



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

**El proceso penal en los delitos contra la libertad,
integridad y formación sexual cuando la víctima es
menor de 14 años**

Julie Marcela Daza Rojas

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia
2020

El proceso penal en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual cuando la víctima es menor de 14 años

Julie Marcela Daza Rojas

Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de:
Doctora en Derecho

Director
Ph.D. Alejandro Gómez Jaramillo

Línea de Investigación:
Dogmática en Derecho Privado
Sub línea Familia, Infancia y Adolescencia

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia
2020

A mi madre, quien me motivó siempre a estudiar, sus palabras cobran vida en esta tesis, “hija estudie, es la única herencia que yo le puedo dejar.” No he parado mamá, espero no dejar de hacerlo nunca.

Declaración de obra original

La suscrita, Julie Marcela Daza Rojas, declaro lo siguiente:

He leído el Acuerdo 035 de 2003 del Consejo Académico de la Universidad Nacional. «Reglamento sobre propiedad intelectual» y la Normatividad Nacional relacionada al respeto de los derechos de autor. Esta disertación representa mi trabajo original, excepto donde he reconocido las ideas, las palabras, o materiales de otros autores.

Cuando se han presentado ideas o palabras de otros autores en esta disertación, he realizado su respectivo reconocimiento aplicando correctamente los esquemas de citas y referencias bibliográficas en el estilo requerido.

He obtenido el permiso del autor o editor para incluir cualquier material con derechos de autor (por ejemplo, tablas, figuras, instrumentos de encuesta o grandes porciones de texto).

Por último, he sometido esta disertación a la herramienta de integridad académica, definida por la universidad.

Julie Marcela Daza Rojas

Nombre

Fecha 22/05/2020

Agradecimientos

Tantas personas a las que agradecer y en tan poco espacio.

En primer lugar, a las víctimas de abuso sexual infantil. Esta tesis fue inspirada por una víctima; el acompañamiento durante el desarrollo del procedimiento penal en que se logró la condena a su agresor, me hizo comprender que su voz como niño y como víctima nunca fue escuchada en el proceso y que la información que llegaba a él era traducida en la forma como la comprendían sus padres. Espero que esa víctima algún día comprenda lo que verdaderamente ocurrió y perdone a la administración de justicia penal por su lentitud, y porqué nunca fue una preocupación el restablecimiento de sus derechos.

Así mismo, a los abogados litigantes, auxiliares de la justicia, funcionarios de la justicia y jueces que me permitieron escuchar su voz frente al proceso y acompañarlos en sus audiencias, espero que haya logrado plasmar sus ideas, sinceridad y esperanza por mejorar la administración de justicia en esta tesis.

A mi familia, que comprendió mi aislamiento, motivó mis viajes, trató de entender mis ideas y, por encima de todo, aun cuando no era claro para ellos, siempre pensaron que sí era importante para mí, debía terminar lo que inicié.

A mis amigas, amigos y sus parejas, siempre apoyándome, escuchando e incluso ayudando a organizar y leer apartados de la tesis. Ellos con una palabra de aliento, la búsqueda de libros, el apoyo para traerlos de otras partes del mundo, guardando silencio cuando debía encerrarme a escribir y motivándome a través de sus mensajes., han sido parte importante de esta investigación.

A mis profesores y profesoras de la Universidad Nacional de Colombia, quienes desde pregrado hasta el doctorado han motivado la búsqueda de conocimiento, hoy en día algunos de ellos se han convertido en amigos cercanos, compañeros de camino y ejemplos a seguir. De todos ellos quiero resaltar a mi director, Alejandro Gómez Jaramillo, quien creyó en la hipótesis de investigación que quise desarrollar y, a pesar de mi terquedad, con paciencia y gracias a su acompañamiento logró que la suscrita presentara mejor cada idea.

A mis alumnos y alumnas, especialmente a los que siguen presentes a pesar de que hace mucho nos conocimos en un aula de clase, su respeto, admiración y confianza son un motor para hacer el mejor trabajo posible.

Y por último, y no menos importante, a mi grupo de estudio de la quinta cohorte de doctorado, con quienes discutíamos todos los temas de trabajo, así no fuera de nuestra área de experticia. A ellos, con quienes compartí alegrías y angustias durante este camino, muchas gracias.

A todos los mencionados, gracias por creer en mí, en esta tesis y por la compañía, a pesar de que pasaron algunos días sin que escribiera ni una sola letra, su confianza me motivó a terminarla.

Resumen

A través de un estudio de sociología procesal penal, se analiza el proceso penal que se desarrolla para los delitos de acto sexual y acceso carnal cometidos en contra de las personas menores de 14 años en Colombia. Por medio de la observación del procedimiento, se mostrarán las deficiencias del escenario judicial y su estructura normativa e institucional en el restablecimiento de los derechos de la niñez que ha sido víctima de estos delitos. Así mismo, se devela cómo el procedimiento es un fenómeno complejo, pues en la práctica se reúnen diferentes intereses y se exponen estrategias revictimizantes, así como también ese procedimiento lesiona el derecho y su desarrollo puede llegar a generar impunidad. Esta observación permitirá concluir que el proceso penal puede llegar a ser un proceso de restablecimiento de derechos y así mismo considerar una justicia procesal penal adaptada a la infancia, que garantice el acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes en Colombia y, por consiguiente, su derecho a ser informados, oídos y que sus decisiones sean tenidas en cuenta.

Palabras clave: Derecho de infancia y adolescencia, delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, sociología, sociología procesal penal, flexibilidad, procesos cognitivos, justicia procesal penal adaptada a la niñez.

Abstract

Through a study of Criminal Procedure Sociology, the criminal process that is developed for the crimes of sexual intercourse and carnal access committed against people under 14 in Colombia is analyzed. By observing the procedure, the deficiencies of the judicial scenario and its normative and institutional structure in the restoration of the rights of children who have been victims of these crimes will be shown. Likewise, it reveals how the procedure is a complex phenomenon, because in practice different interests are met and revictimizing strategies are exposed, as well as the right is violated and on the other hand the development of the same can generate impunity. This observation will make it possible to conclude that the criminal process can become a process of restoration of rights and likewise consider a criminal procedural justice adapted to children, that guarantees access to justice for children and adolescents in Colombia and therefore their right to be informed, heard and their decisions taken into account.

Keywords: Children's rights, sexual crimes, sociology, criminal procedure sociology, cognitive processes, criminal justice process, reflexivity, adapted to children.

Contenido

	Pág.
Resumen	IX
Lista de gráficos	XIII
Lista de tablas	XIV
Introducción	1
Justificación y origen del trabajo de investigación.....	3
Hipótesis y objetivos de la investigación	9
Hipótesis	9
Objetivos	10
Objetivo general	10
Objetivos específicos	10
Consideraciones sobre el método mediante el cual se probará la hipótesis	11
Estructura del trabajo	18
Capítulo 1. Sociología procesal penal. Una forma de abordar el proceso penal en el abuso sexual a menores de 14 años	23
1.1 Sociología procesal penal, sociología del castigo y modelos de producción escénica	25
1.2 Cifras sobre delitos contra actos sexuales abusivos y acceso carnal con menor de 14 años	37
1.3 Los procesos cognitivos: forma de organizar la observación del proceso.....	60
1.4 Aplicación del modelo a partir de la teoría.....	71
1.4.1 Instrumentos realizados para recaudar información	75
1.4.2 Estudio de caso. ¿Baño inocente o abusivo?.....	82
1.5 Conclusiones	106
Capítulo 2. El proceso penal. Funciones, contradicciones e impunidad.....	109
2.1. El proceso penal en abuso sexual contra personas menores de 14 años. Un espacio de alta especialización.	110
2.2. El proceso penal cuando la víctima es una persona menor de 14 años. Reglas especiales de procedimiento.	131
2.3. Impunidad. Concepto y mecanismos que impiden el procesamiento.	141
2.4. Conclusiones	152

Capítulo 3. Justicia procesal penal adaptada a la niñez. Bases para la transformación del derecho procesal penal cuando la víctima es menor de 14 años.....	157
3.1. Fundamentos internacionales y constitucionales para una justicia procesal penal adaptada a la niñez	160
3.2. Acceso a la justicia y corresponsabilidad.....	172
3.3. Restablecimiento de los derechos de los niños y justicia restaurativa	179
3.4. Conclusiones	196
Capítulo 4. Conclusiones generales	199
Anexos:	207
Anexo A. Formato de seguimiento y control de la audiencia.	207
Anexo B. Entrevista semiestructurada.....	209
Anexo C. Entrevista semiestructurada Juez(a).....	211
Anexo D. Respuesta Derecho Petición Unidad de Análisis y Desarrollo Estadístico UDAEO18-1035.....	213
Anexo E. Respuesta Derecho Petición Unidad de Análisis y Desarrollo Estadístico UDAEO19-1224.....	217
Anexo F. Respuesta derecho petición grupo control, vigilancia y gestión estadística. Dirección Nacional de Defensoría Pública.	219
Anexo G. Tabulación seguimiento de Audiencias, Tabulación Entrevista Jueces, Tabulación Entrevista Sujetos.....	221
Bibliografía	235

Lista de Gráficos

	Pág.
Gráfico 1. Índice de evacuación parcial efectiva. Comparación entre ingresos y egresos por sentencias, sentencia anticipada, sentencia ordinaria y auto con decisión de fondo.	46
Gráfico 2. Tipo de proceso: acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Porcentaje discriminado de egresos.	48
Gráfico 3. Tipo de proceso: acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Índice de evacuación parcial efectiva comparado con egresos por sentencias y egresos por sentencia, sentencia anticipada, sentencia ordinaria y auto con decisión de fondo	50
Gráfico 4. Actos sexuales con menor de 14 años. Porcentaje discriminado de egresos.	51
Gráfico 5. Actos sexuales con menor de 14 años. Índice de evacuación parcial efectiva comparado con egresos por sentencias y egresos por sentencia, sentencia anticipada, sentencia ordinaria y auto con decisión de fondo.	53
Gráfico 6. Juzgados penales del circuito. Gran total por años en la última década	56
Gráfico 7. Componentes	70

Lista de Tablas

	Pág.
Tabla 1. Porcentajes y desagregación de egresos años 2008 a 2016	45
Tabla 2. Tipo de proceso: acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Porcentaje discriminado de egresos.	47
Tabla 3. Tipo de proceso: acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Índice de evacuación parcial efectivo vs. egresos por sentencia, sentencia anticipada, sentencia ordinaria y auto con decisión de fondo, y egresos por sentencia	49
Tabla 4. Actos sexuales con menor de 14 años. Porcentaje discriminado de egresos.	50
Tabla 5. Tipo de proceso: actos sexuales con menor de 14 años. Índice de evacuación Parcial efectivo vs. egresos por sentencia, sentencia anticipada, sentencia ordinaria y auto con decisión de fondo, y egresos por sentencia.	52
Tabla 6. Juzgados penales del circuito discriminados por distrito judicial en la última década.	55
Tabla 7. Cifras FORENSIS vs. Cifras UDAEO. Años 2007 a 2018.	58
Tabla 8 Síntesis del proceso realizado	69
Tabla 9. Síntesis Reglas de procedimiento.	74
Tabla 10. Variables de la investigación.	85
Tabla 11. División del juicio por sesiones.	89

Introducción

Este documento busca develar las deficiencias del escenario judicial y su estructura normativa e institucional en el restablecimiento de derechos de la niñez menor de 14 años, víctima de los delitos de acto sexual y acceso carnal abusivo (en adelante, abuso sexual) mediante la observación del procedimiento penal a la luz del método sociológico propuesto por Eugenio Raúl Zaffaroni, y plantear algunos lineamientos para la construcción de una justicia penal adaptada a la niñez (Berlinerblau, 2016).¹

El texto de Zaffaroni titulado Sociología procesal penal² no se encuentra con facilidad en las bibliotecas de América, ni Europa. A pesar de haber sido editado en México solo fue posible obtenerlo a través de la Biblioteca Nacional de Australia. Irónico resulta que no sea conocido en América Latina y sí en Australia. La propuesta de Zaffaroni es adecuada para la realización de la tesis, puesto que el enfoque socio jurídico que desarrolla nos permite analizar de forma óptima el proceso penal, ya que es en él donde se desvelan las interpretaciones de la norma, prácticas y estrategias del litigio que permiten comprender si el procedimiento restablece los derechos de las víctimas de abuso sexual menores de 14 años.

¹ El ordenamiento jurídico colombiano tipifica la conducta del abuso sexual como delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Se utilizará en la presente tesis el concepto abuso sexual por considerarlo más sencillo, queriendo llegar así a más personas y ser referente en los buscadores *on line*. Se retoma entonces el concepto de abuso sexual de Virginia Berlinerblau desarrollado para la Unicef, para quien “El abuso sexual ocurre cuando un niño es utilizado para la estimulación sexual de su agresor (un adulto conocido o desconocido, un pariente y otro) o la gratificación de un observador. Implica toda interacción sexual en la que el consentimiento no existe o no puede ser dado, independiente de si el niño entiende la naturaleza sexual de la actividad e incluso cuando no muestre signos de rechazo.” Información disponible también en: [https://www.unicef.org/ecuador/proteccion-AbusoSexual_contra_NNyA-2016_\(1\).pdf](https://www.unicef.org/ecuador/proteccion-AbusoSexual_contra_NNyA-2016_(1).pdf). Última Consulta, 7 de enero de 2019.

² Documento fue publicado en 1968, por Ediciones de Botas, hizo parte de la Colección “Gabriel Botas”. Solo se realizó una edición de 1000 ejemplares. Consta de 10 capítulos y tiene un total de 98 páginas. Lo realizó el autor durante el tiempo que estuvo vinculado como docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

En consecuencia, es la sociología procesal penal el enfoque privilegiado para descubrir tales prácticas, no por un interés exclusivamente académico, sino porque el destino de los sujetos procesales, en particular, el de las personas menores de 14 años víctimas de abusos sexuales, depende más de las prácticas que de la teoría o fines del proceso penal. Se observarán y describirán las prácticas jurídicas con el propósito de desentrañar los elementos constitutivos y determinantes de ellos, así como la forma en que se manifiestan en el campo procedimental, e incluso se desentrañarán los discursos y estereotipos que las definen. Todo ello a través de la mirada de la sociología comprensiva (Giddens, 2014: 804).

Zaffaroni propone que se estudie la realidad interna del proceso penal, como un conjunto de conocimientos no normativos, para lo cual se buscará comprobar la hipótesis de investigación a través de la realización de un estudio sociológico de campo, dado que se considera que se presentan factores de impunidad en los casos de abuso sexual cuando la víctima es una persona menor de 14 años³. Adicionalmente; se considera que ni el diseño del procedimiento penal, ni el conjunto de prácticas en el escenario judicial y administrativo, logran el restablecimiento de los derechos de la víctima y de forma reiterada desvirtúan la obligación de corresponsabilidad en la protección de los niños, niñas y adolescentes que le es exigible a la familia, la sociedad y el Estado (Rojas, 2008:13).

