.*

El hecho de que está por probarse la participación o autoría de un sujeto, denota para la Fiscalía General de la Nación, quien funge como titular de la acción penal (ente acusador), la necesidad de aportar pruebas y argumentos que soporten la existencia de una sospecha inicial seria. Pruebas sin las cuales, quien actúe como Juez en su condición de control de garantías o en conocimiento, carecería de argumentos para decretar una medida de aseguramiento o en mayor grado un fallo de carácter condenatorio que obligue a un ciudadano a pagar una condena.

Plantea la misma autora que “La prueba en el proceso penal acusatorio está constituida por aquella actividad que han de desarrollar las partes acusadoras en colaboración con el Tribunal a objeto de desvirtuar el estado de no culpabilidad respecto del delito que se le atribuye o derecho a la presunción de inocencia, el cual es el punto de partida de toda consideración probatoria en un proceso penal que se inicia con la verdad provisional o interina de que el imputado es inocente”.

Ahora bien, si la clave de todo proceso radica en la prueba, en el proceso penal adquiere dimensiones más trascendentes, por cuanto los resultados del proceso van a recaer en derechos de especial importancia del imputado.

Los caracteres básicos de la prueba en el proceso penal acusatorio son los siguientes:

1.- Carga material de la prueba corresponde a la parte acusadora, 2.- Sólo tiene el carácter de prueba las practicadas en el juicio oral, bajo los principios de inmediación, contradicción, publicidad e igualdad, 3.- Las pruebas deben de haber sido obtenidas por medios lícitos, 4.- Las pruebas requieren de cierta entidad, no bastando las conjeturas o las meras sospechas, 5.- Existe libertad en los medios de prueba, 6.- Existe libre valoración de la prueba.

Este estado o derecho a la presunción de inocencia radica en el respeto a la dignidad personal del imputado, por lo que se le reconoce durante todo el proceso un estado jurídico de no culpabilidad respecto del delito que se le imputa, recogido en el artículo 4º del Código Procesal Penal que al efecto señala que “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por sentencia firme”. Dicha norma no hace sino recoger la garantía procesal de la carga acusatoria de la prueba (nulla accusatio sine probatione).

Por otra parte y en virtud de la igualdad de armas procesales, se garantiza al sindicado el derecho a ejercer su defensa, ya sea en nombre propio si es abogado titulado y no está impedido para ejercer, por contrato a un tercero para que le represente o por asignación de oficio de uno del ministerio público, el Congreso de la Republica, (2004) mediante ley 906, actual Código Penal Colombiano, ha dicho en su artículo 119. la defensa podrá designar abogado: i) desde el momento en que se adelanta la captura, ii) desde la formulación de la imputación, iii) desde la primera audiencia a la que fuere citado y, iv) desde la comunicación que la Fiscalía hace cuando se inicia una investigación penal. Además de lo anterior, el propio Código de Procedimiento Penal señala casos expresos en los que, antes de la imputación y sin que sea relevante la captura, se requiere de la presencia del defensor del indiciado en las diligencias preliminares que se adelantan ante el juez de control de garantías, so pena de anulación de la diligencia por violación del debido proceso.

La tarea fundamental del defensor, es velar por la protección de los derechos de su representado, este, más que entrar a probar la inocencia de su cliente, debe seguir fielmente cada una de las etapas del proceso con el objeto de alegar ante el Juez, cualquier vulneración o injusticia que se pudiere efectuar para con el sindicado

Piedad Vanegas, (2007). En su módulo “Las Audiencias Preliminares en el Sistema Penal Acusatorio” sostiene que: La actividad investigativa llevada a cabo por la fiscalía General de la Nación, en algunos casos, conlleva afectación a derechos fundamentales. Esta circunstancia implica acudir al juez de control de garantías para que controle, en audiencia preliminar, si las actividades del órgano investigador se ajustaron a los procedimientos establecidos en la Constitución Política Nacional y en la Ley 906 de 2004.

Continúa la autora, planteando que los actos de investigación según la limitación de derechos fundamentales, se pueden clasificar en dos tipos: Los que no limitan derechos fundamentales: como las entrevistas y declaración juramentada, reconocimiento fotográfico en fila de personas, interrogatorio al indiciado y clausulas generales; por otro lado, están los que limitan derechos fundamentales, que son: los allanamientos registros, las intervenciones corporales, búsquedas selectivas en bases de datos, las interceptaciones telefónicas y de comunicaciones y las vigilancias y seguimientos.

Cuando un ciudadano pasa de ser un sindicado a un sentenciado de carácter condenatorio, adquiere una condición que autoriza al juez para que este suspenda de manera provisión o definitiva algunos derechos, por lo tanto alguna practica de pruebas que pudieren realizarse en esta condición, serían plenamente legitimadas, pero anterior a el establecimiento de la responsabilidad o culpa de un sindicado, se estaría actuando en contra del ordenamiento constitucional y legal establecido

Considérese entonces que puede entenderse por el principio de la presunción de inocencia, como lo plantea Nieva Fenoll, Jordi, (2016).

“La presunción de inocencia es un principio informador de todo el proceso penal que intenta alejar principalmente a los jueces del atávico prejuicio social de culpabilidad. Ese prejuicio social está muy extendido por razones socio-culturales sobre todo, aunque también psicológicas en orden a la evitación de un daño propio. En todo caso, se trata de un condicionante que marca una tendencia en favor de las sentencias de condena que trata de evitarse con el citado principio. Históricamente ha intentado ser calificada como una regla de carga de la prueba, y más recientemente como un estándar de prueba. Lo primero es imposible por esenciales razones de técnica jurídica, que descartan esta tradicional conclusión. Y lo segundo está todavía pendiente de confirmación en la doctrina, que todavía no ha conseguido dibujar con precisión dicho teórico estándar”.

CAPITULO III

3. ACTO SEXUAL ABUSIVO EN PAMPLONA

3.1. Diseño metodológico

En la presente, se empleó un sistema de investigación mixto, debido a la utilización de mecanismos que nos permitieran obtener una información representativa de manera cuantitativa y así mismo una información característica de la población sobre la cual se desarrolló el trabajo de campo, es decir un sistema cualitativo. Lo anterior, debido a que se consideró la necesidad de recopilar datos sobre la concepción que tiene la comunidad pamplonesa, referente al delito de acto sexual abusivo y así mismo de las diferentes partes que interfieren dentro del desarrollo del proceso penal acusatorio.

Con la aplicación de los mecanismos de obtención de información, para este caso, se pretende determinar los criterios de valoración probatoria de la edad, como ingrediente descriptivo del delito Acto sexual abusivo con menor de 14 años, en el municipio de Pamplona. Confrontando la normativa vigente con la realidad Para lo cual, se empleó un sistema investigativo de carácter mixto

Inicialmente, se identificaron los componentes del delito de Acto sexual abusivo con menor de 14 años, estos de manera dogmática, fueron desarrollados; dándonos una completa noción de todos aquellos factores o ingredientes fundamentales al momento de la construcción de un tipo, es decir una figura que pueda representar una conducta reprochable y sancionable en el ordenamiento jurídico-legal de la nación colombiana.

Si bien es cierto, la adecuación de una conducta a un tipo penal no es una actividad sencilla, que pueda abandonarse en manos de personas que no tengan una formación y dominio que el resto de los pobladores de un estado social de derecho, pero esta si, es una de las funciones legislativas, que han sido delegadas al congreso de la República de Colombia.

En este estudio, se evidenció la necesidad de realizar más allá de un análisis dogmático, también uno psicológico y jurisprudencial que nos pudiese direccionar a la obtención de nuestro objeto. Por lo que se optó por realizar una trabajo de campo dentro en los diferentes sectores o partes de las ramas del poder público, que pudiesen intervenir en el

la Litis de un proceso en donde se impute y acuse de la comisión de un delito de Acto sexual abusivo.

Teniendo estos aspectos en consideración, se decidió que la investigación, debería llevarse a cabo, contemplando un público por medio de dos herramientas de medición y obtención de datos: encuestas y entrevistas, las dos herramientas, fueron aplicadas de manera voluntaria, anónima y bajo estricta reserva. Las encuestas (ver en anexos) se desarrollaron en modelo único, teniendo en cuenta que estaban dirigidas a una población con características similares; los estudiantes de los grados 10 y 11 de diferentes instituciones educativas del municipio de Pamplona, entre ellas, algunas de carácter público y otros de carácter privado.

El cuestionario que se diseñó para esta investigación, está estructurado en total de diez preguntas, a fin de que sea un documento sencillo de resolver y que no quite demasiado tiempo a los estudiantes, evitando así que ellos se reusaran, al encontrarse frente a un documento largo y tedioso.

A los encuestados no se le brindó ningún tipo de charla que pudiese dotarles de información, referente al tema, solo se les motivó al llenado con el propósito de establecer cuantitativamente el dominio del tema por parte de los estudiantes en los grados anteriormente mencionados.

La hoja, se encuentra debidamente membretada con el marco y los logos de la universidad de Pamplona, en primer término, se hace una breve explicación de la utilidad y objeto de la misma, posteriormente se solicita que el encuestado, llene una

serie de datos generales (tales como nombre del Colegio, grado cursando y edad) que servirá de datos de clasificación para la investigación.

Las preguntas empleadas en el cuestionario son bastantes sencillas y contienen opciones de respuestas además se tuvo minucioso cuidado al elaborar cada una de ellas, partiendo de que la gran mayoría de los encuestados serían menores de edad y debíamos evitar o reducir cualquier probabilidad que pudiese representar un riesgo para con la integridad de los menores.

3.2. Encuesta Estudiantil

Análisis de Encuesta

La encuesta estudiantil, tuvo como objetivo, determinar el grado de conocimiento y la percepción de los estudiantes de las Instituciones educativas del Municipio de Pamplona, en los grados 10 y 11 al respecto del delito de acto sexual, se aplicaron en total 200 encuestas. La aplicación del cuestionario, se llevó a cabo en las instalaciones de Instituciones educativas, tales como: Seminario Menor Santo Tomas de Aquino, Águeda Gallardo de Villamizar, Y Luis Carlos Sarmiento y en el momento en que se nos fue concedido el permiso, por parte de la Rectoría de la institución (horario de jornada académica).

3.2.1. TABULACIÓN Y PRESENTACIÓN DE RESULTADOS DE LA ENCUESTA

1. ¿Qué cantidad de la población representa de acuerdo al colegio y sector en que estudia?

