

Protección de los derechos humanos de las víctimas de abuso sexual: una mirada desde la jurisprudencia*

Protection of the Human Rights of Victims of Sexual Abuse: An Approach from the Field of Jurisprudence

Lina Marcela Estrada Jaramillo**

*Profesora de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia*

Resumen

A partir de una revisión de la legislación y de las principales sentencias emitidas tanto por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional colombiana, como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a nivel internacional, el presente artículo tiene como finalidad el reconocimiento de los derechos humanos vulnerados de las víctimas de abuso sexual. Este tema tiene gran relevancia interdisciplinaria puesto que las víctimas requieren del apoyo de profesionales del derecho, la medicina forense, la psicología, y el trabajo social, para que sus derechos sean reconocidos y valorados por la sociedad y la administración de justicia.

Palabras clave: abuso sexual, fetichismo legal, procesos judiciales, prueba pericial, sentencias, trabajo interdisciplinario.

Abstract

The objective of this article is to acknowledge the violation of the human rights of victims of sexual abuse, on the basis of a review of the legislation and main rulings issued by the Colombian Supreme Court of Justice and the Constitutional Court, as well as by the Inter-American Court of Human Rights. This issue is of great interdisciplinary relevance since victims require the support of professionals from the fields of law, forensic medicine, psychology, and social work so that their rights are recognized and valued by society and the administration of justice.

Keywords: sexual abuse, legal fetishism, legal processes, expert testimony, rulings, interdisciplinary work.

Recibido: 30 de marzo del 2012. **Aceptado:** 29 de agosto del 2012.

* Este artículo es resultado de la Investigación “El abuso sexual en el niño: implicaciones legales, subjetivas y familiares”, realizada con el concurso de tres grupos de investigación de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín (Familia, Psicología, y Derecho) y como institución externa Medicina Legal.

** lina.estrada@upb.edu.co

El abuso sexual representa una de las problemáticas que atentan contra la estabilidad social, política y económica de un país debido a su potencial de destrucción, dado que promueve y genera nuevos círculos de violencia que obstaculizan, distorsionan y alteran el desarrollo integral de los individuos y de la sociedad. Los altos costos personales y sociales, entre ellos, la disminución de la productividad de las personas, el embarazo adolescente, las infecciones de transmisión sexual, la violencia sexual como práctica sistemática, habitual e invisible en el conflicto armado colombiano y la impunidad en el que se encuentran los casos que llegan a instancias judiciales, generan grandes vulneraciones a los Derechos Humanos cada vez más extendidas y menos visibles

RODRÍGUEZ 2003, 29

Desde la normatividad nacional e internacional se ha considerado la violencia sexual como todo acto u omisión que vulnera el ejercicio de los derechos humanos, sexuales o reproductivos, toda acción que se dirige a mantener o solicitar contacto sexual, físico, verbal o a suscitar la participación en interacciones sexuales mediante el uso de la fuerza o la amenaza, la intimidación, la coerción, el chantaje, la presión indebida, el soborno, la manipulación o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad (Barraza 2010, 59).

En el ámbito nacional la violencia sexual es priorizada como un evento de interés en salud pública (Acuerdo 117 del Ministerio de Salud, Resolución 412 de 2000, Política Nacional en Salud Sexual y Reproductiva), por lo que debe ser objeto de atención oportuna y seguimiento de modo que se garantice su control y la reducción de las complicaciones evitables.

Teniendo en cuenta lo anterior, la violencia sexual comprende múltiples factores y manifestaciones que están enmarcadas en un contexto individual, sociopolítico, cultural, religioso, etc. Para efectos del abordaje de este artículo, entendemos que el abuso sexual abarca una amplia gama de comportamientos y relaciones, que van desde el contacto físico con penetración hasta aquellos más sutiles pero igualmente dañinos (Rodríguez 2003, 34).

Este artículo se deriva de un trabajo investigativo de carácter cualitativo con un enfoque interpretativo

y jurídico sobre el problema del abuso sexual, se utilizó un método hermenéutico de interpretación sobre aspectos empíricos, analíticos y jurídicos, partiendo de la normatividad y jurisprudencia más relevante sobre el tema.

Se divide en tres capítulos: el primero de ellos plantea brevemente el marco normativo internacional del que hace parte la legislación colombiana por pertenecer al bloque de constitucionalidad señalado en la Constitución Política de Colombia en su artículo 93. El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer en la Constitución Política, son utilizadas como parámetro del control de constitucionalidad de las leyes; los tratados y convenios que regulan el cumplimiento de los derechos humanos (verbigracia Convención Belém do Pará) han sido normativamente integrados a la Constitución, por ende, es importante tenerlos en cuenta en este artículo. En el segundo capítulo se describe la normatividad nacional que sirve de base para la protección de las víctimas de los delitos que atentan contra la libertad e integridad sexual. Se exponen además las sentencias relacionadas con casos de abuso sexual que han sido consideradas “hito” en Colombia debido a su relación con otras sentencias e informes de investigación sobre la temática. El problema del abuso sexual no podría ser abordado sin la Carta Constitucional de 1991 puesto que en ella se concibió superar la brecha entre la consagración jurídica formal de los derechos y su efectiva protección; de allí que sea importante abordar el desarrollo legal y la jurisprudencia ya que a partir de la Constitución se ha dado un desarrollo importante en los esfuerzos por erradicar todos los tipos de violencia que destruyen a la sociedad. En el tercer capítulo se abordarán los aportes del trabajo interdisciplinario en la resolución de los casos de abuso sexual, ello permitirá identificar la importancia de los dictámenes periciales como verdadero medio de prueba para complementar los conocimientos necesarios de los operadores jurídicos. Por último, se presenta a manera de conclusión, sin pretender agotar el tema, los principales aspectos sobre el abordaje de esta problemática que merecen atención y que pueden servir para ahondar en posteriores estudios.