Durante el curso de la investigación se desarrollan cuatro ideas centrales: 1. Se considera que los procesos penales aplicados al abuso sexual que sufren las personas menores de 14 años fallan en el restablecimiento de los derechos que les fueron vulnerados; 2. Derivado del planteamiento anterior, se afirma que el diseño normativo e institucional no cumple con la obligación de restablecimiento, en tanto que, de un lado, el proceso está creado para el ejercicio del *ius puniendi*, su construcción no corresponde a la protección de los derechos de la niñez, y del otro, a que el sistema normativo e institucional está mal diseñado, factor que incide en los procedimientos; 3. El derecho y en especial el aumento de las penas como estrategia del legislador en estos casos, es meramente simbólico, ya que no produce en la realidad ningún cambio, ni aporta a que disminuya la comisión de este tipo de delitos, ni a su juzgamiento, y finalmente; 4. La observación del procedimiento permitirá definir los lineamientos para la construcción de una justicia procesal penal adaptada a la niñez, con estrategias, recomendaciones y soluciones alternativas a la actual, que parta del reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección constitucional, que hacen parte del proceso

³ Los abusos sexuales se encuentran contenidos en el título IV, Capítulo I, artículos 205 a 219 A, de la Ley 599 de 2000, Código Penal Colombiano.

no solo como víctimas; sino como sujetos de derechos con plena capacidad para exigir el cumplimiento de sus derechos, también lleva a la comprensión de que el objetivo del proceso no se limita a establecer la responsabilidad en la comisión del delito, sino que debe garantizar el restablecimiento de los derechos de las personas menores de 14 años.

Por otro lado, es importante precisar que la investigación sociológica que se realiza, no abordará otras teorías de la ciencia penal, ni realizará un análisis criminológico, ya que como se ha precisado, las prácticas son el eje de la investigación que se desarrollan dentro del proceso, en otras palabras; el proceso en su realidad interna. Sin embargo, esto no implica que su conocimiento no sea necesario, ya que permite indirectamente formular las preguntas teóricas que orientan la investigación, así mismo conocer la naturaleza del espacio que se está investigando (Giddens, 2014: 801).

Justificación y origen del trabajo de investigación

En esta tesis la víctima tendrá una especial consideración, pues será el restablecimiento de sus derechos la base para la construcción de una justicia procesal penal adaptada a la niñez; por ello, y teniendo en cuenta las limitaciones poblacionales que realiza el sistema normativo colombiano, cuando se hable de la niñez respecto del proceso penal se tendrá en cuenta que a partir de la adopción de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en el año 1991,⁴ se entiende que niño o niña es toda persona menor de 18 años, con independencia de las categorías creadas dentro del rango de los 0 a los 18 años para la garantía de derechos. Así mismo, para efectos del análisis de los delitos, se tendrá en cuenta que los 14 años es la edad mínima requerida para consentir válidamente una relación de contenido sexual, y por ende ejercer la libertad sexual.

Pero se precisa que, en cuanto a los delitos relacionados con el abuso sexual, la tesis se limitará a los delitos de acto sexual y acceso carnal abusivo cometidos contra personas menores de 14 años. Delitos para los cuales la Ley 1098 de 2006 creó reglas especiales de procedimiento⁵ las cuales buscan una mayor protección de la víctima, pero que se discutieron en el contexto de los derechos de la niñez mas no en el marco del derecho penal y procesal penal.

⁴ La Convención aprobada e integrada al ordenamiento jurídico interno mediante ley 12 de 1991, siendo esta a su vez adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

⁵ Reglamentadas en el Código de Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006, el Título II, Capítulo único, artículos 192 a 199.

Debido a lo anterior, cuando se deben poner en práctica las reglas especiales de procedimiento –y así se denota de diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional– se presenta una colisión de derechos de dos sujetos de especial protección constitucional: la víctima por un lado, y el procesado, por el otro; lo cual puede llevar a que las reglas especiales de procedimiento no se apliquen, o se apliquen de forma limitada.

Por otra parte, la realidad indica que en el proceso penal, los derechos del procesado deben ser protegidos, siendo así, las reglas especiales de procedimiento no debieron considerarse de forma aislada al derecho penal y procesal penal, sino integrarse a ellos, por lo tanto la propuesta de una justicia procesal penal adaptada a la niñez parte de integrar los derechos de los sujetos de especial protección constitucional mencionados, pero también que las autoridades judiciales, siempre y cuando no vulneren otros derechos, tienen la posibilidad de superar las previsiones legales especialmente para la garantía de la protección de los derechos de los niños (Rojas, 2008:89).

De acuerdo con lo expresado, deberá superarse la idea de que no es fácil la integración, pues en los dos campos del derecho se persiguen fines incompatibles entre ellos, o en otras palabras que son antagónicos. El derecho penal es concebido como desarrollo de la política criminal del Estado,⁶ y el derecho procesal penal como un límite al poder punitivo del primero. Por su parte, el derecho de infancia y adolescencia, que busca garantizar la protección integral de los niños, niñas y adolescentes y su restablecimiento cuando ha sido amenazado o vulnerado (Quiroz, 2013:108). A pesar de que a primera vista parecieran incompatibles, en ambos existe una previsión de restablecimiento, en los dos se desarrolla un deber del Estado, así como también se protege a un determinado sujeto, titular de derechos, a uno frente al ejercicio del poder del Estado y al otro, por ser concebido vulnerable.

Para comprender mejor lo planteado, es importante reconocer que existen espacios comunes en ambos campos. Si bien el restablecimiento solo es obligatorio en el derecho de infancia y adolescencia y opcional en el derecho procesal penal, se incluyen como principios del proceso, los derechos de los sujetos involucrados –procesado y víctima– son concebidos como derechos humanos, y son sujetos de especial protección constitucional. Pero se ignora con precisión cómo dialogan todas estas situaciones en el escenario de juicio, por lo tanto, se busca aproximarse a dicha realidad para conocerla (Guber, 2012: 19).

⁶ Se parte de considerar que “el derecho penal dispone de las sanciones más severas frente a las lesiones normativas.” Pero no está atado exclusivamente a ello, es decir, sancionar no excluye restablecer”. Hassemer Winfried (2003: 19).

Lo anterior nos lleva a plantear que es posible concebir una conexión entre lo que se busca con las reglas especiales de procedimiento cuando las personas menores de 14 años son víctimas de abuso sexual y el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, tarea que le corresponde al poder legislativo y que evita que se desborde la actividad judicial en la construcción de límites y criterios de armonización entre estos campos del derecho, ya que se evidencia en la actualidad que “el legislador se abandona cada vez más a la complementación de su tarea por parte de quien aplica la ley; las leyes no son claras, y el ámbito para la decisión es mayor.” (Hassemer, 2003:17).

Partiendo de los supuestos anteriores, otro factor vinculado al análisis del abuso sexual, es la estrategia legislativa de aumentar las penas y crear medidas más severas⁷ para castigar el delito, pero no prevenirlo, e incluso yendo más allá, para restablecer los derechos vulnerados con el delito. Desde la promulgación de la ley 599 de 2000, se han aumentado las penas, esta ley establecía que la pena de prisión para el acceso carnal abusivo era de 4 a 8 años y el acto sexual abusivo de 3 a 5 años, siendo aumentadas por la ley 890 de 2004, para acceso carnal abusivo de 5 a 12 años y acto sexual abusivo de 4 a 7 años y medio. Finalmente, la ley 1236 de 2008, estableció para el acceso carnal abusivo una pena de 12 a 20 años y para el acto sexual abusivo de 9 a 13 años.

Llama la atención que las exposiciones de motivos de las leyes mencionadas, muestran un aumento drástico de la ocurrencia del abuso sexual contra menores de 14 años en nuestro país, y que ello se debe en gran medida a que las penas resultan inútiles y poco disuasivas, razón por la cual fue necesario aumentar las penas como fin político criminal de estas leyes y así proteger a los niños. Todo ello, con el fin de enviar el mensaje a la sociedad de que los abusos contra menores revisten de una alta gravedad (Exposición de Motivos de la Ley 1236 de 2008).

Lo que se le ocurre al legislador, conforme a lo dicho, es que la función que debe cumplir la pena es disuasiva, de prevención general, donde aplica el siguiente argumento; han aumentado los casos de abuso sexual infantil, las penas que existen no disuaden al delincuente de cometer abusos, por lo tanto, ante el aumento de los casos, deben aumentarse las penas.

⁷ A diciembre de 2017 cursan en el Congreso dos proyectos de Ley, el 197 de 2016, que pasó a ser 195 de 2017 y el 055 de 2017, el primero busca que se apruebe la castración química para abusadores sexuales y el segundo la medida de prisión perpetua.

Al respecto de lo que antecede, el legislador colombiano se ha enfocado en la prevención general, el endurecimiento de las penas es la medida que evitaría el delito, siendo la intimidación y la amenaza de castigos severos la solución al fenómeno, y en consecuencia disminuyan los índices de comisión de este; pero mayor punibilidad no es igual a disminución de los índices de ocurrencia (MP no = IO), ni mucho menos de mayor protección a la infancia (MP no = MPI). Siendo así, puede afirmarse que las últimas reformas punitivas con respecto a este delito, el endurecimiento de las penas, lo único que han generado es que su persecución y juzgamiento sean más difíciles, como podrá verse en el primer capítulo de la tesis (Duran, 2008:58).

Esta demostrado que el castigo, esconde diferentes intereses, que justifican y legitiman el uso del poder punitivo por parte del Estado, pero no buscan el restablecimiento de los derechos de quienes hacen parte del proceso, de un lado del afectado con la conducta criminal, y del otro, el responsable de la realización de dicha conducta. (Gómez, 2008:47) Siendo así, el castigo no es efectivo para de un lado evitar o disuadir de que se cometa el delito sexual en este caso, ni logrará recomponer las fisuras que este ha causado, lo único a lo sumo que logra es la venganza.

Como fundamento de lo anterior y para los delitos sexuales, es importante tener en cuenta que el número de agresiones sexuales es superior al que se denuncia (Forensis, 2001:133); es decir; no todos los casos llegan al conocimiento de la justicia penal y en segundo lugar, en cuanto a la poca eficacia del endurecimiento de las penas, puede contrastarse con los informes forenses presentados por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en los cuales no se evidencia una disminución por el hecho del aumento de las penas. En el año 2017, el instituto registró un aumento del 11,21% frente al año 2016, destacando que el año 2008 al 2016 atendió 21.385 casos anualmente, mientras que en el año 2017 se atendieron 23.798, de los cuales el 86,83% corresponde a casos contra niños, niñas y adolescentes. En su análisis, el Instituto tiene en cuenta la existencia en algunos años de variaciones leves, pero también de aumentos continuos y permanentes en cuanto a los casos de abuso sexual, especialmente cometidos contra personas menores de 14 años (Forensis, 2017: 303-308).

Atendiendo a las cifras, es claro que el aumento de las penas no se correlaciona directamente con la disminución de la comisión del abuso sexual, en nada aporta, ni se logra la disuasión pretendida por el legislador. Es importante admitir entonces, que el aumento de las penas no es efectivo para evitar la ocurrencia del delito, ni tampoco conlleva al restablecimiento de derechos de las víctimas, pues esta es una variable que tiene relación con la víctima, más no con el presunto responsable. Por lo

tanto, aumentar las penas resulta ser una estrategia inadecuada para la garantía de los derechos de la niñez, así como para el cumplimiento del deber de corresponsabilidad. El sistema procesal penal en este sentido no está diseñado para el restablecimiento de los derechos de la niñez. Se evidencia el enfoque hacia la represión mas no hacia la prevención, la discusión sobre la nueva criminalización y agravamiento de las penas se concentra en los tipos y amenazas penales y no en las consecuencias del derecho penal (Hassemer, 2003: 58).

Se concibe entonces que el procedimiento penal debería, por la naturaleza de estos casos, ser un proceso de restablecimiento de derechos, ya que en la actualidad por su diseño y la forma como este se desarrolla, este objetivo no se realiza y más bien constituye un factor más de impunidad. Será a través de la sociología procesal penal que se demostrará esta afirmación, mediante el análisis de las conductas de los intervinientes en el proceso y la interacción entre quienes participan de él. La presencia directa del investigador en el escenario y el proceso de observación reflexiva que desarrolla son una fuente confiable de datos (Guber, 2012: 30). De todo lo dicho, y dado el enfoque sociológico de la tesis, no está demás invitar a los lectores de esta a que en futuras investigaciones consideren estudiar propuestas y métodos más efectivos para erradicar el abuso sexual infantil.

Ahora bien, a pesar de encontrarnos en el escenario de un trabajo de campo, no se pretende hacer teorizaciones doctrinales acerca del abuso sexual, pero sí se retomarán algunas teorías y se realizarán breves referencias a la normatividad con el fin de clarificar, comprender o explicar lo que se vive al interior del procedimiento. Con la observación de su realidad interna, podrá verse, por ejemplo, si las reglas especiales de procedimiento establecidas en la ley de infancia y adolescencia (Ley 1098 de 2006) desarrollan derechos fundamentales de incidencia procesal, es decir, que limitan, modifican y establecen criterios que deben aplicarse en el curso de un proceso y ser tenidos en cuenta por el juez. En otros términos, la investigación empírica requiere cierto conocimiento teórico, para entender la naturaleza de lo que ocurre (Giddens, 2014: 801).

El procedimiento penal aplicable a los delitos contra la libertad y formación sexual de los menores de 14 años es un mecanismo más, que busca esclarecer la responsabilidad frente a la vulneración de un derecho de estos sujetos de especial protección constitucional, pero que en la actualidad no resuelve de fondo el problema de la garantía y la protección integral, ni restablece los derechos. De otro lado, debe tenerse en cuenta que las reglas especiales de procedimiento que contiene la ley de infancia y adolescencia (Ley 1098 de 2006) solo regulan aspectos procedimentales, se aplican de forma subsidiaria para que no se vulneren más derechos y a pesar de que hacen parte integral del

derecho procesal penal, no se conciben como reglas procesales de obligatorio cumplimiento para un juez.

La última afirmación realizada se ve reflejada por ejemplo en el caso del incidente de reparación integral, ley de infancia y adolescencia, (Ley 1098 de 2006) que en su artículo 197, establece que el mencionado incidente debe iniciarse de oficio si los padres, representantes legales o defensor de familia no lo solicitan dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que queda ejecutoriada la sentencia, siendo así, al juez penal le correspondería iniciarlo, pero ello no ocurre en la práctica, pues como se dijo, estas reglas no se consideran de obligatorio cumplimiento para dicha autoridad pues no se encuentran establecidas en el código de procedimiento penal.