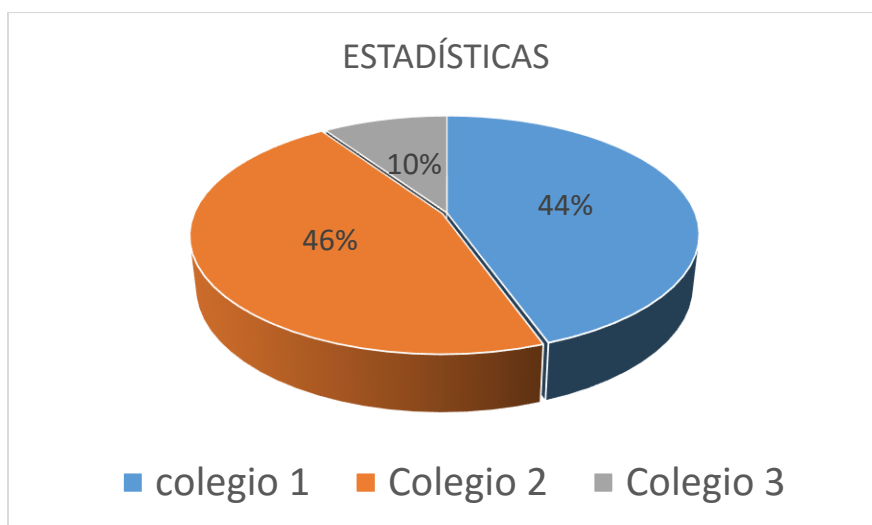
Tabla N°1
POBLACIÓN

COLEGIOS	No.	ESTUDIANTES	SECTOR
SEMINARIO MENOR SANTO TOMAS DE AQUINO.	1	89	Privado
LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO	2	92	Público

ÁGUEDA GALLARDO DE VILLAMIZAR	3	19	Público
-------------------------------	---	----	---------

Fuente: Lila Isabel Cortissoz Cortez-Septiembre 2017

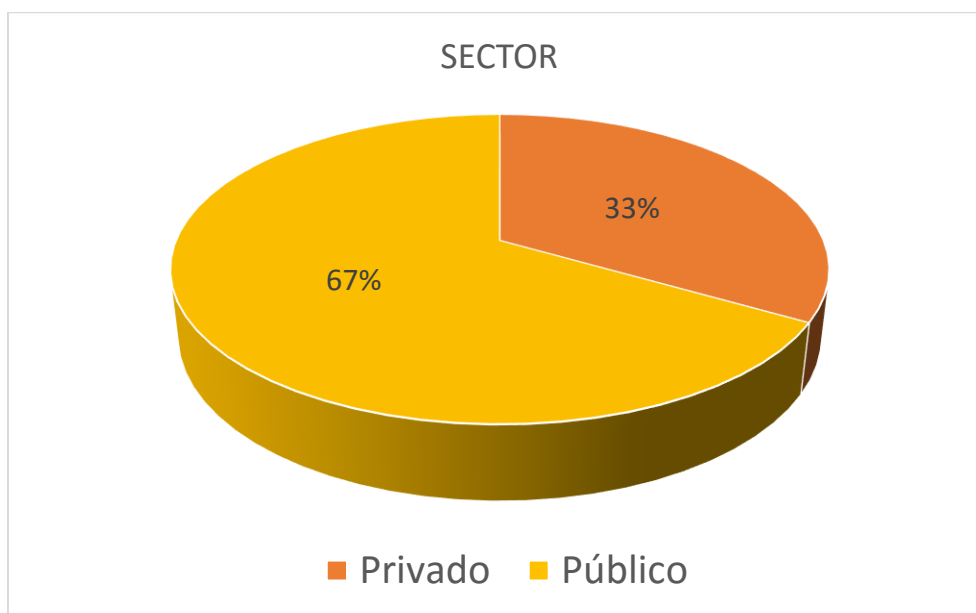
Gráfica N°1



Fuente: Lila Isabel Cortissoz Cortez- Septiembre 2017

De la población total encuestada en las diferentes Instituciones de los sectores público y privado del Municipio de Pamplona, Norte de Santander, se pudo establecer que el Colegio 1. Representa el 44% de la población encuestada; el Colegio 2. El 46 % y el Colegio 3. Corresponde al 10%.

Gráfica N°1.1



Fuente: Lila Isabel Cortissoz Cortez- Septiembre 2017

De los 3 Colegios que fueron objeto de estudio, mediante encuesta, 1 pertenece al sector Privado, representando el 33% de la población encuestada; y 2 pertenecen al sector Público, representado el 67 % del segmento de la población encuestada.

2. ¿En qué porcentaje se ubica, de acuerdo a la edad?

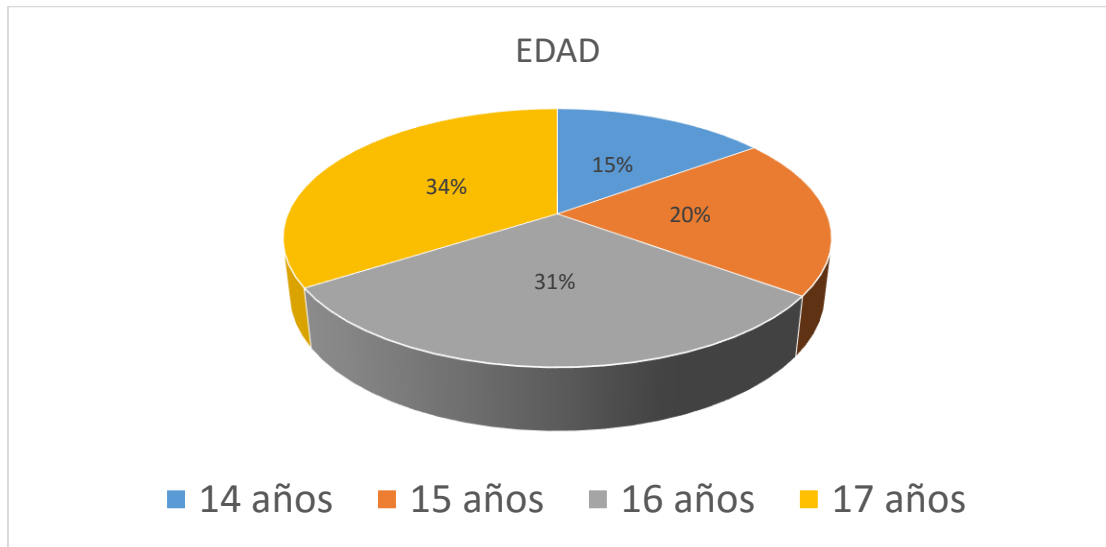
Tabla. N°2

EDAD.

RESPUESTAS	PORCENTAJE	FRECUENCIA
14 años	15%	30
15 años	20%	40
16 años	31%	62
17 años	34%	68

Fuente: Lila Isabel Cortissoz Cortez- Septiembre 2017

Gráfica N°2



Fuente: Lila Isabel Cortissoz Cortez- Septiembre 2017

La muestra evidencia que la totalidad de la población encuestada es menor de edad, atendiendo a que un 15% tiene 14 años de edad; un 20% tiene 15 años de edad; un 31% tiene 16 años de edad, y un 34% tiene 17 años.

3. ¿Sabe usted qué es una relación sexual?

Tabla N°3

CONOCIMIENTO

RESPUESTA	PORCENTAJE	FRECUENCIA
SI	99%	198
NO	1%	2

Fuente: Lila Isabel Cortissoz Cortez- Septiembre 2017

Grafica N°3



Fuente: Lila Isabel Cortissoz Cortez- Septiembre 2017

Se observa que, el 99%, es decir 198 estudiantes, manifiestan saber qué es una relación sexual, y el 1%, 2 personas, marcaron la respuesta no, es decir no saben qué es una relación sexual.

4. ¿Ha iniciado su vida sexual?

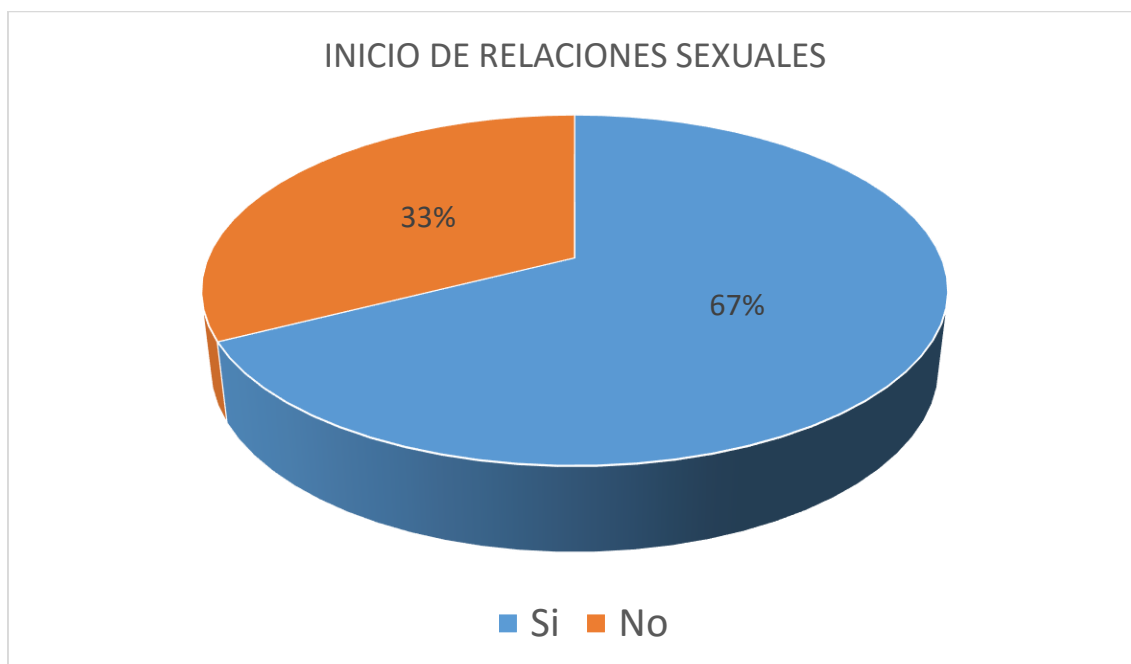
Tabla N°4

INICIO RELACIONES SEXUALES

RESPUESTA	PORCENTAJE	FRECUENCIA
SI	33%	135
NO	67%	65

Fuente: Lila Isabel Cortissoz Cortez- Septiembre 2017

Gráfica N°4



Fuente: Lila Isabel Cortissoz Cortez- Septiembre 2017

Se evidencia de los resultados de las encuestas que el 67% de los estudiantes encuestados manifestaron haber iniciado su vida sexual, es decir 135 estudiantes y el 33% manifestaron no haber iniciado la vida sexual, es decir 65 estudiantes. De lo cual se puede deducir que la cifra de estudiantes que dijeron haber iniciado su vida sexual a temprana edad es bastante significativa de acuerdo a la totalidad de la población encuestada.

5. ¿A qué edad inició su vida sexual?