Reconocimiento jurídico internacional del abuso sexual

Normatividad internacional

En consonancia con los acuerdos internacionales, enunciados en instancias nacionales como la Constitución Política de Colombia, el Estado colombiano se constituye en garante de los Derechos Humanos y de los Derechos a la igualdad real y efectiva, a la salud sexual y reproductiva y a la protección de las víctimas de la violencia sexual. El tratamiento eficaz para la erradicación de los crímenes sexuales ha sido una preocupación de la comunidad internacional, de los gobiernos y de los movimientos por los Derechos Humanos y de las mujeres. Esta preocupación se ha expresado en la adopción de un conjunto de instrumentos jurídicos internacionales y nacionales que dan soporte legal a las acciones institucionales de promoción, prevención y atención de las diferentes formas de violencia sexual. A continuación se enuncian algunos de estos mecanismos:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos que consagró en 1948, entre otros derechos, la igualdad, la dignidad, el derecho a la vida, a la libertad y la seguridad; derecho a no ser sometido a esclavitud, a no ser sometido a torturas, ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes; derecho a igual protección de la ley; derecho a que solo mediante el libre y pleno consentimiento de los futuros esposos pueda contraerse el matrimonio; a la seguridad social, al trabajo digno y bien remunerado, a la familia, la salud y el bienestar; y en especial a la alimentación, al vestido, la vivienda, la educación, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, entre otros.

La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer —CEDAW—, ratificada en Colombia por la Ley 51 del 2 de junio de 1981 y su Decreto reglamentario 1398 del 13 de junio de 1990, establecen que la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de la mujer de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o

en cualquier otra esfera, independientemente de su estado civil y sobre la base de la igualdad universal.

La Convención Internacional de los Derechos de los Niños —ONU—, ratificada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991, es considerada el instrumento jurídico y social más importante en el campo de la niñez. En ella se considera al niño, la niña y al adolescente como sujetos de derechos y obligaciones, y estipula que como tales deben gozar de las mismas garantías que los adultos, aparte de aquellas que les corresponden por su condición especial.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, esta Declaración tiene como objetivo general reforzar la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de 1979, que reivindica la aplicación universal de los derechos humanos de la mujer. En este sentido cabe citar el Artículo 3 según el cual “[...] la mujer tiene derecho, en condiciones de igualdad, al goce y la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil y de cualquier otra índole”. Esta declaración define por primera vez la violencia contra las mujeres como una violación de los derechos humanos y se destaca cómo esta violencia impide total o parcialmente a la mujer gozar de sus derechos y libertades.

La Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en Belém do Pará en 1994, sostiene que este tipo de crímenes es “[...] una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades” (Acnur 1995, 1). Esta Convención, que fue ratificada por Colombia mediante la Ley 248 del 29 de diciembre de 1995, considera que:

Artículo 1: Para los efectos de esta Convención, debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 2: Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

a. Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros: violación, maltrato y abuso sexual;

b. Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona, y que comprende, entre otros: violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar; y

c. Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra. (*Ibid.*, 2)

Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente al abuso sexual

Los siguientes casos constituyen “hitos” de la aplicación de la Convención Belém do Pará en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos por considerar que los Estados son responsables de las acciones u omisiones que van en contra de los derechos humanos de las víctimas de abuso sexual. Al respecto, se evidencia el papel que cumplen las sentencias emitidas por este tribunal, constituyéndose en precedentes para justificar otros casos no regulados.

- Caso Maria da Penha vs Brasil

En 1983 Maria da Penha, biofarmacéutica brasileña, fue víctima de doble intento de homicidio dentro de su casa, en Fortaleza, Ceará, por parte de quien era entonces su marido y padre de sus tres hijas. El agresor, Marco Antonio Heredia Viveiros, colombiano naturalizado brasileño, economista y profesor universitario, le disparó por la espalda mientras ella dormía, causándole paraplejía irreversible, entre otros graves daños a su salud. En ocasión posterior, intentó electrocutarla en el baño. Hasta 1998, más de 15 años después del crimen, pese haber dos condenas por el Tribunal de Jurados de Ceará (1991 y 1996), aún no había una decisión definitiva en el proceso y el agresor permanecía en libertad, razón por la cual Maria da Penha envió caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Estado no respondió a la petición y permaneció silencioso durante

todo el procedimiento (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2001).

Finalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos responsabilizó al Estado por omisión, negligencia y tolerancia en relación con la violencia doméstica contra las mujeres brasileñas.