En conclusión, se defiende en la presente tesis que le corresponde a la administración de justicia penal el restablecimiento de los derechos de las personas menores de 14 años⁸ que han sido víctimas de abuso sexual, por lo tanto, no solo debe centrarse en el procesado y sus garantías. Se considera entonces, que el proceso penal es un proceso de restablecimiento de derechos.

El restablecimiento se entiende como la acción o conjunto de acciones que buscan recuperar la dignidad que perdieron las víctimas con la ocurrencia del delito, así como la garantía de integridad de los derechos que fueron vulnerados. (ICBF, 2018:9). El proceso penal también puede concebirse de este modo, con independencia de la responsabilidad penal (Artículo 22, Ley 906, 2009), por lo tanto, no puede excluirse el restablecimiento de la actuación judicial. Esto obliga a que los jueces abandonen la idea de que el restablecimiento, entendido también como reparación, es una elección no vinculante y que se verifica con el incidente, pues este se circunscribe más al escenario civil que al penal (Roxin: 1992, 134).

El juez penal entonces debe superar la idea de que la reparación se circunscribe al incidente, así como al campo civil o al derecho de infancia y adolescencia en los casos cuando la víctima es una persona menor de 14 años, no existe separación entre el derecho penal y el derecho de infancia y adolescencia, clásicamente concebida dicha separación con el derecho civil (Roxin, 1992: 135). El

⁸ El artículo 41 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, establece en su numeral 4, que es un deber del Estado en sus diferentes niveles, *“Asegurar la protección y el efectivo restablecimiento de los derechos de los que han sido vulnerados.”* Así mismo en el numeral 6, frente a la administración de justicia estipula que debe *“Investigar y sancionar severamente los delitos en los cuales los niños, niñas y las adolescentes son víctimas, y garantizar la reparación del daño y el restablecimiento de sus derechos vulnerados.”*

restablecimiento debe ser un fin del procedimiento penal, para Roxin, ese fin preventivo de la ley se perdería, si nos conformáramos con el resarcimiento del daño, es decir, esto desnaturalizaría y le restaría valor al aumento de las penas como una forma de disuasión para la no comisión del delito (Roxin, 1992: 138).

Hipótesis y objetivos de la investigación

Hipótesis

De acuerdo con lo esbozado, la hipótesis de investigación que se demostrará en este trabajo de tesis es la siguiente:

Los procedimientos que se desarrollan en los procesos penales, cuando una persona menor de 14 años ha sido víctima de un delito contra la libertad y formación sexual, no logran el restablecimiento de sus derechos, debido a que el diseño normativo e institucional protege otros intereses, como la limitación al ejercicio del poder punitivo que ejerce el Estado, la protección del procesado y de prevención que se le asigna a la acción penal. La defensa de estos intereses, desligados de la víctima, desconoce el interés superior y la prevalencia de sus derechos, pues no se concibe al proceso penal como un proceso de restablecimiento de derechos. Así mismo, el diseño normativo e institucional tampoco permite aplicar las reglas especiales de procedimiento contenidas en la ley de infancia y adolescencia. Al no lograrse el restablecimiento, el derecho penal y el procesal penal se limitan al castigo, no contribuyen en la disminución de este tipo de delitos, ni inciden en la protección de las personas menores de 14 años. La política criminal y las reformas al proceso penal deben pensar el procedimiento como una herramienta que tiene la capacidad para restablecer los derechos de la víctima. Por ello, se parte de la reflexión sobre la práctica, buscando trascender lo normativo y redireccionar la política criminal, las políticas públicas y el accionar de la administración de justicia, pues el aumento de las penas y la rigidez de las disposiciones especiales, aportan muy poco en la disminución del delito y su restablecimiento, por el contrario, dificultan su juzgamiento. Para superar estas barreras se propone una justicia procesal penal adaptada a la niñez que venza los defectos de procedimiento, que no sean un factor más de impunidad y se logre así el cumplimiento del deber de corresponsabilidad que se le exige a la familia, la sociedad y el Estado, y desde lo judicial, haga más

robusta la administración de justicia, que proteja los derechos de los sujetos de especial protección involucrados en el proceso, y prevenga y evite la revictimización.

Objetivos

Objetivo general

Teniendo en cuenta los argumentos presentados, el objetivo general de la investigación es:

Analizar, a partir de la sociología procesal penal, el procedimiento que se desarrolla en los delitos de acto sexual y acceso carnal, que forman parte de las infracciones contra la libertad, integridad y formación sexual cuando la víctima es una persona menor de 14 años, especialmente: a) la forma como se escenifica la administración de justicia, b) cómo se garantizan los derechos de los sujetos de especial protección constitucional que en él participan y c) las estrategias de litigio más comunes en estos delitos.

Objetivos específicos

- Verificar si se aplican (y la forma como se hace), las reglas especiales establecidas por la Ley de Infancia y Adolescencia en el procedimiento penal, en los delitos de acto sexual y acceso carnal, cuando la víctima es una persona menor de 14 años.
- Describir cómo se desarrolla el procedimiento penal en la etapa de juicio en los delitos de acto sexual y acceso carnal cuando la víctima es una persona menor de 14 años, con el fin de facilitar la comprensión de dicho procedimiento y la manera como la norma se concreta en la práctica.
- Identificar las estrategias del litigio más frecuentes que utiliza la defensa del procesado en los delitos de acto sexual y acceso carnal cuando la víctima es una persona menor de 14 años.
- Elaborar una propuesta de justicia procesal penal adaptada a la niñez, teniendo en cuenta las conclusiones que surjan a partir de la observación del procedimiento penal en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual cuando la víctima es una persona menor de 14 años.

Consideraciones sobre el método mediante el cual se probará la hipótesis

Al inicio de la introducción consideramos que la presente tesis es una investigación de sociología procesal penal, en la cual se reflexionará acerca de lo que ocurre dentro del proceso penal, es decir, su realidad interna. Para ello, se partirá de considerar al proceso penal como un fenómeno social, en los términos planteados por Zaffaroni, para quien además “la sociología procesal penal es un orden de conocimientos no normativos.” (Zaffaroni, 1968: 7).

La idea entonces será analizar el proceso, partiendo de que se realiza una aproximación formal a él desde una perspectiva socio-jurídica, la cual concibe igualmente al derecho como fenómeno social. Desde ella se busca reflexionar acerca del fin o fines prácticos del proceso y verificar la pertinencia de tener al restablecimiento como uno de ellos. Entendiendo como lo afirman Calvo García y Picontó Novales, que “no hay “una sociología jurídica”, sino que existen varias propuestas, orientaciones y concepciones al respecto.” (2017: 21).

Al realizar el estudio, de la manera en que se propone, mediante la sociología procesal penal, se darán bases científicas para el desarrollo de una justicia adaptada a la niñez, promoviendo que se realicen los fines del derecho establecidos para la protección de las personas menores de 18 años, y en específico para el caso de los delitos sexuales, personas menores de 14 años.

Por lo anterior, la orientación se realiza en general, hacia una sociología empírica del derecho, “Esta vertiente de la sociología jurídica apuesta por recurrir a los métodos y técnicas de investigación social con el fin de propiciar un conocimiento empírico de los fenómenos jurídicos.” (Calvo García, Picontó Nobales, 2017: 42), Se enmarca en la forma de administrar justicia en un momento específico del proceso penal, que además obliga a adoptar una pluralidad de métodos, pues se parte de considerar la complejidad que implica el análisis de un proceso en el cual dialogan además de las reglas de procedimiento, los derechos de sujetos de especial protección constitucional.

En concreto, el estudio se toma como una traducción de la práctica que se realiza en el proceso penal en los delitos sexuales cometidos contra personas menores de 14 años, abordando la problemática a

partir de los planteamientos de Zaffaroni⁹ para quien los defectos de procedimiento, la forma como se manifiestan los intereses de la comunidad en la acción de la justicia, la relación entre el procedimiento y los actitudes que se adoptan frente a él, merecen ser objeto de estudio para comprender que el proceso penal es un fenómeno social altamente complejo. El autor invita a la observación y a partir de ella a la reflexión acerca de la práctica.

Siguiendo entonces a Zaffaroni, se observarán dentro del proceso penal los intereses y actitudes dentro del proceso penal, es decir lo pretendido por quienes intervienen en él y la forma en que lo hacen evidente, así como también las causas procesales de la cifra negra, estas últimas entendidas como los defectos de procedimiento que pueden llegar a ser causantes de impunidad.

En cuanto a los primeros, los intereses y actitudes dentro del proceso penal, debe resaltarse que permitirán profundizar en las estrategias del litigio que aplica la defensa del procesado y que puede identificarse de sus argumentos al momento de presentar la teoría del caso, la forma y el contenido de las preguntas que realiza, la consonancia con las pruebas que solicita, así como las objeciones, alegatos y recursos presentados en el transcurso del juicio.

Estos intereses y actitudes solo pueden ser reconocibles con la observación directa del procedimiento o con la entrevista a quienes participan en él, se parte de reconocer que en ellos “(...) el lenguaje es un vehículo de comunicación y esta comunicación se perfecciona en los intra-grupos, dependiendo de sus modalidades y necesidades, y éstas del nivel cultural, del origen, etc.” (Zaffaroni, 1968: 74).

Para desarrollar mejor los objetivos planteados y teniendo en cuenta que no se contradice, sino que por el contrario se complementa a la propuesta hecha por Zaffaroni, de verificar la realidad interna del proceso, se reforzará la investigación con la propuesta académica realizada por Hassemer, para quien “un remedio real frente a una justicia que lesiona el derecho, es su observación crítica por parte de una opinión pública despierta, interesada e informada.” (Hassemer, 2003: 43).

⁹ Este autor enuncia algunos de los problemas que pueden abordarse por la sociología procesal penal, como; 1. Los intereses y las actitudes hacia la justicia penal, 2. Los intereses y las actitudes dentro del proceso penal, 3. La influencia del medio ambiente sobre la organización y funcionamiento de la administración de justicia, 4. Armonía y conflicto entre la justicia represiva y las “mores”, 5. El sentimiento de comunidad y el proceso penal, 6. Las asociaciones y su interferencia en la acción de la justicia, 7. Relaciones entre los sistemas políticos, las formas de producción y los sistemas procesales, 8. La movilidad social y el proceso penal, 9. Magia, mito y proceso, 10. Las causas procesales de la cifra negra, invitando a que se lleven a la práctica, pues considera frente a ellas que “se trata de unas simples notas que alcanzarán el carácter de auténtica investigación sociológica cuando sean adecuadamente completadas y corroboradas o desmentidas por el trabajo sociológico de campo”. (1968: 13).

Se reconoce, siguiendo a Hassemer, la existencia de una teoría de la práctica:

La práctica en la interpretación de la ley no se atiene a las reglas científicas del método, tal como se puede ver fácilmente en un análisis más profundo; al no hacerlo, naturalmente, no procede meramente lesionando reglas (esto sería el mejor resultado para la teoría del método), sino, por su parte, estableciendo reglas: existiría una “teoría de la práctica” que, naturalmente, de manera informal, contendría, respetaría y, dado el caso, sancionaría, un conjunto de reglas para la comprensión e interpretación de las leyes; este conjunto de reglas se diferenciaría materialmente del de la teoría del método (Hassemer, 2003: 25).

Teniendo en cuenta los dos planteamientos, se estudiará el sentido de las normas en general y en las áreas de estudio en específico, así como la forma como se discute en la práctica jurídico-penal, el lenguaje de los participantes en el proceso penal, introducción de los conceptos del derecho de infancia y adolescencia, las estrategias y la interpretación de los casos que realizan algunos de sus participantes. Para Hassemer:

(...) el proceso tiene que ver con secuencias de comportamiento, con acciones, que a su vez son reacción de otras acciones, de sí mismo y de otros. Los participantes en el proceso se refieren unos a otros (preguntan, responden, contradicen, vienen y van) y todos ellos se refieren a un modelo del trascurso de sus acciones: el derecho procesal penal” (Hassemer, 2003: 175).

Con el fin de lograr una verdadera comprensión del procedimiento penal que se pone en marcha, cuando una persona menor de 14 años es víctima de abuso sexual, se deben sentar las bases para que se adapte la justicia procesal penal a la niñez, donde se garantice el equilibrio entre el derecho procesal penal y el derecho de infancia y adolescencia, orientado no solo hacia el respeto de los derechos de los sujetos, sino especialmente hacia el restablecimiento de los derechos de las víctimas de abuso sexual infantil en Colombia, pues se considera que “solamente un proceso penal de principios firmes puede mantener la confianza y el respeto de la población.” (Hassemer, 2003: 90).

De igual modo, apoyándonos en Hassemer, se realizará el estudio de los llamados programas informales en el derecho, siendo estos los que se encuentran en la práctica jurídico-penal, en concreto:

(...) que no se expresan por escrito, no están formulados, ni tampoco pueden ser transmitidos como materia de la enseñanza, pero que determinan igualmente la realidad del procedimiento en forma intensa y rica en consecuencias. Quien actúa profesionalmente en materia jurídica se maneja dentro de estos programas informales, y las contravenciones contra las reglas informales acarrearán sanciones tras de sí (Hassemer, 2003: 73).

Con ello, la tesis no pretende dar solución al problema de la ocurrencia del abuso sexual, sino el análisis de la praxis –regulación del procedimiento y desarrollo del mismo– en este tipo de delitos, con el fin de integrar teoría y práctica, y determinar si se cumple perfecta o imperfectamente con lo

prometido, esto permitirá que el debate sobre la regulación del procedimiento no se realice con supuestos meramente teóricos, sino con un abordaje desde la realidad, de esta manera se podrá, entonces, fortalecer la teoría y estimular la reflexión, no sólo en el área penal, sino también en el derecho de infancia y adolescencia. Esto permite en otros términos, obtener una visión contextualizada de lo que ocurre (Guber, 2012: 32), nutriendo las posteriores discusiones sobre el procedimiento.

El análisis de la práctica jurídico-penal permitirá documentar aquello que no se encuentra presente en la teoría, Hassemer afirma que:

(...) las rutinas penales consisten en prácticas y elementos estandarizados y sobreentendidos que no son susceptibles de aprenderse en los textos: valoración de las pruebas, audiencias y deliberaciones; el modo de actuar del Letrado con sus representados; los interrogatorios del acusado, de los testigos y peritos, los informes; la intervención adecuada y en plazo en la instrucción, en el juicio oral, en la apelación o en las solicitudes de indulto. (1984: 26).

Una mayor comprensión de los procesos penales en el abuso sexual, cuando la víctima es una persona menor de 14 años, permitirá que la protección a la infancia y la actividad jurídico-penal se fortalezcan, pues no pretende esta tesis solamente evidenciar un desequilibrio entre el saber normativo y el saber empírico, sino en presentar una propuesta para su comprensión y comunicación.