Tabla N°5

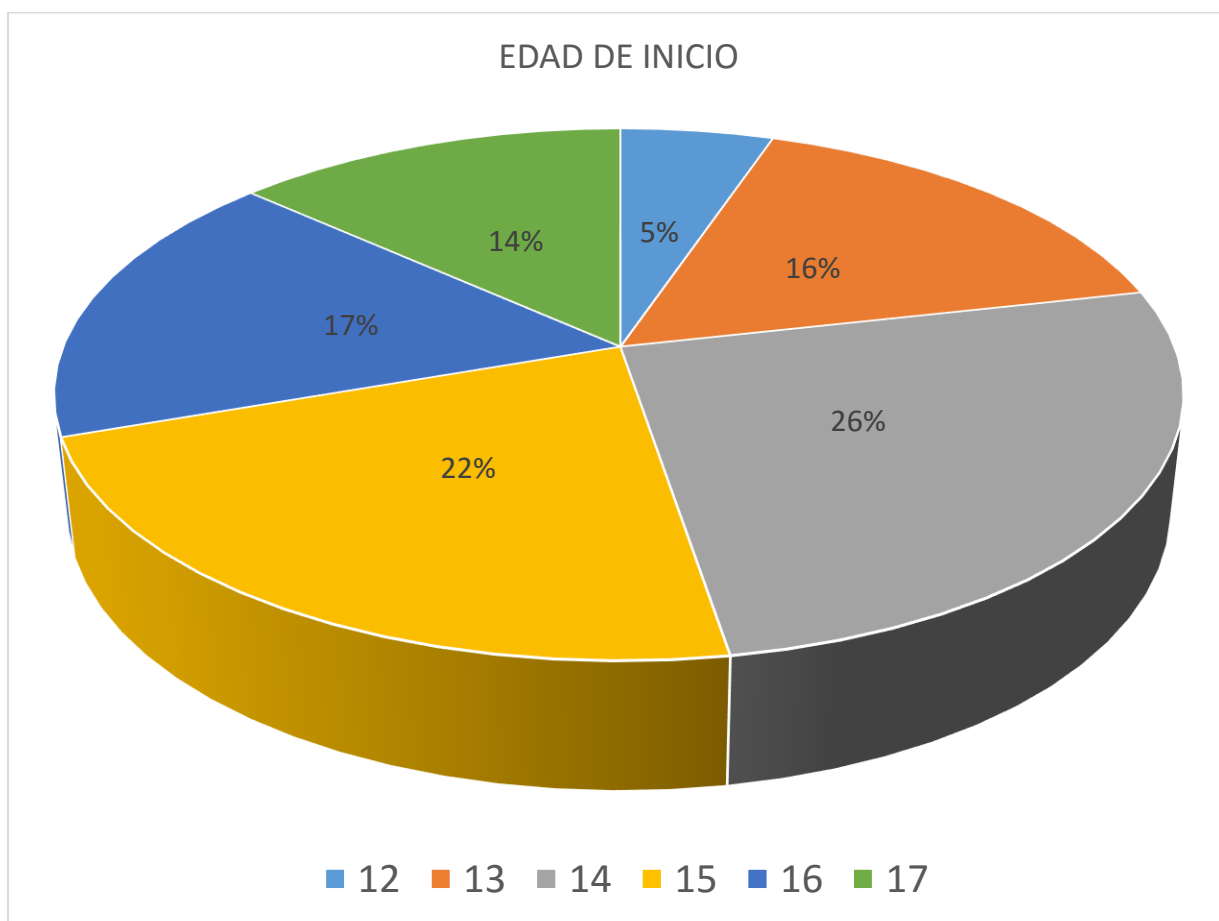
EDAD INICIO

RESPUESTA	PORCENTAJE	FRECUENCIA
12 años	5%	7

13 años	16%	22
14 años	26%	35
15 años	22%	30
16 años	17%	23
17 años	14%	18

Fuente: Lila Isabel Cortissoz Cortez- Septiembre 2017

Gráfica N°5



Fuente: Lila Isabel Cortissoz Cortez- Septiembre 2017

De 135 estudiantes que manifestaron haber iniciado la vida sexual, el 5% la inició a los 12 años; el 16% a los 13 años; el 26% a los 14 años; el 22% a los 15 años; el 17 % a los 16 años, y el 14 % a los 17 años. Es decir, que un 21% inició su vida sexual antes de la edad prevista por la ley que otorga la capacidad de ejercicio de los derechos sexuales.

6. ¿Su primera experiencia sexual fue por voluntad propia?

Tabla N°6

VOLUNTAD EN LA EXPERIENCIA

RESPUESTA	PORCENTAJE	FRECUENCIA
SI	99%	134
NO	1%	1

Fuente: Lila Isabel Cortissoz Cortez- Septiembre 2017

Gráfica N°6



Fuente: Lila Isabel Cortissoz Cortez- Septiembre 2017

De los 135 estudiantes que manifestaron haber iniciado su vida sexual, el 99% dijo haber tenido su primera experiencia sexual por voluntad propia y el 1% manifiesta que su primera experiencia sexual, fue sin mediar su voluntad.

7. ¿Siente que alguien le coaccionó para tener su primera experiencia sexual?

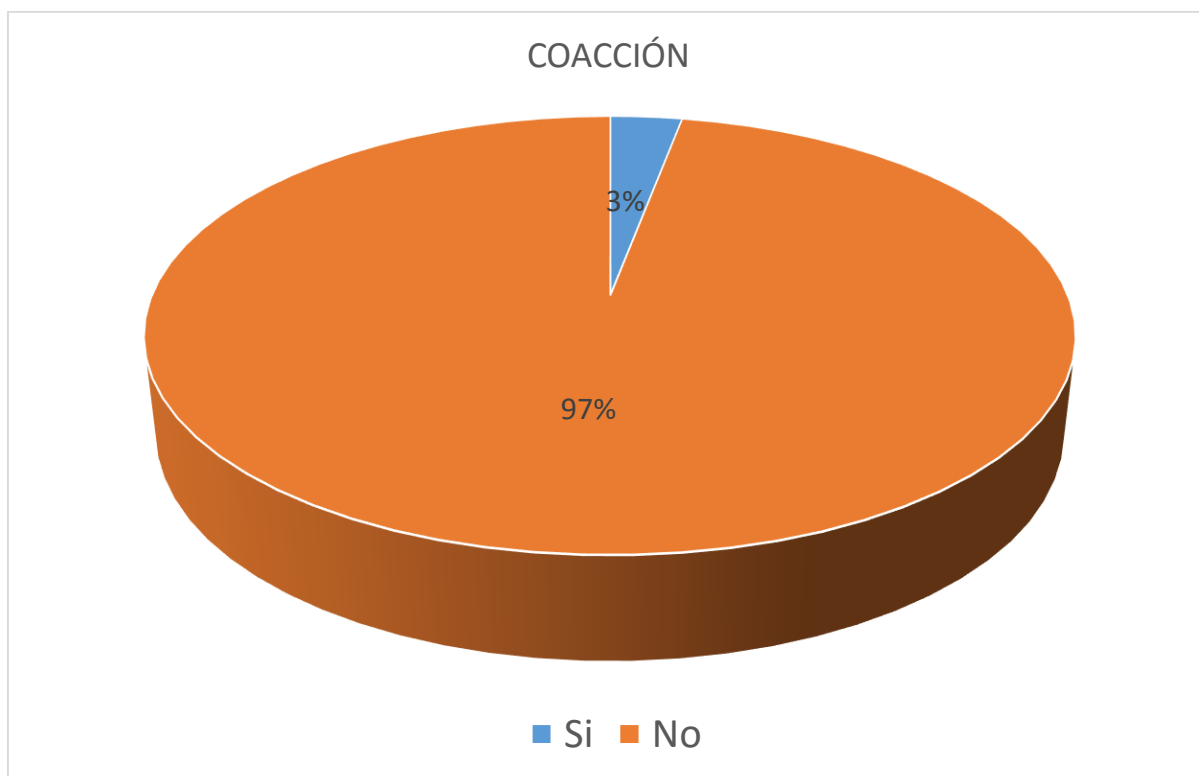
Tabla N°7

COACCIÓN

RESPUESTA	PORCENTAJE	FRECUENCIA
SI	3%	4
NO	97%	131

Fuente: Lila Isabel Cortissoz Cortez- Septiembre 2017

Gráfica N°7



Fuente: Lila Isabel Cortissoz Cortez- Septiembre 2017

De la totalidad de la población que manifestó haber iniciado su vida sexual, el 3% manifiesta que siente haber sido coaccionado por alguien para hacerlo, y el 97% manifiestan que lo hicieron libre de cualquier de coacción,

8. ¿Sabe qué es un abuso sexual?

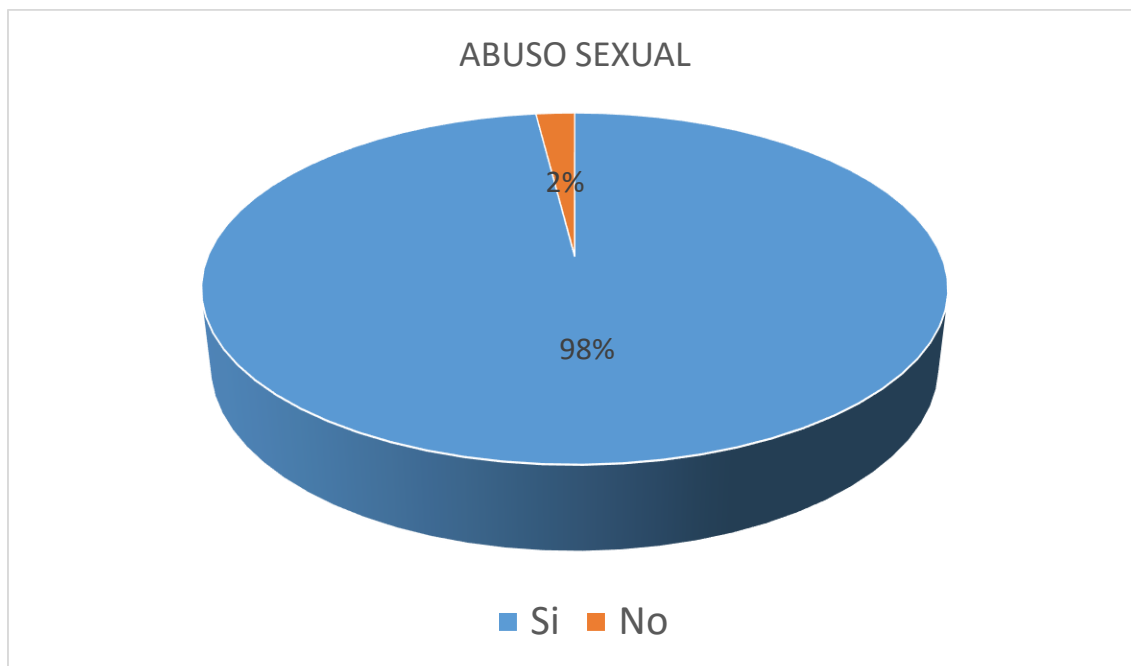
Tabla N°8

ABUSO SEXUAL

RESPUESTA	PORCENTAJE	FRECUENCIA
SI	98%	196
NO	2%	4

Fuente: Lila Isabel Cortissoz Cortez- Septiembre 2017

Gráfica N°8



Fuente: Lila Isabel Cortissoz Cortez- Septiembre 2017

De la totalidad de la población encuestada, el 98% es decir 196 estudiantes, manifestó saber qué es un abuso sexual y el 2% manifestó no saber qué es.

9. ¿Crees que el abuso sexual corresponde a, el acto mediante el cual, una persona irrumpe en la intimidad de un menor de 14 años, aun cuando el menor lo consienta?

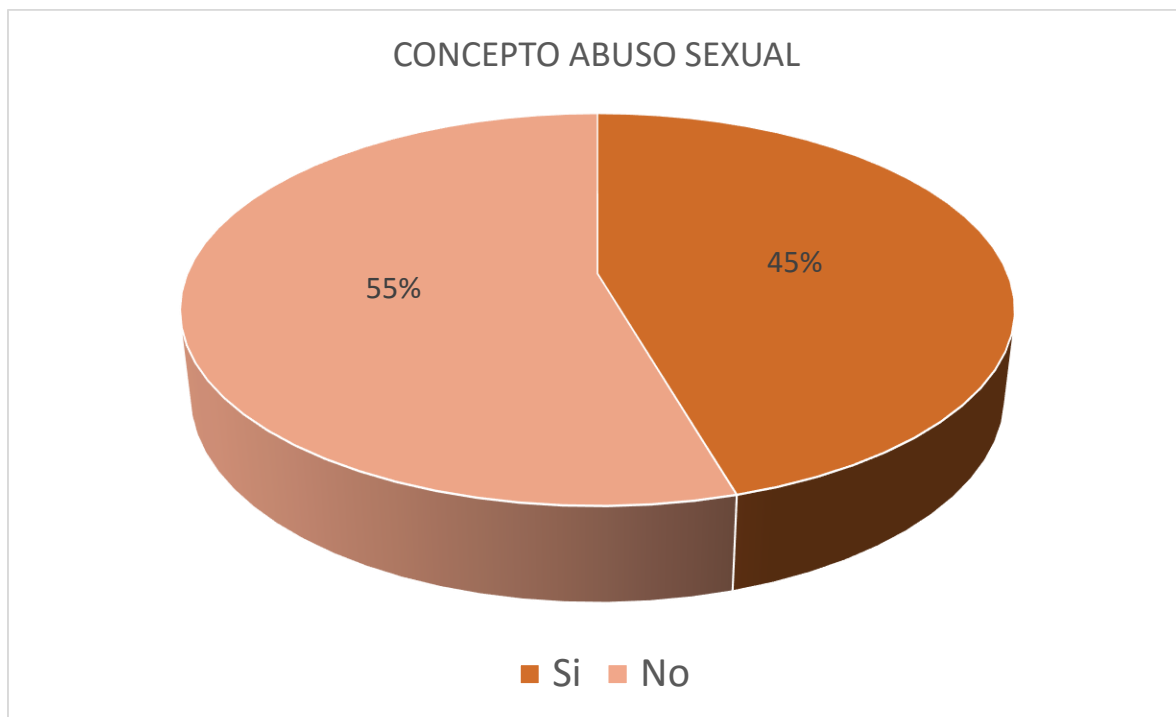
Tabla N°9

CONCEPTO ABUSO SEXUAL

RESPUESTA	PORCENTAJE	FRECUENCIA
SI	45%	91
NO	55%	109

Fuente: Lila Isabel Cortissoz Cortez- Septiembre 2017

Gráfica N°9



Fuente: Lila Isabel Cortissoz Cortez- Septiembre 2017

De los 200 estudiantes encuestados, el 41% consideran que el concepto dado si se adecua a lo que es un abuso sexual y el 55% considera que el concepto es erróneo, en cuanto al mismo tipo. Es decir que de los 196 estudiantes (98%) que en la respuesta de la pregunta anterior manifestaron saber que es un abuso sexual, podemos inferir que un 57% de ellos tienen un concepto erróneo, ya que el concepto dado en la presente pregunta si corresponde al delito enunciado.