Esta comisión consideró que:

Para ciertos delitos, como la violación sexual, las víctimas deben presentarse al Instituto Médico Legal, el cual tiene la competencia exclusiva de llevar a cabo los exámenes médicos requeridos por la ley para procesar una denuncia. Algunas mujeres no tienen conocimiento de este requisito, o no tienen acceso a dicha institución de la forma justa y necesaria para obtener las pruebas requeridas. Estos institutos tienden a estar ubicados en áreas urbanas y, en donde están disponibles, a menudo no cuentan con el personal suficiente. Además, incluso cuando las mujeres toman las medidas necesarias para denunciar la práctica de delitos violentos, no hay garantía de que éstos serán investigados y procesados. (*Ibid.*)

- Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs México

El caso trata sobre la desaparición y ulterior muerte de las jóvenes Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodón de Ciudad Juárez el día 6 de noviembre de 2001. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos alegó ante la Corte la responsabilidad internacional del Estado mexicano por i) la falta de medidas de protección a las víctimas; ii) la falta de prevención de estos crímenes, pese al conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género en la zona; iii) la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición; iv) la falta de debida diligencia en la investigación de los asesinatos; y v) la denegación de justicia y la falta de reparación adecuada (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2009).

Pese a los alegatos y a las pruebas aportadas por el Estado mexicano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso que el Estado debía conducir eficazmente el proceso penal en curso y, de ser el caso, los que se llegasen a abrir, para identificar,

procesar y sancionar a los responsables materiales e intelectuales de la desaparición, maltratos y privación de la vida de las jóvenes González, Herrera y Ramos, señalando además la debida diligencia que debe realizar el Estado en delitos sexuales:

[...] el Estado, dado el contexto del caso, tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas. La Corte considera que ante tal contexto surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido. (*Ibid.*, 74)

Reconocimiento jurídico del abuso sexual a nivel nacional

A pesar de que la legislación penal colombiana en materia de delito sexual ha sido voluble, desde la promulgación de la Constitución Política de 1991 se ha venido tratando de normar los comportamientos inadecuados, sin embargo, hasta el momento en las gacetas¹ del Congreso de la República no hay registro de un estudio sobre la violencia sexual en nuestro país.

A continuación se expondrán las principales normas que regulan el abuso sexual en Colombia:

Ley 599 de 2000, por medio de la cual se expide el Código Penal. Señala los siguientes delitos:

Acceso Carnal (Artículo 212 Código Penal, Ley 599 del 2000): [...] penetración de 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.

Acceso carnal violento (artículo 205 Código Penal): el que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia [...]

Acto sexual violento (artículo 206 Código Penal): el que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia [...]

Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (artículo 207 Código Penal): el que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad psíquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento.

Acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 208 Código Penal): el que acceda carnalmente a persona menor de 14 años.

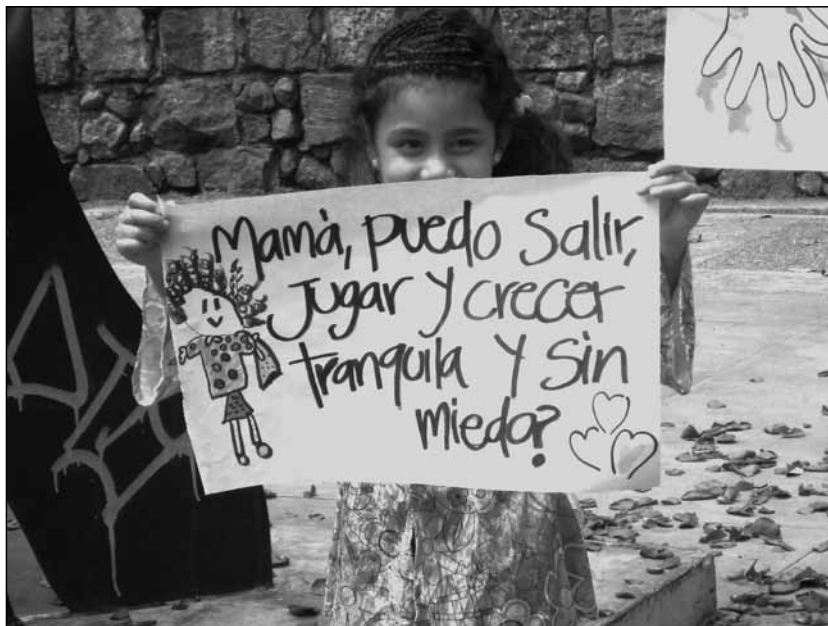
Actos sexuales con menor de catorce años (artículo 209 Código Penal) el que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de 14 años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales.

Incesto (artículo 237 Código Penal): el que realice acceso carnal u otro acto sexual con un ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, o un hermano o hermana.

Circunstancias de agravación punitiva (artículo 211 del Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000). Las penas para los delitos descritos en la sección anterior, 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 de particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.
3. Se produjere contagio de una infección de transmisión sexual.
4. Se realizare sobre persona menor de 12 años.
5. Se realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohobite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo.
6. Se produjere embarazo. (Congreso de la República de Colombia 23 de julio 2008)

¹ Entiéndase gacetas como la publicación del Congreso de la República que reseña el origen, desarrollo y debates de las leyes en Colombia.



Paula Rodríguez Alvarado
Yo también exijo respeto
Parque Nacional Enrique Olaya Herrera,
Bogotá D.C., Colombia
junio del 2012

Ley 906 de 2004, que establece el Código de Procedimiento Penal. Los siguientes artículos referentes al tema de abuso sexual son importantes:

Título Preliminar “Principios Rectores y garantías procesales”, artículo 1.