Se tiene la convicción de que el saber sobre la realidad permitirá avanzar en un sistema más humano, eficiente y sólido, tanto para el procesado, como para la víctima, ya que podrán los juristas y el legislador reflexionar, crear y proponer instrumentos válidos para mejorar el sistema, desechando la falsa idea de respuesta al pánico social con el aumento de las penas, sino desde el análisis cuidadoso de la realidad. Así mismo, se tendrá en cuenta el llamado de Hassemer a ver el proceso desde su comprensión escénica, la cual el autor concibe desde el psicoanálisis, como “lo que puede ser elaborado no es el mero recuerdo cognitivo y emocional de la propia historia, sino la representación de las mismas escenas de ésta por su propio protagonista.” (1984: 155-156).

Siendo así, para no caer en una comprensión desfigurada del procedimiento que solo atienda al texto normativo, se hará una constatación escénica, captando la interacción de los sujetos en el ambiente natural donde se pone en práctica la norma, donde el texto es objeto de comprensión y es actualizado; “la “situación” –a diferencia de lo que ocurre con el texto como objeto de comprensión– está sometida a la presión de la *duda acerca del éxito*. El texto es un objeto terminado, pertenece al pasado, ha sido ya producido y sólo metafóricamente puede ser vuelto a la vida, al presente. Las situaciones y procedimientos, por el contrario, evolucionan, se desarrollan y pueden fracasar, están

en presente y futuro. Es decir, la comprensión tiene que vérselas aquí con una permanente transformación del objeto de la misma.” (Hassemer, 1984: 157).

Así mismo, teniendo en cuenta que Zaffaroni, considera que si se quiere tecnificar el proceso penal se debe “especializar y preparar adecuadamente a los futuros jueces penales, haciéndoles comprender que con la sola disciplina normativa no se puede administrar sanamente la justicia penal.” (Zaffaroni, 1968: 45)¹⁰ Se requiere la comprensión de lo que ocurre en la práctica, para no caer en una visión limitada del proceso.

Siguiendo el hilo argumental presentado, el procedimiento penal se desarrolla en un ambiente comunicativo, este es controlado, es decir; solo participan en él los sujetos reconocidos dentro de la normatividad y con facultades delimitadas, los demás son observadores, la tarea del juez en ejercicio de la imparcialidad que se le exige es la comprensión de las normas que pueden no coincidir con lo que demanden los movimientos sociales y/o los defensores de una mayor punibilidad.

Sólo un Derecho Procesal penal aplicado con respeto estricto a sus normas y con sus garantías profundamente enraizadas en la conciencia de los ciudadanos puede impedir que la producción del caso penal signifique también la vulneración de la ley. (Hassemer, 1984: 191).

Puede entenderse que en el escenario del juicio, es donde se pone en marcha el juego del convencimiento, ya que cada una de las partes y sujetos procesales que en él participan, desarrollan a través de la comunicación una argumentación que les es propia y que difiere de la del otro; existe entonces, una divergencia entre las partes que el juez, con ayuda de las pruebas, debe superar; así mismo, tiene la potestad para dirigir la forma en que este se desarrolla, al ser la autoridad encargada de velar por el cumplimiento de las reglas de procedimiento y en caso de no hacerlo, también puede ser corregido a través de los mecanismos que el derecho procesal penal establece. Finalmente:

Lo que el juez descubre no es la verdad material, sino la verdad obtenida por vías formalizadas, es decir, la *verdad forense* y es a ésta a la que se dirige la comprensión escénica en el proceso penal. (Hassemer, 1984:190).

La visión de Zaffaroni, que plantea una forma de ver el proceso penal a través de la sociología procesal, y la de Hassemer, desde la sociología jurídica en general, conectan con la hipótesis de investigación y con los objetivos planteados, además, posibilitan tener claridad acerca de cómo la

¹⁰ Si bien las solemnidades que rodean el proceso penal en palabras de este autor, evita que este se convierta en algo vulgar que se repite a diario, “el proceso penal es un fenómeno que siempre presenta la particularidad de ser funcionalmente racional, aunque no siempre es substancialmente racional, y que dentro de su funcionalidad racional, tiende a obtener una racionalidad funcional óptima.” (1968: 51).

norma se hace tangible, si el diseño es apropiado para quienes participan del proceso y por consiguiente si cumple con lo que se esperaba, esto es, el castigo, pero más allá de ello, si el propósito de restablecimiento que le aduce la ley de infancia y adolescencia es posible. Siendo así, el método de investigación es relevante.

El método planteado y la combinación de bases teóricas como las de Zaffaroni y Hassemer, corresponden a los métodos cualitativos, que permitirán, a partir de la observación del proceso penal, reflexionar sobre su sentido práctico, la idea es “conocer la realidad respetando sus particularidades” (Bonilla y Rodríguez, 2005: 48). Y con ello considerar el proceso más allá de la norma.

Para el cumplimiento de las metas propuestas, se asistirá a las audiencias que se desarrollan en la etapa de juicio, pues el estudio exclusivo de la norma no permite dimensionar las decisiones y las acciones de los humanos al momento de aplicarla:

Si se quiere conocer la realidad social en sus propios términos, para entenderla en su complejidad, es imprescindible abordarla como un todo objetivo/subjetivo, así como con nuevas propuestas orientadas a sofisticar los marcos conceptuales y los instrumentos para captarla (Bonilla y Rodríguez, 2005: 53).

En la tesis se hizo necesaria la combinación de diferentes métodos y técnicas para la recolección de los datos, desde la sociología procesal penal se hará uso herramientas tanto cualitativas como cuantitativas. Especialmente, la entrevista que servirá para comprender lo que piensan del procedimiento jueces y demás intervinientes del proceso penal, sea como partes del mismo o sujetos llamados a estar en él, en consideración de la víctima, tipo penal o como garantía de un derecho que respete las formas jurídicas, la entrevista de la que se valió la tesis “Consiste en un cuestionario determinado que presenta la ventaja de estar referida directamente al material vivo de la sociología.” (Zaffaroni, 1968: 16).

Con el estudio de caso, entendido como:

(...) un método cuantitativamente más limitado (...) permite un registro de un menor número de personas, aunque esa limitación cuantitativa se traduce en una mayor amplitud cualitativa se traduce en una mayor amplitud cualitativa en cuanto al número de datos que nos aporta. El trabajo con menos individuos es más intenso, lo que permite apreciar con mayor amplitud las particulares actitudes humanas puestas en el lente del investigador social (Zaffaroni, 1968: 16).

Este permitirá evidenciar en una situación, en particular los defectos del procedimiento, los tiempos que transcurren entre una y otra sesión del juicio, así como las particularidades que se escapan de los supuestos de hecho de la norma procedimental. Zaffaroni lo privilegia, en el sentido pues

considera que “Con respecto a la sociología procesal penal resulta altamente ilustrativo para estudiar las diversas actitudes e intereses de las personas intervinientes en el proceso penal.” (1968: 16).

Es también importante para el estudio, realizar un análisis de la jurisprudencia, no solo porque el tiempo que se toman las audiencias, divididas por sesiones, sino porque combinado con la observación, se puede determinar cuáles son las estrategias de litigio más comunes de la defensa. Será una observación guiada por la hipótesis de investigación y que permitirá verificar si efectivamente existe impunidad en estos casos.

El límite de la intervención en la investigación estará dado precisamente por la hipótesis y las ideas que orientarán el desarrollo de la tesis que se presentaron al inicio del escrito. Esto permitirá avanzar en la propuesta para transformar el derecho procesal penal cuando una persona menor de 14 años es víctima de abuso sexual, es decir; una justicia procesal penal adaptada a la niñez, en la cual se articulen las reglas que establecen otros sistemas jurídicos. La investigación empírica facilita las reflexiones teóricas que permiten a la postre transformar el derecho (Calvo García, Picontó Nobales, 2017: 55).

En este punto se tiene en cuenta que se defenderá un enfoque de infancia, para proponer una justicia procesal penal adaptada a la niñez. Esto en el sentido de considerar que “Tomar posición ayuda a dar coherencia a los discursos sobre la realidad tanto desde un enfoque general como en lo que se refiere a las investigaciones sobre fenómenos jurídicos.” (Calvo García, Picontó Nobales, 2017:54).

Todo esto bajo la comprensión de que las reformas procesales son necesarias para velar por la materialización de los derechos y garantías logradas por el consenso social, hechas en pro de los derechos tanto de la víctima del delito, como del procesado, e incluso considerando un mejor escenario para el desarrollo del trabajo de quienes participan de estos procesos. Entonces, existe una dimensión social en la investigación, el fenómeno del abuso sexual en la niñez, con ello se justifica la vocación reflexiva de la investigación (Calvo García, Picontó Nobales, 2017: 55).

Se espera también que esta tesis contribuya a la discusión sobre el actual desprestigio de la administración de justicia en el campo procesal penal en delitos sexuales cometidos contra personas menores de 14 años, ya que su injerencia está limitada al desarrollo del procedimiento tal cual como está concebido, y el proceso actual tiene a la reparación como una opción, mas no como un fin. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la pena está delimitada por el legislador, siendo un elemento

más del juzgamiento, pero que no evita la ocurrencia del abuso sexual. “Cuando la sanción penal es ineficaz, se hace necesario utilizar otras medidas.” (Zaffaroni, 1968: 77).

Con ello se quiere explorar la idea de que es posible plantear una alternativa al proceso penal actual, buscando que se logre el restablecimiento de los derechos de los niños y las niñas en el país; dado que la oferta institucional y forma actual de atender el abuso sexual infantil no lo logran, acorde con este postulado se cree que es posible atender estos casos por otras vías. “La existencia misma del sistema penal nos hace olvidar que hay otras posibles respuestas a estos problemas: que las instituciones se sustentan más en la costumbre que en su esencia.” (Garland, 1999: 18).

Los métodos actuales no están funcionando, la forma de regular, así como de aplicar el castigo genera mayor impunidad, lo que se ha constituido en un obstáculo para lograr el restablecimiento de los derechos de los menores de edad, siendo este último responsabilidad del Estado. Las soluciones a la problemática del abuso sexual infantil no recaen en primer lugar en el sistema judicial, siendo así, debe tenerse en cuenta que el sistema mismo no se puede transformar sin la voluntad del legislador y el ejecutivo, y sin una reflexión consiente y articulada de las causas que generan el abuso, y una vez consumado, las razones por las que el sistema de administración de justicia no tiene la capacidad de atender todos los casos sometidos a su conocimiento.

Estructura del trabajo

Esta tesis doctoral se estructura en tres capítulos. En el primero se presentan las cifras de ingresos y egresos efectivos a conocimiento de la rama judicial de los procesos iniciados por los delitos de acto sexual abusivo y acceso carnal abusivo cometidos en contra de menores de 14 años en Colombia de los años 2008 a 2018, o sea, un período de 10 años.

La presentación de las cifras permite dar cuenta de cuáles procesos terminan efectivamente con sentencia proferida en el marco de un juicio, tanto con sentencia condenatoria como absolutoria. Así mismo, con ellas será posible evidenciar cuál es el porcentaje de aumento de casos año a año.

Se profundizará en la práctica jurídica del procedimiento penal que se desarrolla en los delitos sexuales cuya víctima es una persona menor de 14 años, se tomarán los casos observados en general y se explicará lo observado a través del modelo de pensamiento cognitivo, este último con el fin de organizar el proceso sociológico que se realizó al observar las audiencias en etapa de juicio.

Así mismo, acudiendo a la revisión de sentencias sobre los delitos objeto de estudio y combinándolas con lo observado en el juicio, se expondrán las estrategias del litigio que utiliza la defensa del procesado, categorizándolas de acuerdo con la temática y/o el aspecto al que se le da mayor fuerza argumentativa, así como la manera en que se organiza el proceso, sus tiempos y particularidades. Para ello también deberá darse cuenta de la estructura del procedimiento y su desarrollo en la etapa de juicio, por lo tanto serán importantes sus aspectos normativos.

También se presenta un estudio de caso que, a criterio de la tesista, tiene todos los elementos indispensables para reflexionar acerca de cómo se da la realidad interna del proceso penal y, finalmente, de la posibilidad de adaptar la justicia procesal penal a la niñez, que será abordado en el tercer capítulo.

En el segundo capítulo se hablará del proceso penal, su función y la impunidad como resultado de la realización de un proceso deficiente. Para la tesis se considera que el derecho procesal penal se ha ocupado de individualizar, desarrollar y fortalecer sus propias reglas, sin intromisión de derechos externos, salvo aquellos que gozan de carácter constitucional; como lo menciona Hassemer, “el derecho penal, en cuanto rama del derecho especialmente vinculada al lenguaje y a la comprensión del lenguaje, ha desarrollado sus propias precauciones para la elaboración de un derecho correcto con un lenguaje correcto.” (2003: 27).

Al mismo tiempo, se verificarán a grandes rasgos, por no ser una tesis normativa, las funciones que se persiguen en el derecho procesal penal en los delitos que se han creado para castigar el abuso sexual, dentro de los límites previamente enunciados, así como las reglas establecidas por el derecho de infancia y la adolescencia cuando las personas menores de 14 años son víctimas de estos delitos.

Adicionalmente, al ser una tesis en consideración a la víctima, como ya se expuso en la primera parte de la introducción, se hablará de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección constitucional, siendo éste uno de los criterios por los cuales los procesos que se adelantan para la protección de sus derechos, son procesos de restablecimiento de derechos, que justifican también considerar al proceso penal como uno de ellos.

Como resultado de lo anterior, se hablará también en este capítulo de la impunidad fáctica y los mecanismos que impiden el procesamiento del abuso sexual, pero entendiendo que esos mecanismos serán revisados cuando se realice la observación del procedimiento.

De la misma forma, en el tercero y último capítulo, se abordará la propuesta para la transformación del derecho procesal penal cuando es aplicable al abuso sexual, cuando la víctima es una persona menor de 14 años, con la finalidad de establecer las bases para una justicia procesal penal adaptada a la niñez, que tenga en cuenta los instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen la protección integral, interés superior y la prevalencia de sus derechos.

Por otro lado, se tendrá en cuenta que el reconocimiento de la capacidad progresiva de las personas menores de 18 años, se expondrá la importancia de reconocer su derecho a ser informados durante el transcurso del proceso penal, sin que ello implique revictimización, así como la necesidad de desarrollar mecanismos que le permitan participar del proceso.

Esta propuesta busca que se transforme la justicia procesal penal, para que uno de sus fines sea el restablecimiento de los derechos. Esto implica la acogida de nuevas formas de ver el procedimiento, transformando figuras jurídicas que han perdido vigencia frente a las demandas de una sociedad más compleja (Silva Sánchez, 2001:20).