10. ¿Cree que si accede por consentimiento propio a tener relaciones sexuales con un mayor, este estaría abusando de usted?

Tabla N°10

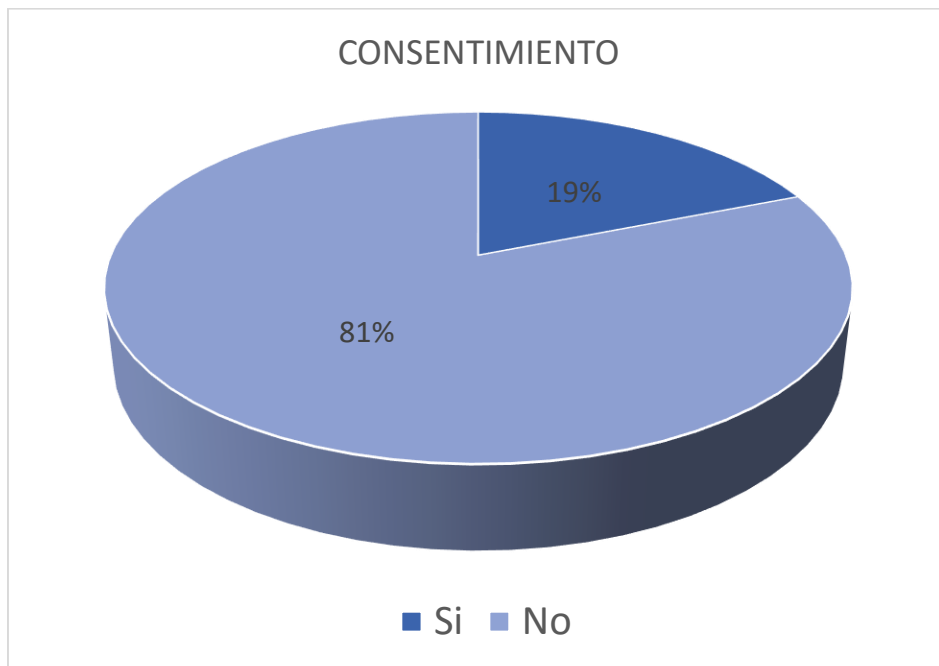
CONSENTIMIENTO

RESPUESTA	PORCENTAJE	FRECUENCIA
SI	19%	38

NO	81%	162
----	-----	-----

Fuente: Lila Isabel Cortissoz Cortez- Septiembre 2017

Gráfica N°10



Fuente: Lila Isabel Cortissoz Cortez- Septiembre 2017

Se evidencia que el 19% considera que se encuentra frente a una conducta de abuso sexual si siendo menor de 14 años accede a tener una relación sexual con un mayor. Y el 81% considera que de acuerdo al planteamiento, no se puede considerar como abuso sexual.

11. ¿Cree que el inicio de La vida sexual a temprana edad, puede dejar secuelas psicológicas en los menores?

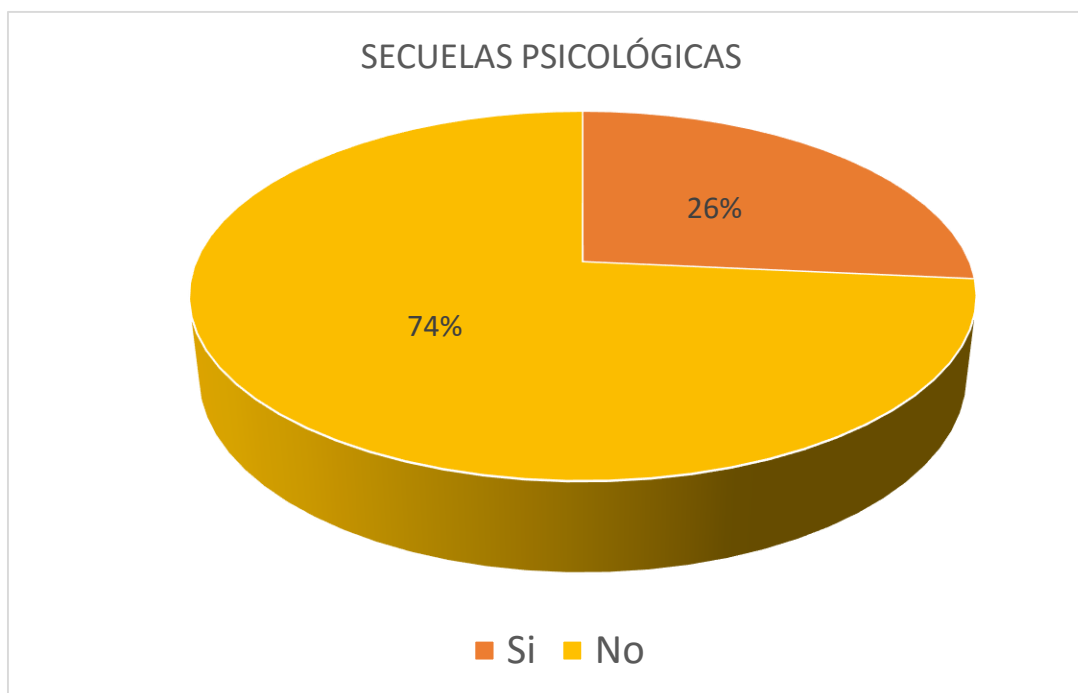
Tabla N°11

SECUELAS PSICOLÓGICAS

RESPUESTA	PORCENTAJE	FRECUENCIA
SI	26%	53
NO	74%	147

Fuente: Lila Isabel Cortissoz Cortez- Septiembre 2017

GráficaN°11



Fuente: Lila Isabel Cortissoz Cortez- Septiembre 2017

De los 200 estudiantes encuestados, 53 manifestaron que creen que el inicio de la vida sexual a temprana edad, podría dejar secuelas psicológica en los menores,

representando esta parte de la población, un 26%, y 147 estudiantes, es decir el 74% manifestaron que no creen que el inicio de una vida sexual a temprana edad, pueda ocasionar secuelas psicológicas en los menores. De lo cual puede inferirse que aun cuando la totalidad de la población que considera que es posible la existencia de secuelas psicológicas perteneciere al porcentaje que manifestó haber iniciado su vida sexual, es una cifra minoritaria de acuerdo al número total de encuestados.

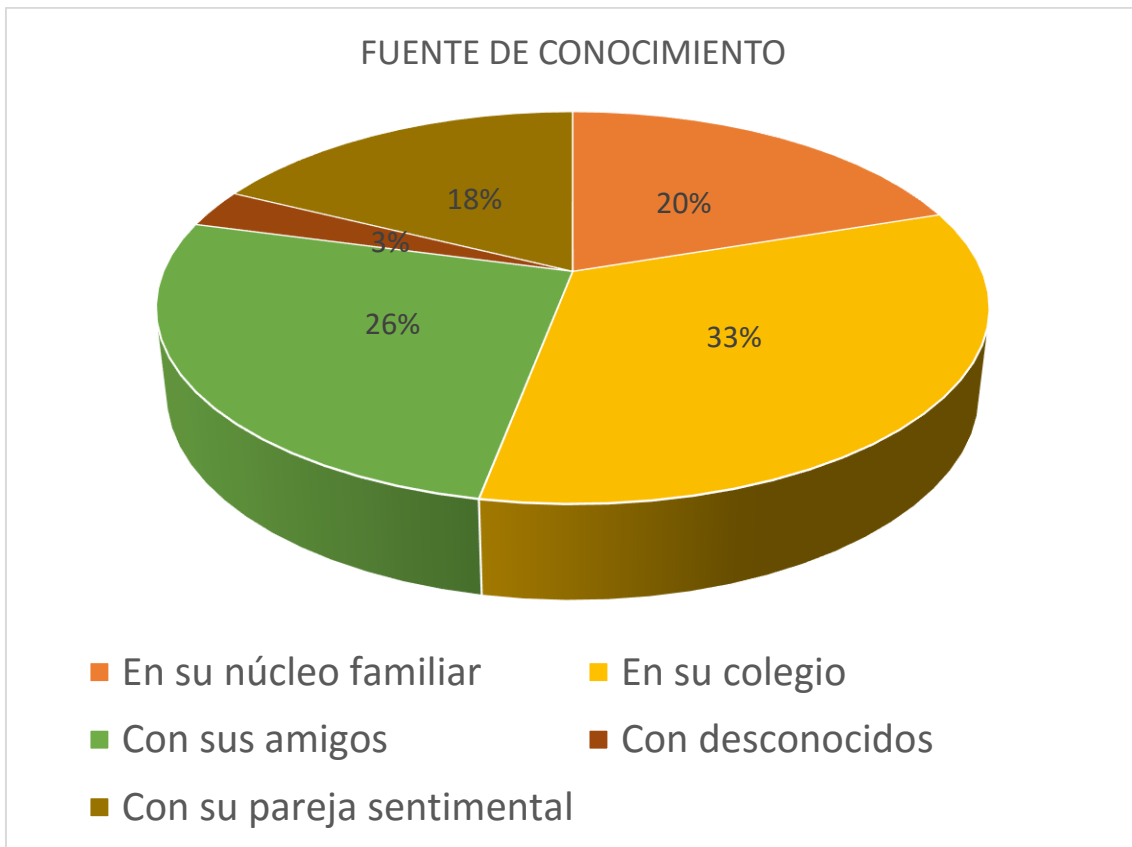
12. ¿Lo que sabe de las relaciones sexuales, lo aprendió?

Tabla N°12

FUENTE DE CONOCIMIENTO

RESPUESTA	PORCENTAJE	FRECUENCIA
EN SU NÚCLEO FAMILIAR	20%	63
EN SU COLEGIO	33%	105
CON SUS AMIGOS	26%	83
CON DESCONOCIDOS	3%	10
CON SU PAREJA SENTIMENTAL	18%	56

Gráfica N°12



Los estudiantes en esta pregunta, tenía la opción de marcar cualquiera de las repuestas correctas y en caso de ser varias las fuentes de conocimiento, podían elegir varias respuestas, por lo que se alteró un poco la frecuencia, es decir 63 estudiantes marcaron el núcleo familiar como fuente de conocimiento, 105 estudiantes marcaron su colegio como fuente de conocimiento, 83 estudiantes marcaron la opción amigos, como fuente, solo 10 estudiantes manifestaron que lo que saben sobre las relaciones sexuales, provino de personas desconocidas a ellos y 56 estudiantes manifestaron que su conocimiento sobre el tema, fue aprendido con sus parejas sentimentales.

CONCLUSIONES

Con base al análisis e interpretación de los datos obtenidos en la encuesta estudiantil realizada, se obtuvieron las siguientes conclusiones:

De la encuesta hicieron parte Colegios que integran, tanto el sector público, como el privado, lo que genera una equivalencia y mayor fiabilidad de la fuente de las deducciones o conclusiones que se pudieren sacar para con el sustento de la tesis planteada en la presente investigación.

Que la totalidad de la población encuestada es menor de edad, es decir de acuerdo al tema planteado (acto sexual abusivo con menor de 14 años) gran parte de la población del trabajo de campo es de alguna manera la interesada en cuanto a la limitación del ejercicio de Derechos sexuales, no se abordó a la población menor de 14, quienes serían los directamente implicados, debido a las respuestas negativas de las solicitudes dirigidas a

las instituciones educativas, sustentando que al encuestar a un menor de 14 años en temas sexuales, se puede incurrir en una falta que ocasionare algún tipo de consecuencia negativa en los menores.