Libro II, Título I “La indagación y la investigación”:

Capítulo I “Órganos de indagación e investigación”, artículo 204; Capítulo III “Actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización”, artículo 250; Capítulo V “Cadena de Custodia”, artículos 254, 255, 257 a 265; Capítulo VI “Facultades de la defensa en la investigación” artículos 267 a 270.

Libro II, Título II “Medios cognoscitivos en la indagación e investigación”, Capítulo Único, artículos 275, 276 y 277.

Libro III “El juicio”, Título IV “Juicio Oral”, Capítulo III “Práctica de la Prueba”, Parte III “Prueba Pericial”, artículos 405 a 423.

Ley 1098 de 2006. Código de Infancia y Adolescencia. En el artículo 20 señala las situaciones que puede vulnerar el derecho de protección: la violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad.

En el artículo 199 establece que cuando se comentan delitos contra la libertad, integridad y formación sexual contra niños, niñas y adolescentes no se le aplicará al procesado ningún beneficio jurídico como la libertad provisional por vencimiento de términos, ni mucho menos rebajas en sus penas.

Ley 1154 de 2007. Esta ley modifica los artículos 83 y 237 de la Ley 599 de 2000, Código Penal. Las siguientes normas tienen relevancia al señalar la prescripción de la mayoría de edad:

Artículo 83. Prescripción de la acción penal.

Artículo 237. Delito de Incesto.

Ley 1146 de 2007. Tiene como objeto la prevención de la violencia sexual y la atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente.

De acuerdo con la ley se entiende por violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes, todo acto o comportamiento de tipo sexual ejercido sobre un niño, niña o adolescente, utilizando la fuerza o cualquier forma de coerción física, psicológica o emocional, aprovechando las condiciones de indefensión, de desigualdad y las relaciones de poder existentes entre víctima y agresor.

Ley 1236 de 2008. La ley modifica algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual.

Especialmente los artículos referentes a los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

Con la modificación hecha por la Ley 1236 de 2008 a la Ley 599 de 2000, el legislador determina la gravedad del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y revalida su poder punitivo, aumentando la pena mínima en un doscientos por ciento. Así, mientras el texto original del artículo 208 de la Ley 599 de 2000 establecía una pena mínima de 4 años, el artículo 4 de la Ley 1236 de 2008 establece una pena mínima de 12 años y una máxima de 20 años.

En cuanto a los actos sexuales diversos al acceso carnal con persona menor de 14 años, el artículo 209 de la Ley 599 de 2000 estableció inicialmente una pena privativa de la libertad de 3 a 5 años, sin embargo, esta norma tuvo adiciones y modificaciones, entre ellas la adición hecha un año después por la Ley 679 de 2001, disponiendo que quien realizará actos sexuales diversos al acceso carnal con persona menor de 14 años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de cuarenta y 48 a 90 meses; luego la Ley 1236 de 2008 modificó esta disposición y estableció que quien realice actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de 14 años o en su presencia, la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de 9 a 13 años.

Ley 1257 de 2008. Esta ley establece normas relativas a la sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, reforma el Código Penal, el de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996, y dicta otras disposiciones.

En el artículo 2 señala como uno de los daños además del físico, psicológico y patrimonial el sufrimiento sexual que proviene de

[...] la acción consistente en obligar a una persona a mantener contacto sexualizado, físico o verbal, o a participar en otras interacciones sexuales mediante el uso de fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal. Igualmente, se considerará daño o sufrimiento sexual el hecho de que la persona agresora obligue a la agredida a realizar alguno de estos actos con terceras personas. (Congreso de la República de Colombia 4 de diciembre de 2008)

Decreto 4799 de 2011. Esta Ley reglamenta parcialmente las Leyes 294 de 1996, Ley 575 de 2000 y Ley 1257 de 2008.

De acuerdo a las consideraciones del Ministerio del Interior y del Derecho esta reglamentación era necesaria en asuntos relacionados con las competencias de las Comisarías de Familia, la Fiscalía General de la Nación, los Juzgados Civiles y los Jueces de Control de Garantías, especialmente en lo referido al procedimiento para la efectividad de las medidas de protección a favor de las víctimas de la violencia de género y la salvaguarda de sus garantías en concordancia con el artículo 116 de la Constitución Nacional.

Se puede concluir que en Colombia el tipo penal del abuso sexual ha tenido variaciones importantes, pero más que ampliar la disposición, agravarla y aumentar la pena de prisión, las disposiciones jurídicas deben estar en consonancia con la realidad y sobre todo con los derechos humanos de las víctimas, es decir, es preciso que la normatividad no solo refleje el poder simbólico del derecho sino que trascienda la realidad.

Sin embargo, debe mirarse la utilidad práctica de lo que algunos han llamado el “fetichismo legal”² o “Eficacia simbólica del derecho” (Villegas 1993, 98), es decir, el placer y satisfacción que produce el derecho, la aprobación de leyes y estar de alguna manera “engañado” por el ritualismo de la norma, posponiendo indefinidamente la confrontación con sus problemas de aplicación.

Por la complejidad y gravedad de la situación del abuso sexual, los caminos de su superación son varios, ondulantes y largos. Si bien hay que romper con la inmovilidad y la apatía, también hay que desterrar los espejismos de las soluciones fáciles, inmediatas y mesiánicas. Los datos presentados cada año por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses refuerzan la idea de que hay que buscar soluciones de fondo que serán complejas y costosas.