Lo trascendente en el procedimiento penal en estos casos, no es la reparación económica del daño, sino el restablecimiento de los derechos de las víctimas, es decir; que se cumpla con la garantía, protección y restauración de sus derechos cuando les han sido vulnerados. El sistema jurídico estipula que el restablecimiento es obligación del Estado a través de sus autoridades, entendiendo este como: “la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados”. (Ley 1098 de 2006, Art. 51-52). Es una obligación genérica a cargo de todas las autoridades del Estado, por lo tanto, no debe confundirse con el procedimiento administrativo.

Finalmente, debe resaltarse que la investigación solo da cuenta de la visión de la tesista frente al procedimiento penal, por ello, limitado en su enfoque, el estudio puede ser ampliado a futuro por un equipo interdisciplinario que trascienda el campo del derecho. Pero esperar a que se conformara un equipo más especializado, podía incluso implicar no desarrollar esta tesis, lo cual no era una opción.

Siendo así, con ella se avanza en una propuesta para adaptar la justicia procesal penal que cumpla con múltiples propósitos y que especialmente tenga en cuenta los derechos de los sujetos de especial protección constitucional en ella involucrados: el procesado y la víctima. Lo anterior implica un cambio en el papel del derecho penal y procesal penal, ante las nuevas necesidades de tutela que se

predican de él, siendo esta una de las formas como puede darse una solución al problema de la vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el país.

Capítulo 1. Sociología procesal penal. Una forma de abordar el proceso penal en el abuso sexual a menores de 14 años

El proceso penal en general es considerado como el medio a través del cual del Estado, de acuerdo con reglas previamente establecidas, busca el esclarecimiento de la verdad a fin de determinar si una persona ha vulnerado un derecho, en cuyo caso, aplicará la sanción correspondiente. En la introducción de la tesis, se planteó una nueva forma de ver el proceso, integrando los planteamientos de Eugenio Raúl Zaffaroni, el cual considera que es posible realizar investigación en derecho procesal penal a través de la sociología, que se complementan con las aportaciones de Martínez Castro sobre la misma temática, y lo planteado por Winfried Hassemer, quien defiende la existencia de modelos de producción escénica, con los que en derecho procesal penal se ordena la producción del caso.

A partir de esta consideración, se abordó el proceso penal, en etapa de juicio, bajo la comprensión de que todos los actos que se desarrollan en él están relacionados entre sí, encontrando que si bien están sometidos a normas preestablecidas, las relaciones de los sujetos, su interacción y la forma en que se pone en práctica la normatividad, en los juicios por abuso sexual cuando la víctima es una persona menor de 14 años impiden el procesamiento y que traen como resultado impunidad.

Con el propósito de dar cumplimiento a los objetivos planteados en la introducción, se entiende entonces que el proceso es también un espacio de convergencia de otros derechos, bajo la comprensión de que los tipos penales describen conductas u omisiones que redireccionan a conceptos, principios y directrices de otras áreas del derecho. Para el caso, el proceso penal debe tener en cuenta lo establecido en el derecho de infancia y adolescencia, el cual desarrolla la garantía y protección de los derechos de todas las personas menores de 18 años.

En el sentido mencionado, se entiende al proceso penal como un rizoma, una raíz a la que se conectan otras raíces, la principal –el proceso– tiene como función garantizar la protección de los derechos del procesado limitando el ejercicio del poder punitivo del Estado, las raíces secundarias –algunas de las cuales dan contenido al proceso–, como aquellas que explican el derecho lesionado –bien jurídico– y que precisamente imponen el deber de protección y en consecuencia justifican la imposición de una sanción –pena–.

Así, por ejemplo, se tiene que la forma como se desarrolla el proceso es lo principal, y lo que se discute en su interior, en razón al derecho vulnerado, tiene una dimensión secundaria. Deleuze & Guattari fueron los primeros en aplicar el concepto de rizoma en filosofía, estimando que en este:

(...) no cesaría de conectar eslabones semióticos, organizaciones de poder, circunstancias relacionadas con las artes, las ciencias, las luchas sociales. Un eslabón semiótico es como un tubérculo que aglutina actos muy diversos, lingüísticos, pero también perceptivos, mímicos, gestuales, cogitativos: no hay lengua en sí, ni universalidad del lenguaje, tan sólo hay un cumulo de dialectos, de patois, de argots, de lenguas especiales. (2002:13).

Para realizar un análisis más profundo del juicio, se partió de considerar que es claro que existen circunstancias que impiden el procesamiento, si se comparan que los ingresos efectivos del año 2007 al año 2016 a la rama judicial de procesos para los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual en menores de 14 años fueron 130.543 y los egresos por sentencias son tan solo 13.048; solo un porcentaje del 9,995% están siendo fallados. Pero es clave mencionar que del total global durante este período solo fueron condenados en juicio oral 3.810, es decir 2,91% de los casos. Las demás condenas corresponden a aceptación de cargos, preacuerdos, sentencia anticipada.

Si solo se atiende a las cifras, teniendo una ventana de 10 años de las estadísticas de movimiento de procesos para los delitos mencionados, es claro que algo está ocurriendo en la administración de justicia y es por ello que un acercamiento al proceso es útil para develar algunas de las fallas del sistema y del procesamiento que generan impunidad, entendida esta como la imposibilidad de obtener justicia y más allá, de lograr a través del proceso penal el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual. En la primera parte de este capítulo se presentarán las cifras, para luego ir a la forma en que se analizó el proceso a través de un proceso cognitivo y ejemplificado con un estudio de caso y finalmente, presentar los resultados de la observación.

1.1 Sociología procesal penal, sociología del castigo y modelos de producción escénica

En primer lugar, en el campo de la investigación jurídica no han sido habituales las investigaciones sociológicas sobre el proceso, especialmente sobre el penal: para la realización de investigaciones empíricas en este escenario, se consideró, por su lenguaje, experticia y aportación a la ciencia jurídica la propuesta de Eugenio Raúl Zaffaroni, el cual señala que a partir del método sociológico es posible realizar investigación sobre el procesal penal. Siendo así, se tomó una herramienta que se desarrolla en el marco la sociología jurídica, para resolver un problema en concreto, no para relizar una historiografía de la sociología jurídica, ni de los delitos sexuales, sino para estudiar el proceso penal.

La investigación tiene como horizonte los preceptos que rigen el proceso penal, pero en su realidad interna, no pretende explicar una teoría del delito, ni de la delincuencia, sino reflexionar acerca de las conductas de quienes crean el proceso, la comunidad y/o de las personas que intervienen en él. Es la consideración del proceso como fenómeno social. “La sociología procesal penal es un orden de conocimientos no normativos.” (Zaffaroni, 1968: 7).

El derecho procesal penal es entonces, según Zaffaroni, un fenómeno que incide en la criminalidad, pero que va más allá al considerar otros aspectos, como la lentitud de la justicia, los errores judiciales, la corrupción, entre otros fenómenos que tienen incidencia en la forma como la opinión pública ve la justicia penal, es decir, que condicionan la posición de la sociedad general acerca de la justicia, entendiendo también que se verifica “el papel que desempeña la maquinaria procesal penal como factor etiológico de la impunidad y del delito, o bien, como factor preventivo del mismo.” (Zaffaroni, 1968: 10). Pero también condicionan las actitudes de los sujetos que participan en él.

Ella se encarga de la observación del proceso en sus particularidades, los acontecimientos que se suscitan en él, el tratamiento integral al ejercicio del poder punitivo. (Zaffaroni, 1968: 7). Por su parte, Martínez Castro considera que es un campo aún más especializado que la sociología jurídica, pues se concentra en el proceso penal “cuyo contenido está investido de juridicidad y que tiene que ver entre hecho social, organización social y proceso penal.” (Martínez Castro, 1997: 90).

Un campo que no se limita a lo normativo, sino que indaga los fenómenos jurídicos que se presentan en la práctica, que si bien tienen como una de sus bases la norma, guarda más relevancia la

cotidianidad del proceso, la forma como se administra justicia y los efectos de esta acción, concibiendo también el proceso como fenómeno social.

Para Zaffaroni, el contenido de la sociología procesal penal es amplio y enumera algunas de las temáticas que lo comprenden, tales como: a) los intereses y las actitudes hacia la justicia penal, b) los intereses y las actitudes dentro del proceso penal, c) la influencia del medio ambiente sobre la organización y funcionamiento de la administración de justicia, d) armonía y conflicto entre la justicia represiva y las “mores”, e) el sentimiento de comunidad y el proceso penal, f) las asociaciones y su interferencia en la acción de la justicia, g) relaciones entre los sistemas políticos, las formas de producción y los sistemas procesales, h) la movilidad social y el proceso penal, i) magia, mito y proceso, y j) las causas procesales de la cifra negra. (Zaffaroni, 1968: 12-13).

Entre los presupuestos planteados por Zaffaroni, resaltan, *los intereses y actitudes dentro del proceso penal*, de acuerdo con el cual, las motivaciones de quienes hacen parte del proceso trascienden al expediente, no se evidencian allí, pero afectan o condicionan lo que allí ocurre, (Zaffaroni, 1968: 12) El sentido radica en que el resultado estudiado en un expediente encubre los comportamientos, posición, postura, ademanes y otras conductas, de quienes participan en el proceso, esto no puede extraerse de la lectura u observación posterior de la audiencia a través de medios técnicos. La realidad interna no puede inferirse, por lo tanto, requiere un método de investigación empírico.

Por otra parte, algunos factores negativos del proceso penal, que tienen que ver con lo que el autor denomina *las causas procesales de la cifra negra*, entendido como los defectos de procedimiento que causan impunidad y desconocimiento del delito. (Zaffaroni, 1968: 13).

La amplitud de la sociología procesal penal permite considerar aspectos de índole más general, pero al mismo tiempo complejos en su estructura, pues se especializa en el escenario del proceso, no desde una perspectiva teórica. Por esta razón es que se considera sociología jurídica, pues estudia un aspecto de ella, un núcleo problemático como es el proceso, para el caso, el proceso penal.

Esta propuesta de Zaffaroni, considera entonces la utilización de métodos sociológicos para el desarrollo del trabajo de campo, pues permite obtener resultados sólidos de investigación, que implican la recolección de datos, verificación de las condiciones en las que se desarrolla el proceso, consecuencias de la interacción entre quienes participan en él, manejo de la información estadística, así como herramientas que implican relación directa con los sujetos que hacen parte del escenario,

tales como la entrevista o las encuestas de opinión, todas ellas para desentrañar las particularidades del proceso penal como escenario de observación. (Zaffaroni, 1968: 14-15).

Por otro lado, también propone el estudio de caso, que implica limitaciones cuantitativas pero que permite una mayor profundidad en la información obtenida, pues con este método puede detenerse en alto grado las actitudes e intereses de quienes participan del proceso. (Zaffaroni, 1968: 15).

Un aspecto relevante en la definición de Zaffaroni, es que concibe la afectación a los recuerdos e impresiones que se generan cuando transcurre un largo período de tiempo en los casos estudiados, los cuales podrían deformarse. (Zaffaroni, 1968: 16) Lo cual, para el desarrollo de un proceso penal, implica la celeridad en el mismo, la rápida intervención que lleve a que no se afecte lo que ocurre en dicho escenario.

Se pueden realizar, a propuesta del autor, estudios de forma comparativa, entre fenómenos que han acaecido, o mediante el planteamiento de un tipo ideal a partir de la cual se realice la lectura de otros modelos. (Zaffaroni, 1968: 16) Para el autor:

(...) resulta sumamente útil el método tipológico y lo utilizaremos para establecer la comparación entre los sistemas penales y los regímenes políticos. Tanto el sistema procesal penal inquisitorio como el acusatorio no constituyen formas históricas, sino que son tipos ideales, formas que nunca ha asumido el proceso penal en su totalidad y en todas sus consecuencias. Son dos tipos ideales que nos sirven como marco de referencia para afirmar que tal o cual sistema procesal históricamente dado está más cerca del uno que del otro, pero no podemos afirmar la existencia de sistemas procesales inquisitorios o acusatorios, porque nunca se han dado. Todos los sistemas procesales históricos fueron y son sistemas mixtos.” (Zaffaroni, 1968: 17).

En un trabajo de investigación, vale la pena preguntarse ¿Para qué observar el procedimiento penal?, para lograr una exacta perspectiva de la hipótesis de investigación, verificar el cumplimiento de las normas de procedimiento, reconocer las estrategias de litigio que utilizan los sujetos procesales, especialmente la defensa del procesado, ya que permite establecer si las medidas o reglas especiales establecidas en el procedimiento se cumplen como están diseñadas, se acatan parcialmente o se desconocen algunas de ellas dentro del proceso.

Un estudio de sociología procesal penal permite ver “la relación y reacción social producto de un proceso penal (entendido como fenómeno social)” (Martínez Castro, 1997: 6). Y específicamente circunscrito a la eficacia e ineficacia del procedimiento penal para la protección, no solo de la víctima

sino del procesado, así como el escenario, entendido este como el medio donde se desarrolla y las estrategias de quienes participan en él. Entendiendo, se reitera, que la sociología procesal penal “es la ciencia que estudia al proceso penal, en forma externa como fenómeno social, atendiendo las relaciones y reacciones que se producen entre este y la sociedad.” (Martínez Castro, 1997: 8).

Así mismo, otro método que puede desarrollarse es el estudio de las comunidades que hacen parte del proceso y ver los efectos que este tiene en ellas. Así como también, a través de la sociometría se puede indagar acerca de las relaciones entre las personas que participan del proceso. (Zaffaroni, 1968: 16) Lo que lleva a plantear que, en general, para Zaffaroni la metodología sociológica implica tener una visión de la problemática social, en la que la investigación se realice de acuerdo con la hipótesis planteada y atendiendo a la realidad.

Definitivamente, la propuesta de Zaffaroni, busca especializarse en el proceso, va más allá del estudio de la norma y la forma en como esta lo concibe, o cómo se regulan los delitos, pues verifica la forma de su aplicación, y resuelve la inquietud de si ella cumple con los fines para los cuales se creó. Dicho en otras palabras, no es posible afirmar que el derecho procesal penal consagrado en las normas jurídicas, se reproduce de forma exacta y tiene la fiabilidad esperada en la práctica. Esto porque el escenario donde se desarrolla no se contempla en la norma, así como tampoco se tiene certeza de cuáles serán los sujetos y el número de personas que participarán en él, por un lado; y por el otro, la norma tampoco contempla el tiempo que se toma para iniciar y culminar un proceso, la preparación del caso, así como los recursos técnicos y financieros con los que cuenta tanto el ente acusador como el procesado para contratar la defensa técnica que requiere el proceso. Variables que si bien los expertos pueden tener en cuenta, no se reflejan en la norma.