En cuanto a la percepción del conocimiento, se puede concluir que el mayor porcentaje de la población encuestada, tiene dominio y conocimiento, referente a las relaciones sexuales, ya que un significativo porcentaje de la misma, manifestó haber tenido una experiencia sexual.

Que dentro de la población encuestada, al menos un 21% inició su vida sexual, antes de la edad legal establecida para el ejercicio de los derechos sexuales.

Que se encontró un caso en que un estudiante manifestó que el inicio de su vida sexual, fue sin consentimiento de él, por lo que es posible que el menor haya sido víctima de violencia sexual y que al menos un 3% de la población encuestada, considera que fue coaccionado a iniciar su vida sexual.

Que se evidencia un error en un número significativo de los estudiantes, referente al conocimiento de la estructura del tipo de acto sexual abusivo con menor de 14 años

Con relación a los menores que deciden iniciar su vida sexual a temprana edad, un alto índice de estudiantes de los muestreados, consideran que esta decisión y por consecuente este actuar, no es un factor generador de secuelas psicológicas que pudieren afectar el buen desarrollo del menor.

Y por último, que son diversas las fuentes de conocimiento en temas sexuales que han tenido estos menores, que la opción menos aceptada por ellos es la del aporte de conocimiento por parte de personas desconocidas. Y que la mayor marcada, fue la que plantea a las instituciones educativas como fuente de conocimiento.

De acuerdo a los resultados de las entrevistas

En cuanto a las entrevistas 3 y 4, se evidencia que en el sector de defensoría pública, existen grandes diferencias con respectos a la percepción y posición que pudieren desarrollarse hacia el tipo de acto sexual abusivo en concreto, Se denota una inconformidad en el entrevistado N° 3, referente a la validez de testimonio de las víctimas en cuanto a que si bien es cierto, el testimonio es la prueba primordial en estos procesos,

también es cierto que existen muchos casos en que los menores víctimas de abusos sexuales, pueden errar en sus testimonios, ya sea por una falta en la huella de la memoria o porque los menores hayan sido manipulados por un mayor, considera el defensor que el hecho de que se les sea negado el derecho a controvertir esas pruebas testimoniales es una de las falencias de este proceso y que por lo general los jueces se ciñen bajo los parámetros establecidos de manera taxativa por las altas Cortes por temor a apartarse de la línea de precedente, ignorando por completo la posibilidad de que los legisladores también se equivocan y que el valorar de manera conjunta el testimonio, la edad y otros elementos, podrían abrir paso a un precedente conforme a derecho que pudiere contribuir a una nueva jurisprudencia, lo que en el pensar del entrevistado N° 3 es un error que limita el actuar del Juez, considerando que de no ser así podrían ser más altos los índices de certeza que motivaran un fallo en este sentido; concluye el entrevistado manifestando la necesidad que evidencia en que cada caso en específico sea estudiado de manera particular, de acuerdo a las razones de hecho que dieron paso a su ocurrencia, por lo que considera no es suficiente el ingrediente descriptivo de la edad para que se configure la conducta como delito.

Por su parte el entrevistado N°4 si bien comparte posición con el entrevistado N°3 respecto a la importancia del testimonio en este proceso, él considera que el Juez debe limitarse y ceñirse a los parámetros establecidos por sus superiores evitando a toda costa la existencia de errores dentro del proceso, considera además que el ingrediente de la edad es fundamental y suficiente para la configuración del delito en cuestión, por lo que hay completa conformidad con los parámetros hoy día establecidos por las altas Cortes.

La posición del entrevistado N°3 es compartida por el entrevistado N°2, quien considera que existen muchas críticas a los tipos penales y que en particular ese límite objetivo de los 14 años sin lugar a variación en el tipo de acto sexual abusivo es arbitrario, hace alusión a la época actual en que vivimos y a la capacidad con que cuentan hoy día los menores.

Vale resaltar que en el Municipio de Pamplona, de acuerdo a lo manifestado por el Juez penal del circuito con funciones de conocimiento, no se ha dado agotado todo el trámite de los procesos fallados durante los años 2015 y 2016 debido a la aceptación de cargos por parte del procesado, razón por la cual no se ha aplicado ninguno de los protocolos de valoración probatoria aceptados por las altas Cortes nacionales.

ANEXOS

GLOSARIO

Abuso Sexual

Se denomina abuso al acto de violencia que se perpetra contra una persona en desventaja emocional, física y o laboral. Podemos decir que hay abuso sexual cuando sin el consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, una persona ejecute en otra un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, con o sin el uso de la violencia física o moral. En algunos casos se habla de abuso sexual para referir a la relación sexual, exhibicionismo, manipulación de genitales, impuesta por un adulto a un menor. El abuso sexual está tipificado en la ley mexicana y se puede levantar una denuncia contra el agresor.

Acto sexual

El acto sexual es la actividad que lleva a cabo la pareja con el fin de expresar emociones, demostrar amor y dar y recibir placer; es una forma de comunicación amorosa

Sexo

Se refiere a los genitales y al aparato reproductor que define y diferencia a la mujer y al hombre.

Sexualidad

Aspecto central del ser humano a lo largo de su vida y abarca el sexo, las identidades de género y los roles sexuales, la orientación sexual, el erotismo, el placer, la intimidad y la reproducción (Organización Mundial de la Salud, 2002).

Virginidad

Es una situación social que se representa en la pretendida posesión del himen. Es un valor simbólico que se requiere físicamente de las mujeres e implica en algunas culturas ritos dolorosos. Aunque el saber común señala que la virginidad puede ser comprobada, los estudios médicos afirman la relatividad de esta afirmación.

Violación

Al que por medio de violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, por medio de la penetración vaginal, oral o anal.

Entrevista N° 1.

Muy buenas tardes, me encuentro con el Juez penal del circuito, del Municipio de Pamplona con funciones de conocimiento,

1. ¿Doctor cómo se encuentra?

Bien aquí trabajando

2. ¿Su nombre es?

Miguel Ángel Leal Gonzales

Bueno Doctor, le comento, primero agradezco su espacio y su atención para colaborarme en esto.

Esta entrevista tiene como objeto, servir de sustento para el trabajo de investigación denominado “Criterios de valoración probatoria de la edad como ingrediente

descriptivo del delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años, en el municipio del 2015 y 2016, trabajo que actualmente me encuentro adelantando.

- 3. Doctor, en los años del 2015 y 2016 ha conocido usted en este despacho de algún proceso de acto sexual abusivo con menor de 14 años?**

Si, muchos por ahí unos 20

- 4. Cuántos de esos procesos se han fallado?**

Pues el dato preciso no lo tengo, pero en ese lapso de tiempo 2015, 2016, por aceptación de cargos, por juicio muy pocos pero yo le pondría un número aproximado de 6-8 procesos

- 5. Doctor más o menos cuanto procesos se encuentran actualmente tramitándose en este despacho por el delito de acto sexual abusivo?**

El dato exacto no lo tengo pero hay como unos 12

- 6. Cuales considera que son los criterios valorativos que deben establecerse al momento de dictar un fallo en un proceso de acto sexual abusivo?**

La valoración, pues parte del caudal probatorio que allí se recopile y principalmente parte de la denuncia por parte de los progenitores de las víctimas, cierto, y la valoración pues generalmente parte de ahí de esa denuncia que se cotejan con lo que la niña le cuenta a la autoridades, empezando por las comisarías de familia, por el médico que le hace el dictamen sexológico, por el psicólogo que le hace la valoración psicológica, vale mucho la apreciación de esto que la niña le cuenta a estos profesionales, entonces uno mira si... si el dicho de la madre o del progenitor o del denunciante, concuerda con lo que la niña después de le dice a las autoridades, cierto, generalmente en estos delitos no hay testigos presenciales y las niñas hablan por tiempo después de sucedidos los hechos, entonces no se puede allí determinar exactamente ni los momentos precisos, ni las fechas precisas en que suceden esos actos sexuales, ni cuantas veces, porque generalmente las niñas no denuncian, sino pasado el tiempo ya cuando les ha pasado el miedo.

7. Considera usted que los criterios de valoración se basan en muchos factores como de una conjugación de todos los acontecimientos?

Sí, es prueba testimonial, que si no hay pues testigos presenciales, la Corte pues si le da mucho valor a lo que la niña le dice a los profesionales que la tratan como le dije que esto coincida, sea coherente ese relato con lo que le cuenta a la mamá, con ese indicio de oportunidad, porque generalmente el agresor es parte de ese núcleo familiar, o es el padrastro, o es el papá o es el tío,

Hay un estrecho vínculo de familiaridad, entonces es por eso que ahí se tiene en cuenta mucho el dicho de la niña, muchas veces ha habido casos, pero no me ha tocado a mí, donde haya sido por querer perjudicar al procesado, no me ha tocado un caso donde yo absuelva o yo mire que realmente es por perjudicar al procesado por alguna desavenencia en la familia, pero no, todos han sido condenados, precisamente y han venido aceptando cargos los procesados sin irse a juicio, a pesar de que no tienen ninguna rebaja, pues ellos acuerdan una pena mínima y entonces han venido aceptando cargos

8. Doctor, usted me dice que esos son los criterios valorativos, usted considera que los ha aplicado en el momento de dictar un fallo? se ha ceñido a ellos?

Si, si el criterio valorativo aquí es la prueba testimonial, que ha habido muy pocos casos donde ha sido con prueba de ADN, con rastros de semen en el cuero de la niña, ha habido un caso pero se aceptó cargos por parte del procesado, por lo entonces no se ahondó en esa prueba que también es importante, la prueba de ADN, cuando se denuncia oportunamente, hay algo importante que la Corte lo acaba de explicar, en que muchos actos cuando el procesado o el agresor, no más con tocar los labios vaginales, o la parte externa de la vagina, ya la corte está considerando que eso es acceso, entonces eso también es importante tenerlo presente, pero generalmente, aquí en estos casos cuando la niña no aparece desflorada, totalmente, queda en actos, entonces no más con que haya algún roce en los labios de la vagina, la Corte dice que no requiere que haya penetración ni desfloración, sino que ahí se puede tener, muchas veces los labios vaginales le

quedan doliendo a la niña y dice me dolió, pero cuando van al médico, el médico no encuentra desfloración, entonces generalmente imputan por actos sexuales, cuando, en mi concepto sabiamente la Corte dice que también ahí es acceso, pero si, generalmente aquí los criterios de valoración, es la prueba testimonial basado en el relato del denunciante, de los papás de la niña y en el relato que hace la niña.

9. Doctor, en ese caso, considera que existe la tentativa de acto sexual abusivo?

Claro, hay tentativa de acceso carnal y de acto sexual, eso está decantado hace mucho en la jurisprudencia, cualquier agresor sexual, puede agarrar en un momento dado a una niña para tocarla y manosearla y en el momento que es sorprendido, no la ha tocado ni nada pero si le idea criminal estaba por lo menos en tocarla y hasta uno no sabe si el acceso, pero si puede haber tentativa en estos delitos.

10. En cuanto a los medios probatorios ¿cuál cree usted que es la prueba reina en este juicio?

Si la prueba testimonial por lo que digo, testimonial y es basada en eso, cuando no se denuncia o cuando no se captura en flagrancia al procesado, es esa la prueba, pero si ha habido otros casos en donde excepcionalmente la prueba de ADN por rastros, porque la captura es en flagrancia o la niña denunció inmediatamente pasados los hecho y pueden entonces encontrar semen o si porque hay muchos, aquí vale la pena, decir que ha habido casos donde hay actos pero la persona eyacula encima de la niña sin accederla, entonces también excepcionalmente puede haber esa prueba de ADN cierto, en el sentido de determinar que el semen corresponde al abusador sin necesidad de que haya penetración porque muchas veces se vienen encima, por la minoría de edad se abstienen de ir a penetrar, entonces se vienen o eyaculan encima de la ropa de la niña o de sus parte íntimas.