2 Al respecto puede leerse el texto de Julieta Lemaitre Ripoll “El Derecho como conjuro” donde la autora muestra el derecho como fetiche, es decir, con un poder negativo de engañar y de dar sentido al mundo de los que creen en él.

Precisamente el legalismo ha sido una fachada para ocultar, en la mayoría de los casos, la realidad violenta y la desigualdad social colombiana, por eso se tiene fe en el derecho como instrumento o posibilidad de transformación social. En este sentido, el fetichismo legal muestra el abismo que existe entre la aprobación de una ley y su aplicación, posponiendo indefinidamente la confrontación con sus problemas de aplicación.

Jurisprudencia de las Cortes Suprema de Justicia y Constitucional Colombiana

Las Cortes en Colombia se han pronunciado sobre el abuso sexual y varias investigaciones han interrogado la manera como la judicatura ha entendido estos delitos a la vez que se preguntan si hay unanimidad en sus pronunciamientos sobre lo que constituye o no una vulneración de los derechos a la libertad, la integridad y la formación sexual (Barraza 2010, 14).

Es importante realizar este análisis jurisprudencial pues los jueces en todos los niveles deben revisar y respetar lo que, en relación con el problema jurídico que resuelven, se haya establecido previamente en casos similares y, en la eventualidad de que no compartan tales planteamientos, deben reconocer la existencia del tratamiento precedente y manifestar con argumentos las razones por las cuales, para el caso concreto, se apartan de lo establecido.

Para los dos casos seleccionados fue relevante establecer cuáles de las sentencias, en materia de delitos sexuales, se han convertido en fallos trascendentes, acogidos y ratificados posteriormente. Mediante la construcción de un árbol de sentencias se identificó cuál era una de las más referenciadas en la Corte Suprema de Justicia y en la Corte Constitucional frente a la valoración de la prueba pericial en los delitos de abuso sexual.

- Caso Corte Suprema de Justicia Sentencia Sala de Casación Penal. Radicado 34434 del 9 de diciembre de 2010. Magistrado Ponente Sigifredo Espinosa Pérez.

La sentencia señala que el 28 de junio de 2003 contrajeron matrimonio Jesús Herney Orozco Muñoz y Martha Gisela Giraldo Franco, quienes procrearon

a la menor M.O.G.³, nacida en la ciudad de Cúcuta (Norte de Santander) el 12 de agosto de 2004. En el año 2007 la pareja optó por separarse y cesar judicialmente los efectos civiles de su matrimonio, habiendo sido fuerte objeto de discordia lo relativo a la regulación de visitas del padre a su hija.

En esa época, la señora Martha Lucía Franco de Giraldo, abuela de M.O.G., advirtió que la niña presentaba enrojecimiento en su vagina, alertó de ello a Giraldo Franco, quien al preguntarle a su hija acerca de posibles tocamientos por parte del progenitor, obtuvo la respuesta de que, en efecto, él “le hacía cosquillas y le tocaba la vagina”.

Giraldo Franco denunció el hecho tiempo después, luego de que la menor fuera sometida a tratamiento psicológico y se ratificara que era manoseada en la zona vaginal por parte de su padre, de quien cierta vez la niña dijo que era “muy cochino porque se había orinado”, lo que, a juicio de las psicólogas, era indicativo de “movimientos masturbatorios”.

El apoderado de la parte demandante sostiene que el Tribunal absolvió al padre omitiendo apreciar pruebas aportadas legal y oportunamente, tales como el testimonio de la víctima —que se dejó de valorar porque no soportaba el tamiz de la técnica Análisis de Contenido Basado en Criterios (CBCA). De haber sido tenidas en cuenta dichas declaraciones, añade, se habrían eliminado las dudas sobre la cuales se basó la absolución.

La Corte Suprema de Justicia consideró que el Tribunal se equivocó porque:

Aplicó ciegamente la técnica del CBCA, desatendiendo que no goza de aceptación en la comunidad científica. Y se marginó por completo de sus análisis los restantes elementos de juicio, que fueron tenidos en cuenta por el juzgado de conocimiento para respaldar la versión de la menor y declarar la responsabilidad del acusado. (Corte Suprema de Justicia 2010, 24)

El CBCA consiste en un procedimiento enfocado en la evaluación de la credibilidad del testimonio de los niños, centrándose, primero, en el registro y aná-

³ En atención a las previsiones del Código de la Infancia y la Adolescencia, se omitirá, en el curso de la providencia, indicar el nombre completo de la menor afectada.

lisis de la actividad psicofisiológica de la persona que miente, en segundo lugar, examina la conducta no verbal del sujeto y, por último, estudia el contenido de la declaración del testigo.

La sentencia sostiene que la comunidad científica considera 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 fallo señala que “[...] lo que sí queda claro es que el CBCA debe considerarse exclusivamente como un instrumento de apoyo y nunca como herramienta única sobre la cual se base la toma de decisiones o al menos no por el momento” (Ibid., 29).

Lo interesante de esta sentencia es el análisis que se hace de esta prueba, que en el contexto judicial debe ser entendida como un indicio y debe ser analizada como una prueba más dentro del acervo probatorio. El resultado debe ser confirmado mediante la recolección de otro tipo de pruebas, como confesión o peritaje médico-forense, entre otras.