Por otro lado, es importante considerar que la propuesta inicial del autor es que las investigaciones de orden sociológico procesal penal, requieren, además de un adecuado presupuesto, su realización preferiblemente por equipos; menciona el autor: “(...) una investigación seria requiere la participación de un equipo de juristas, psicólogos, historiadores del derecho, antropólogos, médicos y criminólogos, dirigidos por un sociólogo.” (Zaffaroni, 1968: 18). El equipo es imprescindible en su criterio para explicar las relaciones humanas que se originan en el campo. Ahora bien, sin desconocer la postura del autor, existen métodos sociológicos expuestos por él, como el estudio de caso, que no requieren adelantarse necesariamente por un equipo, aunque quien los adelante deberá ser consciente de sus limitaciones al momento de presentar sus conclusiones.

En cuanto al proceso, el autor es consciente de la imposibilidad de realizar estudios exhaustivos, pues implican un análisis histórico y social tan amplio que podría no terminarse. Lo que debe tenerse en cuenta es la realidad histórica del sistema al que se adscribe el proceso y los cambios en los regímenes políticos que han llevado a que ese sistema procesal se mantenga o presente mutaciones, menciona el autor que:

“(…) en cada régimen político hay una “sensibilidad legislativa” que es debida a lo que en los fenómenos sociales se denominan factores imponderables. Estos factores imponderables son la tradición jurídica, la influencia de las ideas religiosas, la penetración de las ideas políticas y la intensidad de las mismas, etc. Cuando esta “sensibilidad legislativa” es grande la adaptación del proceso al régimen político imperante es más rápida que cuando la “sensibilidad legislativa” es reducida. (Zaffaroni, 1968: 34-35).

Así mismo, se concibe por el autor que todo delito está rodeado de componentes mágico-religiosos y por ende el procedimiento dada su importancia social trascendental, como medio para administrar justicia, es un ritual que ha evolucionado, pero que al igual que en las sociedades primitivas intervienen elementos representativos de un poder, divinidades, que se trasladan a la dimensión humana, como por ejemplo el mantenimiento del juramento aun cuando ya no se declare un efecto sobrenatural, sino una consecuencia jurídica cuando no se es acatado, esta parte de considerar la forma en que la ley determina la apreciación de todo lo que ocurre al interior del proceso y que delimita la actuación del juez o los sujetos. (Zaffaroni, 1968: 45-46)

De manera análoga, el proceso es sustancialmente racional, pero pueden darse en su interior estímulos, impulsos, o deseos que no puedan considerarse lógicos, aun así el proceso penal contemporáneo dice Zaffaroni que es un orden “racional” en el sentido sustancial. (Zaffaroni, 1968: 50) En este sentido afirma: (…) el proceso penal es un fenómeno que siempre presenta la particularidad de ser funcionalmente racional, aunque no siempre es sustancialmente racional, y que dentro de su funcionalidad racional, tiende a obtener una racionalidad funcional óptima.” (Zaffaroni, 1968: 51).

Con ello introduce también los aspectos controlables de un proceso y aquellos que con mayor dificultad pueden controlarse; la existencia, estructura y alcance de un proceso penal pueden verse afectados no solo por las personas que participan en él, la estructura institucional que lo rodea, sino también por el espacio geográfico y la población donde se surte, pues como lo menciona a modo de ejemplo, una “vida aislada y solitaria favorece que el delito no llegue a conocimiento de la autoridad.” (Zaffaroni, 1968: 52). También influye los medios técnicos, forenses, las condiciones y

capacidad para investigar, los elementos a disposición de las autoridades en el desarrollo del proceso, aspectos que pueden ser controlados, pero incluso así lo afectan.

En cuanto a la población, surge también el concepto de opinión pública entendida como la opinión de la mayoría u opinión predominante, Zaffaroni considera que:

“(…)se produce un divorcio entre la administración de justicia penal y la opinión pública. Es incuestionable que el mecanismo de autoafirmación de los principios éticos genera una tendencia vindicativa en el público. Esta tendencia vindicativa no resulta adecuadamente satisfecha por la justicia penal, pese al sentido retributivo que conserva la pena en la actualidad. Las masas se retrotraen inconscientemente al talión y, a veces, a la venganza privada e ilimitada. Consecuencia de esto es que la administración de justicia penal es, en general, la administración de justicia más impopular. (Zaffaroni, 1968: 57).

De igual manera, se espera más del procedimiento de lo que realmente puede llegar a hacer, ni el derecho penal y las sanciones creadas son la solución a problemas sociales y culturales de un país, es desproporcionado considerar que la pena es la respuesta natural a la criminalidad. Dicho de otra manera, la comprensión del procedimiento penal permitirá que la sociedad en general asimile el por qué son necesarias unas reglas claras de procedimiento y unos límites internos a la potestad de juzgamiento del Estado.

Se parte de considerar que no se puede defender la perfección del sistema procesal penal, tampoco puede desconocerse que aun con imperfecciones, un procedimiento penal rígido en su estructura es sano para evitar injusticias por parte del Estado, especialmente por violación de los derechos del procesado, quien no pierde la condición humana por el hecho de que curse en su contra una investigación penal y/o haya podido incurrir en una conducta punible.

Hay que mencionar, además que no puede supeditarse la política criminal al aumento de las penas y a la excesiva atención al desarrollo del procedimiento, pues debe reconocerse que la falta de prevención y la poca educación que se da al respecto en muchos derechos, también tiene que ver con la comisión del delito. Se defiende entonces la idea de que una parte de los delitos podrían evitarse si la posible víctima está en capacidad de reconocer una trasgresión, detenerla y así mismo pedir ayuda sin esperar un resultado indeseable.

Para no dejarle todo al proceso penal, debe tenerse conciencia de que al Estado y la sociedad les corresponde un deber educativo, que no atribuya todas las soluciones al procedimiento, pues este

sólo delimita desde el punto de vista jurídico cómo se establece la responsabilidad, los medios de prueba que permitirán llegar a ella y si la persona procesada es responsable penalmente.

En este sentido, el procedimiento penal actúa como muro de contención entre el ansia de venganza de la sociedad y el deber de impartir justicia y castigar la comisión de un delito por parte del Estado, pero con él, no se evitan los delitos, solo se procesan. Para Zaffaroni, “De todas las formas de control social de que dispone la sociedad moderna –que son múltiples y complejas–, el Derecho Penal es un control reservado para situaciones especialmente extremas.” (Zaffaroni, 1968: 55).

Los delitos, por lo general, producen estupor, rechazo, mueven la sensibilidad de la sociedad, llegan a generar un opiniones con una carga negativa muy alta, es decir; nos sitúan en una posición de ataque en contra de quien se sospecha es el responsable, ya que mueve los afectos y emociones de la sociedad. Al respecto de lo anterior, desde la sociología procesal penal se considera que “Cuanto se trata de problemas que tocan a nuestra afectividad, es cuando más peligro corremos de sufrir la deformación del perjuicio.” (Zaffaroni, 1968: 69).

Se parte de considerar que;

“La opinión pública está siempre mal dispuesta hacia la administración de justicia penal porque está nunca satisface suficientemente sus deseos vindicativos. Esta circunstancia la predispone para creer, sin mayor análisis, en la corrupción de los tribunales y en la inutilidad de los actos procesales. Además, la opinión pública es proclive a creer en la lentitud, que suponen superficial, de la administración de justicia, lo que generalmente encuentra una base de sustentación cierta, porque justo es consignar que el conservatismo procesal presta un asidero real a la exageración sobre la lentitud procesal” (Zaffaroni, 1968: 61).

Cuando se desarrolla el proceso penal, y se logra establecer la responsabilidad y la posterior imposición de una condena, se inicia el camino hacia la reparación del daño causado con la ocurrencia del delito. De cualquier manera, se concluye que inevitablemente el derecho de la víctima ya se encuentra lesionado, es menester restablecerlo y un escenario para ello es el del procedimiento penal. No sólo es entonces, el reproche y el ejercicio del poder punitivo, los que motivan el procedimiento penal, sino también el restablecimiento de los derechos, por lo tanto, el esfuerzo jurídico del juez penal debe ser mayor, no limitado a la individualización del responsable.

A pesar de la limitación al proceso penal, la investigación puede traer consigo misma el estudio de múltiples variables, pues es “el derecho procesal penal, el que tiene encomendado los temas de:

averiguación previa, período de pre instrucción, la instrucción, el juicio, la sentencia, los recursos, los términos, la jurisdicción entre otros.” (Martínez Castro, 1997: 18).

La mirada del proceso debe ser profunda, pues como se ha dicho existen diferentes variables que complejizan el procedimiento, “debemos observar al proceso penal como un cúmulo de factores sin cuya visión panorámica careceríamos de la exacta perspectiva del problema, reduciéndolo arbitrariamente a la consideración de los factores políticos” (Zaffaroni, 1968: 24).

La reflexión sobre la práctica permite identificar la forma como se acopla la norma al escenario concreto que justifica su existencia, que la defiende en caso de vulneración, comprendiendo todos los valores que allí se dan, se evalúa si produce o no el proceso mayor impunidad, y si la respuesta es positiva, permite avanzar en la reflexión acerca de cuáles serían las bases para complementarlo o avanzar en una transformación. Al considerar el proceso como un fenómeno social, no solo se evalúa la forma cómo éste se inicia, desarrolla y concluye, sino las razones que han llevado a que sea así y no de otra forma, pues este desconocimiento es una de las razones principales para que se genere resistencia hacia él. “(...) el alejamiento y la incompreensión del proceso penal por parte de la opinión pública, suele crear una seria desconfianza hacia el proceso penal y la administración de justicia penal: la desconfianza y el temor a lo desconocido.” (Zaffaroni, 1968: 80).

Todos los que participan del proceso o llegan a él pueden ser estudiados y al mismo tiempo pueden llegar a internalizar, obedecer o desconocer las pautas de conducta que se tejen alrededor del proceso, al mismo tiempo, quien llega al proceso espontáneamente y no se encuentra allí de forma habitual puede formarse una idea de culpabilidad o inocencia, dependiendo de qué tanto conozcan los hechos, o qué tanto estén relacionados con una de las partes. Las representaciones al interior del proceso influyen en las decisiones que se toman, especialmente para el juez, quien debe observar lo que ocurre durante la realización del proceso y mantener su objetividad.

Cada participante en el proceso está limitado por la calidad como actúa, se expone a cometer errores, pero siempre pueden ser corregidos por los límites de la normatividad que define su actuación, así como las restricciones propias de su condición humana y social.

Por otra parte, al igual que los intereses y las conductas que se dan al interior del proceso, es relevante para el estudio que se realiza, la cifra oscura, es decir; los delitos sin proceso, aquellos de los que no da cuenta la estadística porque realmente no tiene capacidad para hacerlo, bien sea porque no en

todos los casos se puede comprobar, se recibe denuncia o se lleva a cabo el proceso. Las cifras pueden ser cuestionables, pero “sigue siendo un valiosísimo auxiliar de la investigación social en general, y en particular, de la investigación del fenómeno criminal.” (Zaffaroni, 1968: 75).

La estadística es un apoyo que permite intuir las razones de algunos delitos, la importancia que se les asigna, así como la búsqueda de posibles soluciones. Es importante tener en cuenta que las estadísticas pueden traer como consecuencia el desprestigio de las instituciones, entre ellas, la administración de justicia, así mismo pueden denotar crisis sociales. Ante ello, Zaffaroni considera que una solución ideal es convertir a la comunidad en una agente que administre justicia (Zaffaroni, 1968: 78).

El riesgo de la desconfianza hacia la administración de justicia es la vuelta a considerar el ejercicio de acciones privadas de justicia, así mismo rompe con el concepto de comunidad, agrega el autor:

(...) La lesión al sentimiento jurídico, provocada por los errores y las injusticias judiciales, pareja necesariamente el debilitamiento del sentimiento de comunidad. Se debilita indefectiblemente la conciencia de participar en algo común. Ya no se está participando en una vida común, sino que, llegado cierto límite de injusticias se está sufriendo una vida en común. Cuando las injusticias se repiten, se evidencia que la comunidad vive en función de una minoría que detenta el poder público y económico.” (Zaffaroni, 1968: 84).

Conocer el proceso, en su realidad interna, permitirá generar los cambios que modifiquen cualquier percepción negativa hacia la administración de justicia y así mismo fortalecer el concepto de comunidad, bajo la comprensión de que el proceso también comporta una forma de control, así mismo un proceso robusto lleva a lo deseable, y es que: “cada día sea más lógico y más científico, pero también que esos elementos se pongan al servicio de la libertad humana, y por consiguiente, sea más acusatorio.” (Zaffaroni, 1968: 94).

La sociología del castigo. Una de las consecuencias del proceso puede ser la imposición de la sanción, la cual, al igual que el proceso, se concibe como un fenómeno social, el castigo tiene diversos propósitos;

“(…) por lo regular se considera que su objetivo principal es servir de instrumento para controlar y reducir los índices de la conducta delictiva. Por lo tanto, puede verse como un medio para lograr un fin determinado: un método legal diseñado para facilitar la tarea de controlar el delito. (Garland, 1999:34).

Para llegar al castigo, debe adelantarse el proceso, en la actualidad se discute la efectividad de ambos y especialmente si a través del castigo se puede controlar el delito, lo cual necesariamente implica

que mantenerlo y aplicarlo nada aporta a la disuasión. Por lo tanto, el castigo puede ser objeto de análisis sociológico, al igual que el proceso penal. La forma de llegar a él implica un cambio en la manera como se comporta la sociedad, pues más que emotiva, es racional.

Se justifica la necesidad del castigo, pero se pierde de vista que no en todos los casos se llega a la sanción, así mismo la forma de concebir el castigo cambia: “los patrones culturales cambian con el tiempo y que el desarrollo cultural tiende a ejercer una influencia directa sobre los patrones de castigo.” (Garland, 1999:236).

La dificultad de aplicar un castigo que responda a la criminalidad radica en la que sociedad misma se ha transformado y existen diferentes formas de concebir la justicia. Garland, ve el castigo como:

“(…) un conjunto de prácticas que encarcela, supervisa, priva de recursos o bien regula y controla a los infractores, y la tarea de los penitenciaristas es medir los efectos directos de estas acciones, y delinear las consecuencias reformadoras, disuasivas o inhabilitadoras de las medias penales sobre la población de infractores que ha sufrido dichas sanciones.” (Garland, 1999:236).

Al castigo no se llega de forma directa, sino a través de las prácticas de poder y autoridad que son definidas por la sociedad, las cuales tienen profundos significados sociales y culturales. Llegar a la sentencia en la que se estipula el castigo, constituye un símbolo de poder: “(…) Dictar una sentencia es, por lo tanto, un elemento operativo en un proceso instrumental de enfrentar a los infractores. Pero el dictado de la sentencia también transmite una aseveración simbólica que interpreta y comprende un amplio público (o públicos) fuera del tribunal.” (Garland, 1999:297).