11. ¿Cuál es la ruta que se hace con los testimonio de los menores que manifiestan haber consentido el acto sexual?

Esos casos, no he tenido casos al respecto, donde se diga que la menor haya consentido, generalmente son abusivos esos actos, pero que la menor consienta esos actos no he tenido casos, pero en esos casos cuando se establece que hay consentimiento y muchos procesados pues alegan que no fue consentido y que ella quiso, pero aquí la edad es importante porque así consienta la niña, si es menor de 14 años, pero no, no ha habido casos que me haya tocado donde estén alegando el consentimiento de la niña, generalmente alegan los procesados es que no ocurrieron los hechos.

12. De 0 a 10 cuanto cree usted que vale el testimonio de los menores en este proceso?

En los que yo he tenido no se puede dar una valoración de 0 a 10 porque hay que cotejarla con los demás elementos materiales probatorios, pero generalmente en los casos que me ha correspondido, los niños han dicho la verdad, entonces yo diría que se le ha dado siempre credibilidad a esos niños víctimas y entonces yo los pondría en una credibilidad total, que en este caso, pues serían 10 o un 100% de credibilidad sobre el testimonio de esa niña, aunque la Corte pues dice que muchas veces los niños mienten también, pero no me ha tocado un caso en donde me haya tocado absolver porque haya mentido el niño o porque haya habido algún contubernio entre la denunciante que generalmente es la progenitora y los niños para querer perjudicar a su padrastro o a su papá o a su tío, no me ha tocado esos casos, pero sí, hay que valorar cuando de pronto quieren perjudicar al procesado para verlo en la cárcel.

13. Ha conocido usted de pronto de algún proceso de acto sexual abusivo, en el que se haya alegado un error de tipo?

No, tuve conocimiento de un caso que yo conocí sobre la medida de aseguramiento, entonces me tocó declararme impedido y tengo conocimiento de que un Juez de Cúcuta, absolvió porque allí se alegó el error de tipo, en cuanto al error del procesado, con respecto a la edad de la víctima.

14. Cree usted que resulta suficiente el ingrediente descriptivo de la edad para que se configure el tipo de acto sexual abusivo con menor de 14 años?

No, el ingrediente descriptivo de la edad es indispensable para encuadrar el tipo, cierto, por la minoría de edad, pues claro, es primordial en ese sentido, si es mayor 14 pues no encuadra dentro del tipo entonces aquí pues la edad es fundamental para encuadrar la conducta dentro del tipo, puede ser 13 años 364 días, encuadra, no ha cumplido los 14, le falta un día, encuadra, claro, es fundamental, sería otro delito menos con menor de 14 años.

15. Considera usted que el legislador ha dejado por fuera algún ingrediente descriptivo que pudiera aportar en gran parte al proceso en cuanto a estos delitos?

No, es decir lo de la minoría de edad es objetivo.

16. La pregunta es más encaminada a si la parte sustancial del tipo, como tal cree que está conforme a como debe ser?

No, es decir el tipo es claro, o sea no admite discusión, los menores de 14 años se presumen que no tienen una madurez ni física, ni psicológica para soportar un acto sexual, así ellos consientan, no hay nada que hacer, es delito. Entonces no hay discusión la única discusión es el error de tipo de tipo que se puede plantear en cuanto al procesado que llegue a pensar o que la niña le dijo que era mayor de 14 o que él pensaba que era mayor de 14, eso es lo único que se puede plantear sobre ese elemento normativo de la edad, de resto no admite discusión.

Perfecto Doctor, agradezco su colaboración y aporte a este trabajo de investigación

Con mucho gusto, éxitos.

Entrevista No. 2

Buenas tardes me encuentro con el magistrado de la sala única del tribunal superior del municipio de Pamplona Doctor

Doctor ¿cómo se encuentra?

Bien, muchas gracias. Mi nombre es Jaime Andrés Mejía Gómez

Muchas gracias Doctor, de antemano agradeciéndole por concedernos éste espacio. Le comento, esta entrevista tiene como objeto servir de sustento para el trabajo de investigación denominado “Criterios de valoración probatoria de la edad como ingrediente descriptivo con el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años en el municipio de Pamplona en los años 2015 y 2016”

- 1. Doctor, en su condición de magistrado en éste municipio en los años 2015-2016 usted ha conocido una apelación de fallos dictados en el municipio de Pamplona en procesos de acto sexual abusivos?**

Sí, sí he tenido la oportunidad de conocerlos y no sólo de Pamplona, sino también de otros municipios que hacen parte de nuestro distrito judicial.

- 2. Cuántos de esos fallos se han confirmado?**

En total, en los años 2015 y 2016 nos correspondieron 3 fallos aquí en el municipio. De los cuales dos fueron confirmados y uno fue revocado.

- 3. Doctor, cuantos se encuentran aún en trámite.**

En trámite tenemos uno, en este momento.

- 4. ¿Cuáles considera que han sido los criterios valorativos que usted ha establecido al momento de confirmar en segunda instancia un fallo en el proceso de acto sexual abusivo?**

Bueno, son muchas las pruebas que concurren a analizar en estos procesos, es una causa probatoria grande y hay que analizarlo en su conjunto.

En primer término, pues se cuenta con el testimonio de la propia víctima, allegado en cámara de Gesell o en entrevistas también puede ser. O eventualmente directamente en la audiencia pública. También es una herramienta fundamental el peritazgo por parte de psicólogos o de médicos psiquiatras. También contamos con testimonios de terceras personas que eventualmente hayan tenido un conocimiento, casi siempre es directo porque éste tipo de actos sexuales se cometen siempre en la clandestinidad también pueden existir prueba documental tipo fotografías, no del hecho mismo, pero de documentos que reflejen una cercanía entre los sujetos activo y pasivos de éste tipo de injustos.

Es decir, que en sí son todos los elementos probatorios y de convicción de conocimiento que trae el Código de procedimiento penal, la ley 906 de 2004

5. En cuanto a los medios probatorios de cero a Diez cuando 0 es nada y 10 es mucho, ¿cuánto cree usted que vale el testimonio de los menores en este proceso?

Yo pienso que, tarifarlos así es muy complicado, es importante, muy importante pero no se le puede decir 5, 10, 8 no tendría ningún sentido, es muy importante, pero el testimonio de los menores debe ser analizado con mucha cautela por la tendencia a mentir de los pequeños, además pues que si han sido objeto también de un vejamen sexual pues también están impactados y es bien complejo analizar eso. También, por ejemplo, la Corte Suprema de justicia ha tratado la figura de la alienación parental, que es cuando una persona que ha tenido una relación con el supuesto victimario (con el denunciado) y ha terminado con ella sufre el ataque y el niño es utilizado como instrumento indicando que fue abusado sexualmente cuando eso no ocurrió, entonces se le manipula y a veces se convence al mismo niño de que fue objeto de un vejamen sexual cuando lo bañaba el padre o el novio de la señora. Si digamos pues que es una prueba muy importante, pero tarificarla de 0 a 10 si me parece que sería complicado, pero si es fundamental y es necesario iniciar la entrevista, bien sea directa o indirecta pues porque éste es el protagonista directo del delito y quien puede ilustrar sobre el mismo.

6. Ok doctor. Es claro que para que una conducta se configure delito debe contener los tres elementos esenciales que son la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. ¿Qué pasa en los casos en que falta alguno de ellos?

Pues como usted misma lo ha dicho, es necesario que de acuerdo a la teoría clásica del injusto y el delito concurran los tres elementos, debe ser una conducta típica, es decir, que esté descrita en la ley penal, antijurídica cometida contra ley y que no tenga pues justificación de ningún tipo. Que a la persona se le pueda hacer la exigencia, que la conducta que cometió le sea reprochable en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló ese hecho. Ósea que en conclusión si falta bien sea la antijuricidad, la tipicidad o la culpabilidad simplemente no se estructura el delito y ha de absolverse y en efecto pues ha ocurrido en muchos casos.

Es una garantía para la persona el que concurran esos ingredientes de tipo penal.

7. ¿Ha conocido usted de algún proceso de acto sexual abusivo en el que se haya presentado un error de tipo?

En éste distrito no me ha correspondido conocerlo y asumirlo, si lo conocí cuando trabajaba en la ciudad de Manizales. Si conocí un error de tipo precisamente en lo alusivo a la edad de la víctima que era una joven que para el momento no aparentaba la edad menor de 14 años ese si me correspondió analizarlo.

8. ¿Qué pasó con respecto a ese proceso?

En ese caso pues hubo unos exámenes antropológicos de la persona, faciales unas fotografías de la época donde aconteció el hecho y se estimó que razonablemente la persona si podía creer razonablemente que la figura de ésta dama, de ésta persona correspondía mayor de 14 años, más aún aparentaba tener casi la mayoría de edad, ósea que no era reprochable en ese caso la persona actuó de buena fe, ya que no aparentaba ser una infante y más que estas mujeres cuando se maquillan se ponen tacones y esa serie de cosas pues aparentan más edad y fue precisamente lo que ocurrió en este caso y lo que llevó a que se absolviera, no obstante, que objetivamente la persona era menor, su registro civil que es elemento típico para

probar este aspecto evidenciaba que para el momento de la conducta, no obstante ser típica no se le podía hacer reproche a esta persona, entonces fue absuelta.

9. ¿Cree usted que resulta suficiente el ingrediente descriptivo de la edad para que se configure el tipo de acto sexual abusivo con menor de 14 años?

No, yo pienso que para hace algunos años si era válido decir que una persona hombre o mujer menor de 14 años no tenía ninguna capacidad de disposición sexual pero ya hoy en día estamos ante unas realidades muy distintas y es así como vemos como los medios de comunicación y la distinta información a que están sometidos todos los jóvenes les da un conocimiento del mundo y sus realidades entre ellos pues lo sexual que no es ningún mito por medio pues del internet de los teléfonos celulares todo esto todas las personas pueden tener acceso y un conocimiento directo aunque deformado pues de la situación sexual y de cómo vivirla, no es el ideal pues que prematuramente se tomen estas conductas por una persona y más pues en esa edad inferior, pero de ahí a que eso constituya un delito que se esté asaltando la sexualidad de una persona y que eso merezca un reproche penal y que se aplique la última ratio de una sociedad que es la cárcel para una persona es decir mandar un individuo simplemente porque estuvo bien con un hombre o una mujer menor de 14 años de edad cuando la persona dada a su madurez psicológica no obstante sea menor de 14 años puede estar disponiendo libremente disfrutar su vida sexual, yo pienso que si se debe revisar ese aspecto y considero que se debería reformar este artículo de los actos sexuales diversos al acceso carnal y también lo relativo al acceso carnal porque estamos en épocas muy diferentes esto era viable en otro momento histórico y el derecho evoluciona para distintas sociedades y yo creo que ustedes como estudiantes jóvenes también pueden percibir esa realidad que el mundo ha cambiado muchísimo.

10. ¿Considera usted que el legislador ha dejado por fuera algún ingrediente descriptivo que pudiera aportar en gran parte al proceso?

Bueno, siempre habría pues aspectos que uno criticara de los tipos penales, redundar sobre lo mismo. Yo pienso que ese límite objetivo de los 14 años sin más miramiento y sin otras consideraciones simplemente por la potestad del

legislador, es arbitrario hay muchas personas que están detenidas en la cárcel cuando no hubo ningún atentado real contra un bien jurídico, veamos pues que anteriormente el mismo Código civil permitía que mujeres menores de 14 años y mayores de 12 se casaran. Entonces no puede ser que para esos actos sexuales si existiera permiso legal y que si no está por el matrimonio entonces no. Esos son criterios que también hay que armonizarlos.

11. Doctor, si bien es cierto esa normativa precisamente va en pro de la protección de los derechos de los menores. ¿usted cree que el legislador de alguna manera está limitando y tal vez vulnerando los derechos de los menores cuando estos tal vez muestran una capacidad y se les está cohibiendo?