Por esta razón, se ha considerado que mientras no se le perfeccione (la prueba), no puede tomarse nunca como herramienta o prueba única sobre la cual se base la toma de decisiones judiciales, pues, en estos casos —hay consenso— es imprescindible tener en cuenta la existencia de otras pruebas. (Ibid., 33)

Finalmente la Corte señala que el dictamen no debe apegarse a un protocolo determinado para la valoración del testimonio de un menor, basta que esta declaración este corroborada y respaldada en el acervo probatorio y que este sea examinado en conjunto para que se concluya que el padre sí era el culpable del delito.

- Caso Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 078 de 2010. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

La sentencia de tutela señala que los hechos se iniciaron a partir de una denuncia presentada por la señora “María”, por el presunto delito de “actos sexuales abusivos cometidos en menor de catorce

años” que se habrían cometido sobre su hija “Laura”, quien para la época de los hechos tenía apenas tres años de edad. Se vinculó como sindicado a Juan, el padre de la menor.

En el proceso mencionado se aportaron, decretaron y practicaron como pruebas de tipo médico-psicológico las siguientes: a) concepto de la Dra. Mónica Patricia Vejarano Velandia, a partir de una valoración psicológica que realizó sobre la niña “Laura”; b) valoración sexológica del médico Dr. Gabriel Villalba Cañellas, adscrito al Cuerpo Técnico de Investigación —CTI— de la Fiscalía General de la Nación; c) concepto de la Dra. Alexa Liliana Rodríguez Padilla, psicóloga que se desempeñaba profesionalmente para el Instituto de Medicina Legal. Todas estas pruebas, de modo unánime, coinciden en afirmar que existieron actos de abuso sexual en contra de la niña “Laura”.

El apoderado de la demandante sostiene que, pese a la contundencia palmaria e irrefutable de las anteriores pruebas, las dos instancias del ente investigador las descartaron como pruebas de la existencia de un delito de actos sexuales con menor de catorce años y para ello se valieron, a su juicio, de las más inaceptables razones que se describen así en la demanda: 1) descartar el concepto de la Dra. Vejarano por cuanto no cumplía con la ritualidad propia de un dictamen pericial; 2) el dictamen del Dr. Villalba por cuanto no le pareció a los Fiscales respectivos que tal dictamen fuera creíble, a la luz de un diccionario jurídico que se consultó; y 3) el dictamen de la Dra. Alexa Rodríguez Padilla, por cuanto, aunque sí cumplía con las formalidades de un dictamen pericial, la experta no había empleado unas técnicas de entrevista específicas para llegar a las conclusiones a las que arribó.

La Corte Constitucional señaló:

Esta hipótesis se presenta cuando el funcionario judicial omite considerar elementos probatorios que constan en el proceso, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar su decisión y, en el caso concreto, resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido habría variado sustancialmente (10).

Para la Corte resulta inaceptable que se descarte el valor de una prueba documental tan contundente, respaldada además por fotografías y por el testimonio de su autora, bajo la consideración errada de que esa prueba pericial no cumplió con unos requisitos que la legislación colombiana no exige, ni existen en ningún documento que contemple la obligatoriedad de estas bajo ciertas y estrictas modalidades. Es así como la Corte Constitucional considera que son los peritos los que deben determinar las técnicas que utilizan, pues ellos son los que poseen el conocimiento que les permite llegar a conclusiones que ayudan al juez para tomar la decisión.

Además, en estos casos considera la Corte, se deben captar las necesidades de las víctimas, privilegiando sus intereses, valorando el testimonio, así se dé por terceras personas como psicólogos especialistas, que ayuden al menor a expresar lo sucedido, con el fin disminuir la revictimización del niño.

Termina señalando que para la administración de justicia es fundamental la participación de expertos, pues ellos permiten conocer las afecciones psicológicas y sociales que produjeron determinados hechos sobre una víctima. Cuando se realiza un peritaje por parte de estos profesionales es esencial que sea elaborado con soporte científico y sustentado, dada su importancia para la valoración probatoria en el proceso de abuso sexual.

El trabajo interdisciplinario en la resolución de los casos de abuso sexual

En el estudio del abuso sexual es menester destacar los avances interdisciplinarios dados a partir de la conjunción de las ciencias sociales, humanas y las jurídicas, aportes que ofrecen a la sociedad la modernización del Estado y las reformas legislativas que a su vez permiten que los Estados procedan en correspondencia con las vicisitudes contemporáneas y con las realidades en emergencia, situaciones que demandan acciones preventivas, promocionales e integrales bajo el enfoque de los Derechos y de los Convenios mundiales.

La Administración de Justicia ha sido siempre terreno casi exclusivo de los profesionales del Derecho, no obstante, las distintas especificaciones de la disciplinabilidad al uso (“inter y multi”) están siendo

consideradas como el mejor vehículo para llegar a valoraciones integrales sobre los casos sometidos a estudio (Hernández 2004, 1).