El castigo es parte del proceso, y goza de trascendencia por que transmite a la sociedad un claro mensaje disuasorio, siempre y cuando no sea solo retórico, ya que en la actualidad es probable que no se llegue a disuadir porque no se logre realizar el proceso que puede llevar a él. Dice Garland: “las formas en que se aplica el castigo dan una cierta idea del poder gubernamental y de la autoridad social.” (Garland, 1999:310).

Lograr realizar el proceso, y llevar a cabo la imposición del castigo, se puede fortalecer la unidad de la sociedad, en este contexto el proceso penal mantiene el vínculo entre la ley, la fe y la moralidad social, esa realización construye una vida social y fortalece la autoridad del Estado, se concibe así el castigo como un medio a través del cual se cumple un fin. Si bien se discute su realización como último recurso, el castigo es aceptado por la mayoría de la población. Puede lograrse su reinención,

solo a través de reflexiones que lleven a considerarlo una medida más, que por su excepcionalidad pierda fuerza y genere menos expectativas a la sociedad.

Hassemer y los modelos de producción escénica. El estudio del proceso como fenómeno social también permite evaluar la propuesta de Hassemer, quien considera que el proceso penal debe realizarse en un ambiente controlado donde se evite la subjetividad, donde no se dé relevancia a los diálogos respecto de los sujetos, sino respecto de los hechos, primando el sentido de los principios procesales y cómo estos se ordenan y aseguran la fase de producción. “Sólo un Derecho Procesal Penal aplicado con respecto estricto a sus normas y con sus garantías profundamente enraizadas en la conciencia de los ciudadanos puede impedir que la producción del caso penal signifique también la vulneración de la Ley.” (Hassemer, 1984: 191).

Hassemer afirma que el proceso penal debe ser limitado, cerrado en cuanto a su ritualidad, pues de lo contrario podría ser utilizado para otros propósitos. En este sentido, tanto la primacía de los principios procesales, como la obligatoriedad de velar por los derechos del procesado, ayudan a la evitación de casualidades y buena voluntad en el proceso. Para Hassemer “el proceso penal, como ceremonia peligrosa, debe privar al particular, al Juez, al Fiscal y a la opinión pública de libertad de disposición. No se puede permitir que sea utilizado como instrumento o arma arrojadiza de particulares o de grupos concretos.” (1984: 170).

Se entiende entonces que la capacidad operativa del proceso es alta, se evita que se deje espacio a la casualidad, se definen momentos concretos y no forzados para establecer la responsabilidad. “El sistema jurídico no puede dejar a la casualidad o a la buena voluntad de los participantes el que las cosas transcurran de un modo correcto, por el contrario, debe intervenir para posibilitar y asegurar la comprensión escénica mediante las reglas procesales adecuadas.” (Hassemer, 1984: 169). Máxime en delitos que se consideran graves como los que atentan contra los derechos de las personas menores de 14 años.

Al respecto esta teoría, vista desde la sociología procesal penal se complementa, en cuanto a que a esta no le interesa el contenido de la norma, pues es de la órbita de la dogmática procesal penal, mas sí le interesa la eficacia o ineficacia del procedimiento penal, ésta:

“(…) pertenece al mundo fáctico, ya que los fenómenos que ocupa tienen origen en la realidad, la que se exprime a fin de ir más allá de las apariencias; es analítica, en cuanto que particulariza los elementos que la componen como son: la sociedad, el proceso penal, la relación, la reacción, hecho o fenómeno social, la exterioridad, es especializada por cuando que pretende el estudio particular del proceso penal como fenómeno social, apartando del derecho penal, el

derecho procesal penal y de la sociología general; sus resultados son claros y precisos ya que se trata de ideas conectadas lógicamente entre sí; sus resultados son legales productivos y probables; su estudio es útil como verdadero tipo de control social”. (Martínez Castro, 1997: 38).

En el mismo sentido, todas las personas que participan en el proceso penal son relevantes para su escenificación, especialmente en la etapa de juicio, en donde la forma como construyen los discursos permite no solo ver la comprensión que se tiene del delito, sino también del régimen de protección que le son predicables a los sujetos.

Siendo así, el juez, la defensa del procesado, la fiscalía, y en caso de que decidan vincularse y participar en él, la defensa de víctimas, la representación del ministerio público y defensoría de familia, dialogan a través de los roles que desempeñan, construyendo una perspectiva más amplia del proceso, que no se evidencia en la norma, pues si bien existe una definición de las facultades que tiene cada uno de ellos en el proceso, no de la forma en que se ejerce, ni cómo se interpreta por cada uno de ellos.

Este aspecto es relevante, por cuanto:

“La sociología procesal penal tiene que ver con los personajes que intervienen en el juicio penal y procuran atención en la personalidad de los administradores y procuradores de justicia, señalando su participación como funcionarios públicos, pero también como seres humanos con defectos y virtudes según sea su cultura y profesionalismo.” (Martínez Castro, 1997: 40).

La forma de organización del proceso penal, con un enfoque sociológico como lo plantea Hassemer, se compagina perfectamente con el uso de la sociología procesal penal, pues desde un enfoque reflexivo permite concluir si son alcanzables o no los objetivos del proceso penal, pero especialmente las reglas especiales de procedimiento creadas por la ley de infancia y adolescencia, por un lado.

Se parte de considerar que:

“La finalidad que busca la sociología procesal penal, es demostrar que efectivamente el proceso penal es una forma de regular la conducta social, empero, tomando en cuenta que el derecho es perfectible, es necesario moldear o corregir las formas de procedimiento existentes, en virtud de que las que actualmente se tienen, no se ajustan a la necesidad y realidad social.” (Martínez Castro, 1997: 149).

En este orden de ideas, la observación reflexiva del proceso aclara básicamente la forma en que se verifica el derecho procesal penal en la norma, en sentido estático, y el derecho procesal en la práctica, en su sentido dinámico, se estudia la concurrencia de ellos en el momento del juicio; la idea central es que existe la norma, esta debe aplicarse, siendo así, apreciar cómo se reproduce la norma en el escenario para el que fue creada.

Como puede verse, esto permitirá vislumbrar las fortalezas y debilidades del procedimiento y eventualmente proponer acciones de mejora, transformaciones y modificaciones que robustezcan el proceso, superando elementos que lo debiliten y amenacen los derechos de quienes participan en él, especialmente para que se logre el restablecimiento de los derechos de la víctima menor de 18 años. Se tiene que:

“Mediante la sociología procesal penal se tienen las bases para sostener las necesidades de un proceso penal actualizado, pero además de ello y de primer orden, distinguir de su concepto y definición, que lo es de carácter universal, entre si se trata de un procedimiento penal o bien de un proceso penal. No podemos hablar de una verdadera ciencia cuando unos hablan de géneros y otros de especies, como lo es el procedimiento y el proceso” (Martínez Castro, 1997: 150-51).

El procedimiento penal en estos casos debe cumplir con una función más allá de la simple administración de justicia, también la certeza de cumplimiento del deber de protección por parte del Estado, el adecuado uso de su *ius puniendi* y lo más importante: el restablecimiento de los derechos de la víctima. La observación real y directa, pues “el estudio de la eficacia de los juicios criminales, en donde hablaremos exclusivamente del aspecto real y no formal del proceso penal.” (Martínez Castro, 1997: 154).

1.2 Cifras sobre delitos contra actos sexuales abusivos y acceso carnal con menor de 14 años

Previo a presentar el análisis de caso y las cifras sobre estos delitos, es importante delimitar, como se mencionó en la introducción, que la investigación de los delitos de acto sexual y acceso carnal cometidos contra personas menores de 14 años, debe resaltarse que en Colombia se prohíbe el ejercicio de la libertad sexual a todas las personas que no han llegado a esta edad, puesto que se considera que no tienen capacidad para decidir, al menos sobre el ejercicio de su sexualidad. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha determinado que la libertad sexual es:

“(…) la facultad y el derecho que tiene toda persona humana para elegir, rechazar, aceptar y autodeterminar el comportamiento sexual, cuyos límites serán los postulados éticos en que se funda la comunidad y el respeto de los derechos ajenos correlativos.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 18455, 2005).

La legislación de Colombia no permite el ejercicio de la libertad sexual a los menores de 14 años, se considera que aún no han logrado la capacidad intelectual reflexiva para comprender lo que implica la sexualidad y por lo tanto para consentir, siendo así, “en el caso de los menores, la presunción de su inexistencia por debajo de los 14 años no admitirá prueba en contrario.” (Escobar López: 2013: 33).

La incapacidad de ejercer la libertad sexual da al delito la connotación de abusivo, se considera que desarrolla el deber de protección a cargo del Estado, como una medida para proteger la vida e integridad de las personas menores de 14 años, que se presume no han alcanzado la madurez para el ejercicio de dicha libertad. Dado que se considera que:

(...) “La doctrina tradicional ha venido entendiendo que en el caso de los menores –y más allá de reflexiones o condicionamientos moralizadores– es la libertad sexual, el bien penalmente protegido, idea que expresa mejor que ninguna otra, el objeto jurídico a resguardar. Su falta de capacidad de decisión y discernimiento para involucrarse en acciones sexuales le impiden comprender el carácter del acto por carecer de libertad, y si la tuviera, el legislador la considera irrelevante. Pero también el interés tutelado puede proyectarse en un haz o un conglomerado de intereses. Bajo este entendido se suscita la idea de que protege la ley con el dispositivo en estudio, el normal desenvolvimiento de la vida sexual, dedicando especial atención a la integridad y formación de los menores de catorce (14) años quienes por su misma inexperiencia y fragilidad están más expuestos a atentados de este tenor. El menor no está en condiciones de ejercitar responsablemente sus atributos venéreos, ni tampoco de captar de manera plena y autónoma el significado y la trascendencia del acto que realiza. Su incapacidad de determinación, en el ámbito sexual, aparece cobijada –según la nomenclatura acuñada– con una presunción *iuris et de iuris*.” (Valencia Martínez, 2002: 70)

Ha dicho la Corte Constitucional al respecto que:

(...) El carácter abusivo de estos actos deriva de la circunstancia de ser realizados con persona que físicamente aún no ha llegado a la plenitud de su desarrollo corporal y, especialmente, por tratarse de seres humanos que no han desplegado su madurez volitiva y sexual, prestándose para el aprovechamiento de personas que los aventajan en lo corporal e intelectual y precipitándolos precozmente a unas experiencias para los que no están adecuadamente preparados, con consecuencias indeseadas como el embarazo prematuro y la asunción de responsabilidades que exceden sus capacidades de desempeño social. (...) En tal circunstancia considera el Legislador que los actos sexuales con menores son abusivos, no por la especificidad misma de las conductas sino por tratarse de incapaces absolutos ante la ley” (Corte Constitucional, Sentencia C-876, 2001).

En la literatura se suele hablar de estos delitos por sus sinónimos, violación o abuso sexual, en menores de 14 años se considera acceso carnal abusivo, Pabón Parra lo define como:

(...) El abuso, lato sensu es aprovechamiento o utilización indebida de un estado de cosas, de un derecho, atribución, posibilidad o circunstancia. Los abusos sexuales (...) significan precisamente el indebido aprovechamiento de las especiales condiciones y circunstancias en que se encuentra la víctima, que manifiestan su incapacidad o imposibilidad para dar el asentimiento sexual o para la comprensión cabal del acto, todo lo que revela una patente inferioridad del sujeto pasivo ante el agresor, quien tan sólo se aprovecha de la situación para perpetrar claro abuso sexual. (Pabón Parra: 2005: 332).

La expresión abusivo de acuerdo con este autor:

(...) expresa, en forma negativa, inequívoca referencia al medio utilizado, el autor no ejerce la violencia, por ello lo inapropiado de cualquier presunción o ficción al respecto para ejecutar

cualquiera de las conductas incriminadas, sino que ellas se ven consolidadas en virtud de la especial condición o circunstancia en que está el agredido, la cuales siempre tienen características personales y deben afectar en forma esencial el asentimiento o discernimiento sexual de aquél. El agente aprovecha, como medio de comisión, la edad o el estado de inconsciencia de la víctima para realizar el acto tipificado.” (Pabón Parra, 2005: 332).

Ahora bien, se consultaron las cifras e igualmente los casos y se observaron audiencias en los casos de acceso carnal abusivo y actos sexuales abusivos, por lo tanto, se tendrá en cuenta que se entiende 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, 2013). Entonces el acceso implica cualquier ataque de contenido sexual contra los niños que implique la introducción de cualquier parte del cuerpo humano o elemento material por boca, vagina o ano, y por acto sexual aquella conducta inapropiada, que no implica penetración de ninguna índole, sino tocamientos o constreñimiento para que el niño realice tocamientos al agresor, masturbación, entre otros. En cuanto a los actos sexuales con menor de 14 años, se concibe como una conducta inapropiada por parte del agresor –sujeto activo– frente a la víctima –sujeto pasivo–, en donde esta última es obligada a presenciar o realizar algún acto de contenido sexual.

Para la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal:

“(…) al tenor de lo dispuesto por el artículo 212 del Código Penal existen dos formas de acceso carnal, la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, y el acceso vaginal o anal por otra parte del cuerpo humano u otro objeto. De suerte que habrá acceso cuando para esos efectos se utilicen la lengua, los dedos u otras partes del cuerpo, o se penetren esas cavidades con objetos idóneos, excluyendo aquellos valorados como dispositivos apropiados para agredir físicamente a la víctima”. (Corte Suprema de Justicia, SP24096, 2006).

Tanto el acceso carnal como los actos sexuales abusivos son delitos contra la libertad, integridad y formación sexual que se analizan, estudian y cuyas audiencias se observaron para la tesis. Sobre la diferenciación que se realiza en cuanto a la edad se considera que:

“(…)La diferenciación realizada por el legislador entre menores de 14 años y los menores mayores de 14 años persigue fines constitucionalmente legítimos, pues es un instrumento legislativo que permite materializar la protección del artículo 44 constitucional en aquellos menores cuya capacidad volitiva y desarrollo sexual no está aún configurado plenamente. Así las cosas, la medida tomada resulta idónea y adecuada debido a que, aun existiendo el consentimiento del menor de 14 años, lo cierto es que su capacidad de comprensión y valoración del acto sexual no es adecuada para su edad”. (Corte Constitucional, Sentencia C-876, 2001).

Dado que el estudio no se centra en la norma, ni en las teorías sobre el ejercicio de la libertad sexual, así como de adquisición de la capacidad progresiva de las personas menores de edad para desarrollar

su sexualidad, sino sobre el proceso penal en los delitos enunciados, se consideró pertinente conocer las estadísticas de movimiento de procesos para los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual en menores de 14 años.

Las estadísticas fueron obtenidas a través de tres derechos de petición dirigidos a la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico del Consejo Superior de la Judicatura. Desde ya, puede afirmarse, que si se atiende solo a las cifras se evidencia la imposibilidad de obtener justicia y de restablecer los derechos de los niños a través del proceso, pues no en todos los casos se tramita el proceso hasta obtener bien sea sentencia absolutoria o condenatoria, o se logran otras formas de terminación como condenas por aceptación de cargos, confección de preacuerdos o sentencia anticipada.