Pues es una tesis bien interesante la suya. Si, si uno es menor de 14 años y tiene su madurez sexual y capacidad para vivir y experimentar sexualmente y prohibirle eso puede rayar también con un recorte de derechos fundamentales libre desarrollo de la personalidad lo que pasa es que de esto no se puede hablar genéricamente tampoco hay casos de casos y eventualmente si pudiera ocurrir lo que usted plantea lo que si debemos reprochar enormemente es el abuso que personas mayores de edad ya vividas, con experiencia, verifican manipulando a una persona menor de 14 años que por mucha madurez que pueda tener en un momento determinado por mucho que haya vivido pues no tiene las experiencias y va a ser manipulada por una persona mayor. Lo importante de estos actos en caso de una eventual reforma legislativa sobre este tipo penal es que la persona disponga libremente y con capacidad de su vida sexual que es lo que ha hecho el legislador esa afición de decir no, a raja tablas, a golpe seco hasta los 14 años y absolutamente y no hay alegación en contra de eso, entonces ahí puede haber excepciones y no simplemente que la apariencia física de la persona denote más años.

Bueno Doctor, agradecemos muchos haber concedido está entrevista, por su tiempo y espacio.

Listo señorita, feliz tarde.

Entrevista N° 3

Muy buena tarde, me encuentro con el defensor público, Doctor Jaime Laguado, del municipio de Pamplona.

Doctor cómo se encuentra?

Bien, buena tarde, mucho gusto

Doctor, de antemano le agradezco por concederme este espacio y bueno, le comento.

Esta entrevista, tiene como objeto, servir de sustento para el trabajo de investigación denominado “Criterios de valoración probatoria de la edad, como ingrediente descriptivo del delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años, en el municipio de pamplona en los años del 2015 y 2016. Trabajo que actualmente, me encuentro adelantando.

- 1. Doctor, en su condición de defensor público en los años 2015 y 2016 ha defendido usted a algún procesado por el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años en el municipio de Pamplona?**

Sí, claro

- 2. Cuántos de estos procesos recuerda que hayan sido fallados?**

Fallados, hablemos de tres

- 3. Y en trámite, más o menos cuantos se encuentran actualmente?**

En trámite eh... en mi rol como defensor público, además como defensor contractual que es una doble condición que ostentamos los defensores públicos, porque solo somos contratistas del Estado, no empleados oficiales, debo tener unos 5 casos más en trámite.

- 4. Doctor, alguno de estos procesos han sido archivados por la fiscalía por falta de elementos materiales probatorios?**

No

5. Cuáles considera que has sido los criterios valorativos que el juez ha establecido al momento de dictar un fallo en un proceso de acto sexual abusivo?

En estos procesos, la defensa cumple un rol superlativo y bastante difícil en tanto que por directrices de la propia sala de casación penal de la Corte suprema de Justicia se tiene el... llamémoslo el estigma, cuestión que los defensores no compartimos, de que la versión de la víctima es como si fuera inmodificable, como si fuera irrevocable, como si fuera la verdad develada y eso no se corresponde con la realidad y con la práctica y ni con la cotidianidad de los procesos y del propio comportamiento del ser humano, la Corte ha dicho que ya últimamente basta con la entrevista forense prácticamente para condenar a una persona y que por aquello de la protección de la no revictimización desde luego de la propia víctima -perjudicado se ha venido denegando el acceso directo por la defensa a las presuntas víctimas, vía interrogatorios directo, en tanto de que son menores de edad se puede hacer a través del protocolo de cámaras de Gesell, eh... ha sido bastante difícil, es bastante difícil, activar retentiva en estos temas, en mi caso particular, he tenido la fortuna de dar la batalla, de hecho, intervienen instituciones como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

En tanto que lo que tiene que ver con entrevistas de menores de edad eh... llamémoslo ya en el juicio, las propias declaraciones, tienen que hacerse a través del sistema de protocolo de cámaras Gesell, acude la defensa al bienestar directamente para que dispongan de asignación de un defensor de familia, porque así lo regula el código de la infancia y adolescencia y por principio se niega la defensa en tanto que la única opción que nos queda es acudir a Juez de control de garantías, para que ordene a la entidad que designen el funcionario correspondiente y luego si tomar la entrevista en cámara de Gesell, los criterios valorativos en la pregunta que usted hace, repito, siguiendo una línea de pensamiento de la Corte que desde luego no comparto, en lo profesional y con sobradas razones porque hay estudios a nivel internacional, que indican lo contrario que no siempre las víctimas dicen la verdad, que los menores son manipulables, en ocasiones los motivos, desde luego fútiles, por quienes los direccionan a denunciar, lo responden con venganzas o retaliaciones hacia la

pareja, hacia la expareja, hacia grupos familiares etc. Los criterios valorativos, se basan principalmente en la versión de la víctima y con ellos la judicatura, pretende llevar a buen término condenatorio una sentencia que desde luego venimos los defensores oponiéndonos, yo en mi caso, concreto, este último año tuve dos absoluciones, una por defensoría pública frente a un procesado con menor de edad, siendo ya mayor de edad, pero los hechos ocurrieron cuando se dice que él era un menor de 17 años, se logró la absolución, incluso propuse una compulsión de copia por falso testimonio frente a la presunta víctima y a su progenitora que concurrió al debate probatorio y también contractual, logré una absolución en donde había un denunciado joven que era menor de edad, por parte de una prima, siendo mayor ella que él y eso sí fue contractual y se logró también la absolución, con las consecuencias que ello genera.

6. En cuanto a los medios probatorios, cuál cree usted que es el idóneo en este tipo de procesos?

Aquí es cierto que la prueba principal es la testimonial, pero en tanto no se permita a la defensa la controversia, como se lo estoy diciendo, porque la Corte lo ha dicho y en muchas ocasiones los jueces son ciegos, como si al juez se le fraccionará la facultad de pensar o de oponerse a los criterios de la Corte, porque el Juez lo puede hacer, el Juez no es un convidado de piedra, lo puede hacer, pero por temor no lo hacen y siempre se someten a lo que a Corte diga, como si la Corte no se equivocara, la Corte también se equivoca, frente algunas jurisprudencias en el pensamiento que sientan por principio, se toman como punto de partida la prueba testimonial, eso normalmente lo sustenta la judicatura, vía fiscalía que es la encargada de la acusación, con la entrevista forense que le estoy diciendo que es inaudito que pretendan con eso simplemente condenar a una persona y pare de contar, eventualmente exámenes sexológicos pero con el equívoco de aplicación a la interpretación en que en algunas ocasiones, el Médico forense, define que la víctima no ha sufrido ningún daño a nivel genital o relacionado con aspectos sexuales, pero colocan por una formalidad y un protocolo que manejan, que eso no descarta maniobras a otro nivel, como dejando en el aire la posibilidad de que siempre la víctima dice la verdad y le repito, eso no es cierto, eso no es absoluto.

- 7. Es claro que para que una conducta se configure como delito, debe contener los tres elementos esenciales de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, qué pasa en los casos en los que falta alguno de ellos, qué considera usted que se puede alegar ahí?**

Eso ya es un tema de mayor profundidad probática, tenemos que hablar que lo que usted dice de antaño se ha dicho que el tipo de que para que si constituya y establezca la conducta penal o punible, requiere de los tres elementos, valga la redundancia, la tipicidad, la culpabilidad y la antijuridicidad. Si usted me pregunta de manera abierta, qué pasa si falta alguno de ellos Pues simplemente la consecuencia es elemental, no hay delito.

- 8. Usted ha conocido de algún proceso de acto sexual abusivo en el que se haya presentado o que usted haya alegado un error de tipo?**

En el momento no, hay un proyecto por ahí en un caso que tengo, pero sí, esa posibilidad se puede dar, desde luego.

- 9. Cree que resulta suficiente el ingrediente descriptivo de la edad, como para que se considere el tipo de acto sexual abusivo con menor de 14 años?**

En mi sentir no, porque como lo he dicho, sin pretender faltarle el respeto en tanto a las víctimas en tanto se tratan de muchachas en esa edad, inferior a los 14 años en muchas ocasiones, son ellas las que provocan a la contraparte, digámoslo al varón a que incurran en ese comportamiento y en muchas ocasiones con algunos engaños, artilugios, etc. Y tengo precisamente, un caso concreto de esa naturaleza, en donde la fiscalía por costumbre, que no es la correcta, como se lo dije a una señora fiscal en una audiencia, ahora en agosto, yo soy el defensor de un ciudadano X que está denunciado, por una presunta menor, por un presunto acceso carnal, yo se lo estoy poniendo a disposición de la judicatura, no me le dio orden de captura, si tengo la imputación de cargos que yo hoy tengo como defenderlo en el momento en que usted me le vaya a pedir la imposición de la medida de aseguramiento y efectivamente esa es la teoría que estoy manejado y que estoy estructurando, de que en muchas ocasiones sin que desde luego se me convierta en un estigma frente

a las menores, pero hay casos muy concretos en los que como lo dije de manera ejemplificante en la audiencia es que aquí caperucita, no es caperucita, ni el lobo es el lobo, aquí los roles se invierten y en muchas ocasiones eso ocurre y entonces la edad, no debería ser por política criminal la que establezca específicamente la tipicidad frente a un comportamiento sexual de una persona que tenga una relación sexual con una menor de 14 años, por lo que tendrían o tienen que valorarse otros aspectos, no solamente la edad.

10. Es decir Doctor debo entender de lo que usted dice que sería de pronto necesario estudiar cada caso en específico para poder decidir o dictar un fallo como tal?

Exacto, si porque en otro sentido estaríamos hablando de donde la proscrita responsabilidad penal define ese objetivo. Entonces, usted ciudadano Y tubo relaciones sexuales con una menor X con 13 años y medio de edad, entonces usted purga una pena de 8 o 12 años de prisión o si es agravado o si es en concurso aumenta, no eso no puede ser el análisis que la judicatura debe darle a un caso de estos, cada caso en concreto, tiene que estudiarse a la luz de la realidad, a la luz de la experiencia, a la luz de la vida desde luego.

11. Doctor ya por último, considera usted que el legislador ha dejado por fuera algún ingrediente descriptivo que pudiere aportar en gran parte a este tipo de procesos?

Más que dejar por fuera un ingrediente, es poner unas talanqueras frente al análisis de la responsabilidad, ya le digo porque las pretenden volver de tipo objetivo, de naturaleza objetiva y eso no puede ser, tienen que analizarse aspectos netamente sustantivos, comportamentales de la presunta víctima como del presunto victimario, para que se lleguen a sentencias más ajustadas a derecho, más ajustadas al humanismo, que debe impregnar el derecho penal.

Listo Doctor muchísimas gracias por el tiempo y por concederme esta entrevista.

Con mucho gusto y ojalá le sirva para su trabajo.

Entrevista N° 4

Muy buenos días, me encuentro con el Doctor Miguel Granados, defensor público en el Municipio de Pamplona.

Doctor cómo se encuentra?

Muy bien, muchas gracias

Doctor de antemano le agradezco por concederme esta entrevista y pues le comento Esta entrevista, tiene como objeto, servir de sustento para el trabajo de investigación denominado “criterios de valoración probatoria de la edad, como ingrediente descriptivo del delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años, en el municipio de pamplona en los años del 2015 y 2016. Trabajo que actualmente, me encuentro adelantando.

- 1. En su condición de defensor público, en los años 2015 y 2016, ha defendido usted a algún procesado por el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años en el municipio de Pamplona?**

Claro que si, en nuestra labor de defensores públicos y en la actualidad es muy frecuente que se den esta clase de delitos, los delitos sexuales ocupan un alto porcentaje, dentro de los procesos que se fallan y se tramitan en la actualidad en los diferentes juzgados.

- 2. Doctor, cuántos de estos procesos, se encuentra en trámite?**

De los procesos que yo llevo, aproximadamente tendría unos 15 0 20 procesos en trámite, teniendo en cuenta delitos sexuales con menores de 14 años.