Teniendo en cuenta la modernización del Estado y de los cambios de paradigma que implican la expansión de las cosmovisiones y la cooperación entre las diferentes áreas del conocimiento, los profesionales de la psicología, del Trabajo Social, de la psiquiatría, entre otros, han cumplido un papel significativo en la comprensión e intervención en el abuso sexual, aportando el análisis del contexto, la evaluación integral del caso, la valoración que va más allá del dictamen judicial y otros elementos de análisis significativos que deben ser considerados por el sistema judicial. Esto implica, además, que su ejercicio profesional no se reduce a la evaluación socio-familiar, sino que forma parte del proceso de intervención con acciones preventivas, promocionales, educativas, que requieren un monitoreo del caso y trascender el informe puntual. De esta manera sobresale el papel de los equipos psicosociales cuando aportan las herramientas metodológicas y conceptuales, propias de su acervo centenario: visita domiciliaria, evaluación, diagnóstico, genograma, ecomapa, cámara de Gesell⁴, remisión a recursos, coordinación interinstitucional, entre otros. Se destaca el uso en el continente de la cámara de Gesell como prueba en los procesos judiciales, con el fin de disminuir en los niños los traumas ocasionados por el abuso sexual (Gómez 2002, 47).

Asimismo, la visita domiciliaria se asume de manera multidisciplinaria como competencia de todos los profesionales y es entendida como técnica del Trabajo Social que se aplica en el domicilio de las personas, a través de la entrevista y la observación con fines de diagnóstico e intervención y con el propósito de vincular el problema-síntoma dentro del sistema sociofamiliar en la perspectiva holística de la vida. Esta técnica tiene como objetivos obtener, verificar

⁴ La Cámara de Gesell, es una habitación acondicionada que permite la observación de personas. Está conformada por dos ambientes separados por un vidrio de visión unilateral, los cuales cuentan con equipos de audio y de video para la grabación de los diferentes experimentos. Fue creado por el psicólogo estadounidense Arnold Gesell (1880-1961), quien se dedicó a estudiar las etapas del desarrollo de los niños.

y ampliar información en el domicilio, estudiar el ambiente social y familiar en que está inserto, dar información a la familia sobre el estado de avance de la intervención, controlar situaciones socio-familiares que indiquen el estado de avance y reforzar las directrices dadas en el proceso de tratamiento.

Este repertorio de técnicas, que es acogido por las disposiciones legales en el caso particular de Colombia y en gran parte de los países de la región, establece la necesaria vinculación del profesional de Trabajo Social en las Comisarías y Juzgados de Familia, en la Fiscalía General de la Nación y en otras dependencias con funciones explícitas de trabajo de redes, valoración técnica, grupos (de orientación, socio-educativos, socio-terapéuticos, ayuda mutua), que trascienden la evaluación y permiten una práctica multidisciplinaria con la reciente inclusión de la psicología y la nutrición (Robles 2004, 135).

En países como España (pionero en el tema desde la década de los noventa) no se duda sobre la importancia que tienen los “peritos sociales judiciales” para reforzar los argumentos jurídicos en un proceso litigioso. Sucede por ejemplo con la psicología jurídica, donde se estudian procesos psicológicos de sujetos involucrados con la ley, además de actuar como una ciencia auxiliar del derecho al aportar datos y juicios de expertos respecto al comportamiento humano en el escenario legal (Gorphe 2004, 125).

El informe pericial se emite para constatar, a través de una valoración técnica, una realidad no perceptible. Su fin es hacer visible lo invisible, hacer tangible lo intangible. El grado de fiabilidad que puede merecer un dictamen pericial vendrá ligado a los elementos y datos que el perito hubiera seleccionado para emitir su opinión técnica, así como su especialidad y comprensión del proceso de la violencia en este contexto.

De acuerdo con lo anterior, es importante realizar un análisis y revisión de la participación y preponderancia de las ciencias sociales en la garantía de los derechos de las víctimas de abuso sexual, pues es allí donde es necesaria la participación de los operadores psicosociales que aporten al operador jurídico hechos pasados y presentes, para lograr una mejor comprensión de los hechos objeto de debate y así poder emitir

fallos acertados que garanticen la dignidad de las víctimas de dichos crímenes.

Reflexiones finales

- El Estado debe responsabilizarse por toda acción y omisión en el tema del abuso sexual. Durante muchos años se ha sostenido un silencio que desconoce la necesidad de la prevención y la erradicación de este tipo de crímenes. Colombia no puede seguir en el mismo camino de violencia, inequidad, impunidad e intolerancia.
- El abuso sexual representa una de las problemáticas que atentan contra la estabilidad social, política y económica de un país, debido a los altos costos personales y sociales que generan grandes vulneraciones, cada vez más extendidas y menos visibles, de los Derechos Humanos.
- Es necesario aproximarse al tema del abuso sexual desde las políticas públicas para que su abordaje adquiera atributos de coherencia, integridad, legitimidad y sostenibilidad. Para establecer los objetivos y propuestas de acción de las políticas se hace necesario, identificar las variables que describan los tipos de abuso, así como los factores en el contexto, tales como las restricciones sociales, culturales, políticas e institucionales, la posición social de los sujetos involucrados, sus causas y consecuencias no solo para los involucrados (víctimas y victimarios) sino para la sociedad en su conjunto.
- El reconocimiento jurídico a nivel nacional e internacional busca la protección integral de los derechos humanos de las víctimas de abuso sexual. No obstante, el acercamiento a las sentencias emitidas tanto por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional colombiana, como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a nivel internacional, demuestran los obstáculos que las víctimas encuentran a modo de nudos críticos para lograr un reconocimiento pleno de sus derechos y una garantía efectiva para el acceso a la justicia.
- Sin duda, el tratamiento del abuso sexual necesita más que aprobación de leyes, acciones eficaces que den solución a la problemática. El llamado

“fetichismo legal” o “Eficacia simbólica del derecho”, el placer y satisfacción que produce el Derecho, la aprobación de leyes y estar de alguna manera “engañado” por el ritualismo de la norma, posponiendo indefinidamente la confrontación con sus problemas de aplicación en este tema, necesita ser superado desde la educación y el abordaje de otras disciplinas para viabilizar una salida más integral. Se propone entonces como una acción eficaz, la prevención que realice el sector de la salud contribuyendo a la detección temprana de esta problemática y proporcionando a las víctimas el tratamiento y la atención requerida e idónea.

- Se requiere además promover competencias para el trabajo interdisciplinario, el fortalecimiento en la aplicación de técnicas profesionales e investigativas y la producción de conocimiento con el objetivo de brindar confiabilidad a los aportes de la psicología y el Trabajo Social, para que la valoración de estas disciplinas permita hacer visible la situación de las víctimas de abuso sexual, incidiendo así en la toma de decisiones de los administradores de justicia.

Referencias bibliográficas

- Barraza, Cecilia. 2010. *Estudio de la Jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas*. Bogotá: Corporación Humanas.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 078 de 2010. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Expediente Radicado 34434 de 2010. Magistrado Ponente Sigilfredo Espinosa.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Maria Da Penha Maia Fernandes Vs Brasil. n.º 654 de 2001.
- Consejería Presidencial para los Derechos Humanos. 2001. *Promoción de los Derechos Sexuales y reproductivos*. Bogotá: Gente Nueva.
- Galeano Marin, María Eumelia y Olga Lucía Vélez Restrepo. 1999. *Estado del arte de las fuentes documentales en investigación cualitativa (Fase I)*. Medellín - Colombia: Universidad de Antioquia. Facultad de Ciencias Sociales y Humanas.
- García Villegas, Mauricio. 1993. *La eficacia simbólica del derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Gómez Serrano, Laureano. 2002. La Objeción de los Informes Técnicos. *Temas Socio – Jurídicos Revista del Centro de Investigaciones Socio – Jurídicas*. n.º 52 (25), 45-51. Bucaramanga. Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Bucaramanga.
- Gorphe, François. 2004. *Manual de Psicología Jurídica: La Apreciación Judicial de las Pruebas*. 2 ed. 399. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Rodríguez Cely, Leonardo Alberto. 2003. “Intervención Interdisciplinaria en casos de abuso sexual infantil”. *Revista Univ Psychol*, (58). Bogotá Pontificia Universidad Javeriana.
- Robles, Claudio. 2004. *La intervención pericial en Trabajo Social: Orientaciones teórico – prácticas para la tarea forense*. Buenos Aires: Espacio.

Documentos en línea

- Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los refugiados –Acnur-. 1995. “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer: Convención De Belem Do Para”. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0029> (23 de octubre del 2012).
- Hernández Escobar, Ana. “El dictamen pericial de los Trabajadores Sociales”. *Revista La Toga*. Sevilla. [Sin año]. Disponible en: <http://www.foroempresarial.com/anuncios/Listado/..%5CClientes%5Cfirma%5CDocumentos%5Carticulos%5Cdictamenpericial.pdf> (1 de noviembre del 2012).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2001. “Informe n.º 54/01, Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes Vs Brasil”. <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/capituloiii/fondo/brasil12.051.htm> (1 de noviembre del 2012).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2009. “Sentencia del 16 de noviembre de 2009 en el caso Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf (3 de noviembre del 2012).

Documentos jurídicos

- Congreso de la República de Colombia. Senado de la República. 2 de Junio de 1981. Ley 51 de 1981. “Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada en Copenhague el 17 de julio de 1980”. Diario Oficial 35.794.

- Congreso de la República de Colombia. Senado de la República. 22 de Enero de 1991. Ley 12 de 1991. “Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989”. Diario Oficial 39.640.
- Congreso de la República de Colombia. Senado de la República. 24 de julio de 2000. Ley 599 de 2000. “Por la cual se expide el Código Penal”. Diario Oficial 44.097.
- Congreso de la República de Colombia. Senado de la República. 31 de agosto de 2004. Ley 906 de 2004. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. Diario Oficial 45.657
- Congreso de la República de Colombia. Senado de la República. 8 de noviembre de 2006. Ley 1098 de 2006. “Por la cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia”. Diario Oficial 46.446.
- Congreso de la República de Colombia. Senado de la República. 4 de septiembre de 2007. Ley 1154 de 2007. “Por la cual se modifica el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, Código Penal”. Diario Oficial 46.741.
- Congreso de la República de Colombia. Senado de la República. 10 de julio de 2007. Ley 1146 de 2007. “Por medio de la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente”. Diario Oficial 46.685.
- Congreso de la República de Colombia. Senado de la República. 23 de julio de 2008. Ley 1236 de 2008. “Por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual”. Diario Oficial 47.059.
- Congreso de la República de Colombia. Senado de la República. 4 de diciembre de 2008. Ley 1257 de 2008. “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial 47.193.
- Presidente de la República de Colombia. 20 de diciembre de 2011. Decreto 4799 de 2011. “Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 294 de 1996, 575 de 2000 y 1257 de 2008”. Diario Oficial 48.289.