- 3. Alguno de estos procesos se ha archivado por falta de algún elemento material probatorio?**

Personalmente no he tenido ningún proceso que se haya archivado por falta de elementos materiales probatorio, generalmente todos los procesos tienen un porcentaje muy alto de que lleguen a una sentencia condenatoria.

4. Doctor, cuáles considera usted que han sido los criterios valorativos que el Juez ha establecido al momento de dictar un fallo en un proceso de acto sexual abusivo?

Pues los criterios valorativos que un Juez debe tener, no solamente para un proceso de acto sexual abusivo, sino para toda clase de delitos, tiene que tener en cuenta los fallos proferidos por las altas Cortes, Como la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, debe tener en cuenta los elementos materiales probatorios que sean aportados al proceso, debe tener en cuenta los elementos del procesado, si hay agravantes, si hay concurso de delitos, eh... debe tener en cuenta los aspectos normativos consagrados en la ley penal colombiana, todo esto es una suma de elementos que el Juez debe tener en cuenta para fallar un proceso en derecho y no ir a cometer errores al momento de fallar, porque se debe tener en cuenta que se está fallando, se está juzgando a un ser humano y que la libertad, es el derecho fundamental más importante que tiene la Constitución Política, después del derecho a la vida.

5. Doctor, en cuanto a los medios probatorios, cuál cree usted que es el idóneo en este tipo de procesos?

Usted me está haciendo alusión a los años 2015, 2016, estamos en un sistema penal acusatorio en donde hay libertad probatoria, en el sistema anterior, que era la famosa ley 600 del 2000, había una tarifa legal, es decir que habían determinadas pruebas para probar algunos asuntos, en este sistema penal acusatorio, hay una libertad probatoria que en determinado momento le permite al Juez por cualquier medio probatorio llegar a un resultado.

6. Doctor, de 0 a 10, donde cero es nada y 10 es mucho cuánto cree usted que vale el testimonio de los menores en este proceso?

El testimonio de los menores es fundamental, prácticamente se está condenando con el testimonio de los menores, entonces de 0 a 10 le daría una calificación de 10 al testimonio de los menores, por cuanto pues son las víctimas y para los jueces son testimonios que dan un alto porcentaje de credibilidad a los hechos.

7. Doctor es claro que para que una conducta se configure como delito debe contener sus 3 elementos esenciales; la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, qué pasa en los casos en que falta alguno de ellos?

Pues lógicamente no es delito, si falta alguno de esos elementos, dice la norma general que para que una conducta sea punible, requiere que sea típico, antijurídico y culpable, si falta alguno de estos elementos pues lógicamente la conducta no es punible por lo que no constituye delito.

8. Ha conocido usted de algún proceso de acto sexual abusivo en el que se haya presentado un error de tipo?

Probablemente sí, pero no en la actualidad sino hace muchos años, en vigencia de la ley 600 conocí un error de tipo, en el cual un muchacho había accedido carnalmente a una muchacha, con la convicción de que tenía la mayoría de edad y realmente pues al verificar su identidad y al verificar su edad resultó que era menor de 14, entonces configuró un error de tipo.

9. Cree usted que resulta suficiente el ingrediente descriptivo de la edad para que se configure el tipo de acto sexual abusivo con menor de 14 años?

Pues lógicamente que sí, porque si no existiera el ingrediente descriptivo, no existiría ese agravante, ese agravante que trae la ley para los delitos sexuales con menores de 14 años, precisamente la ley es taxativa, por ejemplo el artículo 209 al denominar el delito como acto sexual con menor de 14 años, eso está diciendo que los delitos con mayores de 14 años tienen otra punibilidad, entonces si fundamental la edad de las personas y es muy claro y pues lógicamente el ingrediente descriptivo es suficiente y es supremamente claro al momento de la interpretación y al momento de tipificarle el delito a una persona.

10. Considera usted que el legislador ha dejado de lado algún ingrediente descriptivo que pudiera aportar para este proceso?

Pues eso es, todos los días están saliendo leyes, está saliendo jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia, de la Corte Constitucional en donde cada legislador de acuerdo a su criterio ha incorporado ingredientes descriptivos a las normas, entonces en este momento con la jurisprudencia, con la legislación que hay pues para nosotros los abogados son suficientes los ingredientes descriptivos que tiene cada una de las normas

Bueno Doctor muchas gracias por concedernos este tiempo y regalarnos sus conocimientos

De nada, buenas tardes.



La Academia al servicio de la Vida

ENCUESTA ESTUDIANTIL

La presente tiene como objeto la consecución de material informativo objeto de estudio del trabajo monográfico en desarrollo, titulado: **“CRITERIOS DE VALORACIÓN PROBATORIA DE LA EDAD, COMO INGREDIENTE NORMATIVO DEL DELITO DE ACTO SEXUAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS, EN EL MUNICIPIO DE PAMPLONA EN LOS AÑOS DEL 2015 y 2016”**.

COLEGIO _____

GRADO QUE CURSA ALCTUALMENTE _____

EDAD _____

Para contestar las preguntas 1 y 2, marque con una X en la línea, que corresponda a su respuesta.

1. ¿Sabe usted qué es una relación sexual? SI _____ NO _____

2. ¿Ha iniciado su vida sexual? SI _____ NO _____

En la siguiente pregunta, usted tendrá la opción de marcar con dígitos numéricos el valor que corresponda

3. ¿A qué edad inició su vida sexual? _____

Marque con una X la respuesta correcta

4. ¿Su primera experiencia sexual fue por voluntad propia? SI _____ NO _____

5. ¿Siente que alguien le coaccionó para tener su primera experiencia sexual? SI _____
NO _____

6. ¿Sabe qué es un abuso sexual? SI _____ NO _____



Universidad de Pamplona - Ciudad Universitaria - Pamplona (Norte de Santander - Colombia)
Tels: (7) 5685303 - 5685304 - 5685305 Fax: 5682750 – www.unipamplona.edu.co



La Academia al servicio de la Vida

7. ¿Crees que el abuso sexual corresponde a el acto mediante el cual, una persona irrumpe en la intimidad de un menor de 14 años, aun cuando el menor lo consienta SI _____
NO _____

8. ¿Cree que si accede por consentimiento propio a tener relaciones sexuales con un mayor, este estaría abusando de usted? SI _____ NO _____

9. ¿Crees que el inicio de una vida sexual a temprana edad, puede dejar secuelas psicológicas en los menores? SI ____ NO ____

10. ¿Lo que sabe de las relaciones sexuales, lo aprendió

- a. En su núcleo familiar ____
- b. En Su Colegio ____
- c. Con sus amigos ____
- d. Con desconocidos ____
- e. Con su pareja sentimental ____

Se deja constancia que la información suministrada en la presente encuesta, será tratada bajo estricta reserva.



Universidad de Pamplona - Ciudad Universitaria - Pamplona (Norte de Santander - Colombia)

Tels: (7) 6651011 - 6655004 - 6651397 Fax: 6621150 www.unipamplona.edu.co

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS



Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política De 1991. Bogotá: Gaceta del Congreso.

Agudelo, Nodier (1988) El Pensamiento Jurídico Penal de Carrara. Bogotá: Temis.

Agudelo, Nodier (2007) Curso de Derecho Penal- Esquema del Delito. Bogotá: Temis.

Antinori, Eduardo (2006) Conceptos Básicos del Derecho. Argentina: Editorial de la 6Y7U8universidad de Aconcagua.

Beccaria, Cesare (1836) De los Delitos y de las Penas. Bogotá: Unión LTDA.

Bustos, R.J. (1954). Introducción al derecho Penal. Bogotá: Temis.

Carrara, Francesco, Concepto de Dañoso “Programa de Derecho Criminal”, parte general, Volumen I Editorial Temis, Bogotá, P. 43.

Craig, 1997.2009, Hoffman, 1996; Kail y Cavavaugh, 2011 Morales, 2008, Morris, 1997; Rice, 1997 y Sarason, 1997. Las Etapas del Desarrollo.

Cuad. Med. Forense no.43-44 Málaga ene/abr. 2006.

Congreso de la República. (2000). Código Penal. Ley 599 Del 2000. Bogotá: Gaceta del Congreso.

Congreso de la República. (2008). Modifica algunos artículos del Código Penal. Ley 1236 De 2008. Bogotá: Gaceta del Congreso.

Congreso de la República. (1887). Código Civil. Ley 57 De 1887. Bogotá: Gaceta del Congreso.

Congreso de la República. (2006). Código de Procedimiento Penal. Ley 906 De 2006. Bogotá: Gaceta del Congreso.

Congreso de la República. (2006). Código de la Infancia y la Adolescencia. Ley 1098 Del 2006. Bogotá: Gaceta del Congreso.

Congreso de la República. (1991). Convención Internacional Sobre Los Derechos Del Niño. Ley 12 De 1991. Bogotá: Gaceta del Congreso.

Corte Constitucional. (2006) sentencia C-535 De 2006. M.P. Dr. Jaime Araujo R. y Dra. Clara Inés Vargas H. Bogotá.

Corte Suprema de Justicia. (2009). Proceso No. 23508. M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca. Bogotá.

Corte Constitucional. (2009) Sentencia T-732 De 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá.

Corte Constitucional. (2011) Sentencia C-876 De 2011. M.P. Mauricio González Cuervo. Bogotá.

Corte Constitucional. (2013) Sentencia T-92 De 2013. M.P. Mauricio González Cuervo. Bogotá.

Corte Constitucional. (2013) T-923 De 201G3. M.P. Alberto Rojas Ríos. Bogotá

Corte Constitucional. (2013) en sentencia C-511 De 2013. M. S. Nilson Pinilla. Bogotá.

Corte Constitucional. (2014) Sentencia C-366 De 2014. M.P. Nilson Pinilla. Bogotá.

Dal, Dario (2011) TEORIA DE LA IMPUTACION OBJETIVA. Universidad de Mendoza. Argentina.

Diccionario de Derecho. (2004) México.

Echandía, Devis. (1980) Teoría General del Proceso. Buenos Aires: Editorial Universidad. Argentina.

El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (2007).

Enrico Ferri (2012) La sociología Criminal de Enrrico Ferri Entre el Socialismo y la Intervención Disciplinaria. UNLP-FaHCE.

Feldman, Robert S. (2007) Desarrollo Psicológico a través de la vida. 4ª Edición. Naucalpan de Juárez, Edo. De México, S.A. de C.V: Pearson Educación S.A.

Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (UNICEF), (2017) Manuela Thourte, especialista en Protección. Argentina.

Gómez, Orlando. (2003) Teoría del delito. Bogotá: Ediciones Doctrina Y Ley LTDA.

Graf, Alexander. (2005) La Estructura De La Teoría Del Delito. Bogotá: Leyer.

HANS-HEINRICH, JESECHECH. (1962) La evolución el concepto del delito en Alemania desde Beling, comparada con la doctrina austríaca. Universidad de Córdoba Argentina, P.33.

Hormazábal, Hernán. (1989) Anuario de derecho penal y ciencias penales: Ministerio de Justicia: Tomo 42.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF. (2010)Concepto Unificado 27891. Bogotá.

Instituto Nacional de Bienestar Familiar. (2012, 2014) Observatorio del Bienestar de la Niñez.

Martínez, Gilberto. (2006) Procedimiento Penal Colombiano. Bogotá: Temis S.A.

Martínez. M, Martín. L, Y Valle Mariscal. M. (2012)

Mejía, Carlos (2010) Artículo. Las Circunstancias Atenuantes y Agravantes en la Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Penal. P. 17-20.

Mir Puig, Santiago (2003) Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. ISSN 1695-0194.

Papalia, Diane. Wendkos, Sally (1997) Desarrollo Humano. Bogotá: D’vinni Editorial LTDA.

Rathus, Spencer A. Nevid, Jeffrey S. Rathusdrud, Louis Fichner (2005) sexualidad Humana. 6º Edición. Madrid España: Pearson Educación S.A.

Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía de Bogotá. (2010). Decreto 2968. Bogotá.

Tocora, Luis F. (2004) Derecho Penal Especial. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA. Delitos Sexuales Acceso.