Aunque las cifras en un primer momento no tenían la pretensión de convertirse en un aspecto relevante de la tesis, al encontrar que la división del juicio por sesiones dificultaría y prolongaría la observación, no debe olvidarse que una de las propuestas de contenido de la sociología procesal penal propuesta por Zaffaroni son las causas procesales de la cifra negra, es decir, aquellos defectos que causan impunidad y que bajo su comprensión deben ser conocidos especialmente por los legisladores y por quienes administran justicia (Zaffaroni, 1969:13).

El propósito de analizar las cifras es que se emprendan acciones adecuadas para reducir el fenómeno del abuso sexual infantil, pues las actuales, como se aprecia en las cifras, demostrarán que no existe capacidad institucional para administrar justicia en estos casos, es decir; se evidencia el fracaso de las políticas actuales para incrementar su capacidad de atender los procesos penales que se inician por este delito y, en consecuencia, castigar al responsable, como una medida más del restablecimiento de los derechos de los niños.

Hay que mencionar que las cifras permitirán evaluar la efectividad de la administración de justicia y develar que los índices que se presentan esconden un problema más profundo, pues se ha fracasado en la capacidad de atender los procedimientos penales como camino para llegar al castigo, esto bajo la comprensión de que si bien todas las instituciones tienen un margen de error o ineficiencia, la capacidad para administrar justicia en abuso sexual infantil, como se demostrará, es considerablemente baja. Para Garland:

“Todas las instituciones sociales tienen un margen de error o ineficiencia, pero en circunstancias normales puede tolerárselo en mayor o menor grado sin cuestionar a la institución misma. Si ésta satisface las expectativas habituales, y si, en general, su manejo y legitimidad son indiscutibles, las deficiencias no serán importantes.” (Garland, 1999: 20).

Para el desarrollo de la tesis, se solicitaron en tres momentos a la Unidad de Control y Análisis Estadístico del Consejo Superior de la Judicatura los reportes estadísticos, en el primero la relación discriminada del número de procesos iniciados y terminados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual en menores de catorce años desde 1996 hasta 2006. La segunda solicitud, para actualizar la información discriminada de 2017 a 2019, y la tercera, el número de Juzgados Penales de Conocimiento del Circuito a nivel nacional discriminado por ciudades de 2000 a 2020.

De la información suministrada, se informó por la Unidad que en el Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial solo se comenzó a realizar el reporte por desagregación por el tipo procesal hasta el año 2007 en adelante. (Oficio No. UDAEO 18-1035, 2018), así mismo para el histórico de 2017 a 2019, las cifras se desagregan con enfoque diferencial, pudiendo establecer si se trataba de un procesado hombre o mujer, e incluyó en las cifras los procesos que se llevan a cabo ante el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, al mismo tiempo se puede evidenciar que ya no se discrimina para efectos de la estadística si se trata de procesos de primera o segunda instancia. (Oficio No. UDAEO19-1224, 2019).

En el último reporte se informó que las bases de datos desagregaban la especialidad penal a nivel de conocimiento y garantías a partir del año 2012, y que la información de los años 2000 a 2011 se comparte por penal del circuito y municipal. Así mismo, precisó la Unidad, que de conformidad con los acuerdos PSAA12-9260 de 2012 y PSAA15-10561 de 2016, los consejos seccionales están facultados para especializar juzgados en causas orales con el fin de hacer más optima la oferta judicial (Oficio No. UDAEO20-52, 2020).

Explicado lo anterior, al analizar las cifras, deben tenerse en cuenta los indicadores de gestión de la rama judicial, con el fin de desagregar las cifras, y verificar si estos indicadores reflejan la efectiva realización de justicia, y por lo tanto permiten verificar si existe un bajo o menor grado de impunidad, si bien de este concepto se hablará en el segundo capítulo, para efectos de analizar las cifras se tendrá desde ya por impunidad un fenómeno que presenta diferentes dimensiones, en sentido amplio es:

“(…) implica la no persecución penal de conductas (acciones y omisiones), que encuadran en principio en el derecho penal nacional material y que pertenecen a la criminalidad común, pero que –por razones más bien fácticas que normativas– no resultan castigados.” (Ambos, 1999: 35).

Ahora bien, es importante precisar que esta tesis se aparta del concepto de impunidad como sanción o castigo, es decir, no hace referencia a que se logre una condena cuando ocurre una conducta

punible, sino a que se realice la justicia, es decir; que no se privilegia la sanción sino la administración de justicia y el desarrollo de sus funciones con miras a que se tramite el proceso y se restablezcan los derechos de la víctima, siendo irrelevante si se absuelve o condena, pues llegado al punto del juicio, no se discute si el delito existió, sino que, si la persona que está siendo juzgada fue la responsable de cometer la conducta punible.

En este sentido existe más cercanía con el concepto de impunidad que lo desarrolla no en términos de castigo, sino que se mida en cumplimiento de otros requisitos como la oportunidad de la decisión o el respeto de las garantías procesales (Uprimny et al, 2006: 54). Un indicador para los delitos de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo con personas menores de 14 años podría ser el logro del restablecimiento de sus derechos en los términos definidos por la ley de infancia y adolescencia.

Siendo así, en adelante se trabajará en la misma línea que Restrepo y Martínez Cuellar, se habla de la impunidad penal:

“ (...) aquellos delitos que entran oficialmente al sistema y sobre los cuales este tiene que responder. (...) y dentro de ella de (...) impunidad absoluta se da cuando los delitos que se judicializaron se quedan sin resolver porque el paso del tiempo hace que “mueran” (prescriban) por vencimiento de los términos legales establecidos.” (Restrepo y Martínez Cuellas, 2004: 5).

Así mismo previo a analizar los datos, deben tenerse en cuenta los Indicadores de Gestión de la Rama Judicial que a través de la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico ha establecido cuatro indicadores: congestión, retraso, productividad y eficacia. (Consejo Superior de la Judicatura, 2019).

Por congestión, se entiende:

(...) medida a partir de la acumulación de procesos que se genera en los despachos judiciales, por la no atención oportuna de los términos procesales, teniendo en cuenta el nivel de egresos efectivo del respectivo período y el inventario de asuntos a cargo del despacho. (Consejo Superior de la Judicatura, 2019).

Por retraso, indica que este: “(...) en los procesos judiciales hace referencia a los casos que no se han atendido de manera oportuna.” (Consejo Superior de la Judicatura, 2019).

La productividad, se mira como:

(...) las decisiones que culminan un proceso en la instancia, con un patrón que haga comparable todos los despachos, que en este caso es el promedio mensual. De esta manera, el índice de productividad contabiliza la cantidad de procesos evacuados mensualmente en promedio por despacho judicial (Consejo Superior de la Judicatura, 2019).

Finalmente, se concibe que la eficacia: “(...) se logra cuando se cumple lo esperado. Así las cosas, su medición tiene en cuenta la gestión que se adelanta para obtener un inventario menor que al inicio del período, con la desacumulación de procesos” (Consejo Superior de la Judicatura, 2019).

En la estadística oficial, se tiene que el índice de eficacia no tiene en cuenta cómo terminan o se evacúan los procesos, sino que solo refleja de ellos cuándo ingresan al despacho por año y cuántos egresan. De acuerdo con la ficha técnica suministrada, no se tuvieron en cuenta los ingresos por reingresos, descongestión, pérdida de competencia, cambio de radicación, nulidad, exclusión y los por renovación de actuaciones. (Oficio No. UDAEO 18-1035, 2018).

Por otro lado, los egresos de acuerdo con la ficha técnica corresponden a las salidas del despacho judicial, y se discrimina si termina el proceso con sentencia o si es efectivo, en cuanto a los primeros, como es obvio, se entiende que el proceso termina con sentencia judicial. Se considera que el egreso es efectivo cuando se profiere un auto o decisión que pone fin a la instancia.

De acuerdo con lo anterior, para efectos de las estadísticas y la presentación de resultados por parte del ente encargado de coordinar la administración de justicia, lo importante no es el desarrollo del proceso penal, en otros términos, encontrar al responsable, imponer la pena apropiada, ni indemnizar el daño causado a la víctima; sino la evacuación de los procesos con independencia o no, si falla el juez después de realizar un análisis acucioso del material probatorio, contrastado con la teoría del caso, que le permita absolver o condenar al procesado, por un lado; y por el otro, reparar el daño causado a las víctimas.

Así mismo, en la ficha técnica se determina que respecto a la discriminación del total de condenados o absueltos, no hace referencia al número de casos que se resuelven por sentencia, sino a la cantidad de personas que son condenadas o absueltas, bajo la comprensión de que pueden en una sentencia encontrarse varias personas condenadas y absueltas. Siendo así, las sentencias no se califican como condenatorias o absolutorias (Oficio No. UDAEO 18-1035, 2018).

Finalmente, al discriminar las condenas por aceptación de cargos, la ficha técnica hace referencia a cuándo se aceptan los cargos en la imputación, es decir no llega a juicio. Así mismo, antes de presentar la acusación, pueden darse acuerdos con la Fiscalía, de estos la estadística da cuenta de ellos.

Al preguntar quiénes participan del campo y acerca de cuáles son las otras formas de egresos que se pueden presentar en el curso de un proceso, se pudo establecer cuándo no termina por sentencia, preacuerdos o aceptación de cargos, o terminar un proceso por cualquiera de las causales de preclusión establecidas para el proceso penal (Código de Procedimiento Penal, Art. 332), es decir:

- Prescripción,
- Atipicidad del hecho que se investiga,
- Inexistencia del hecho que se investiga,
- Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia,
- Imposibilidad para dar inicio o continuar la acción penal,
- Existencia de una causal de exclusión de la responsabilidad,
- Ausencia de intervención del imputado en el hecho que se investiga.

La estadística no desagrega por cuáles de las anteriores razones pudo egresar efectivamente un delito sexual. Así mismo, debe tenerse en cuenta que, en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, así como el de incesto, cometidos contra personas menores de 18 años, la acción penal prescribe en un término de 20 años a partir del momento en que la víctima cumple la mayoría de edad.

Se podrá ver en las gráficas que se presentarán a continuación que las cifras evidencian un índice de evacuación parcial efectivo de procesos (IEP) siempre superior al 80%, pero cuando se contrasta con los egresos por sentencias, es decir, los que ocurren luego de que se ha tramitado todo el proceso, la cifra más alta no llega al 15%, incluso teniendo en cuenta los egresos por sentencia, sentencia anticipada y sentencia ordinaria. Por auto de decisión de fondo existe un porcentaje de egresos que en principio no se especifica, pero como se ha mencionado, obedecen a una causal ya sea de preclusión o terminación anormal del proceso.

Tabla. 1. Porcentajes y desagregación de egresos años 2008 a 2016

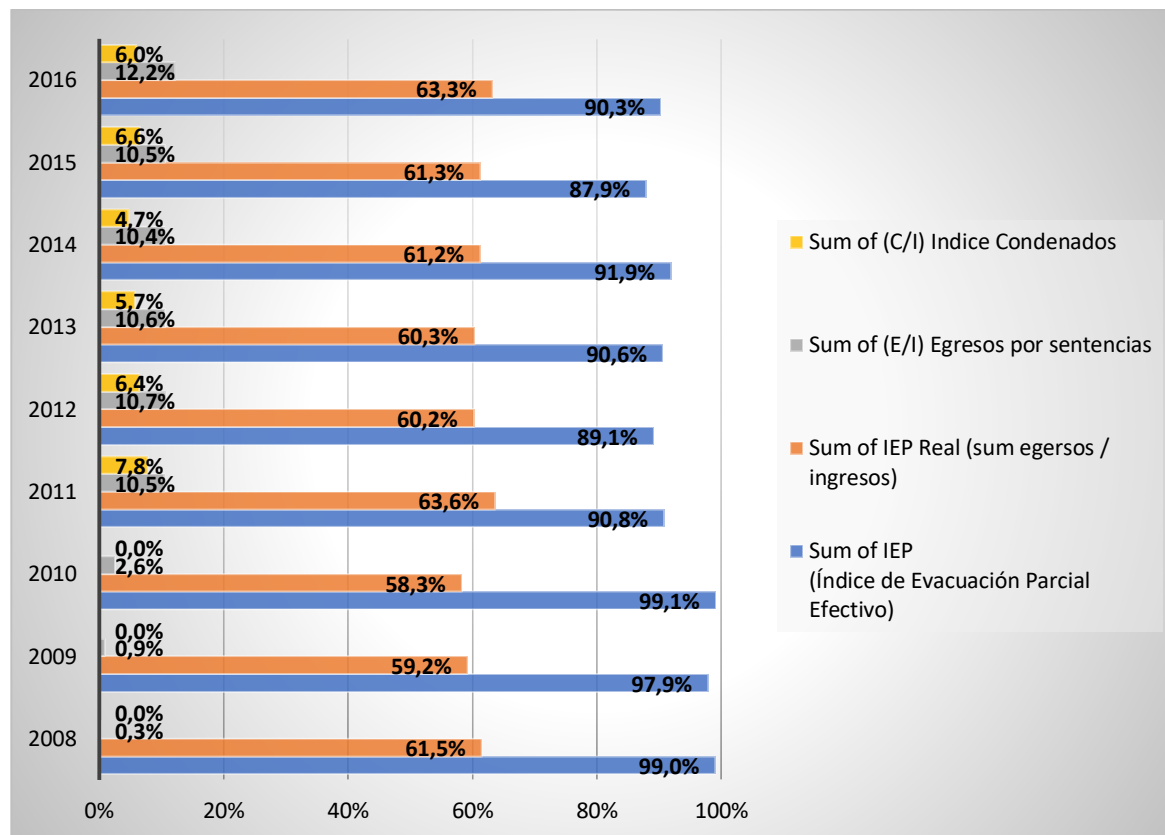
Año	Tipo de proceso con Menores de 14 años	Ingresos efectivos rama judicial	Egresos efectivos rama judicial	Egresos por sentencias	Egresos por sentencia anticipada	Egresos por sentencia ordinaria	Egresos por Auto Decisión Fondo	Total inventario final	IEP (Índice de Evacuación Parcial Efectivo)	(E/I) Egresos por sentencias	(E/I) Egresos por sentencia anticipada	(E/I) Egresos por sentencia ordinaria	(E/I) Egresos por Auto Decisión Fondo	Egresos no discriminados	(E/I) Egresos no discriminados	IEP Real (sum egresos / ingresos)
2016	Acceso carnal	11591	10468	1417	4	28	5883	3779	90,31%	12,23%	0,03%	0,24%	50,75%	3136	27,06%	63,26%
2016	Actos sexuales	10514	9279	1508	2	12	4992	4391	88,25%	14,34%	0,02%	0,11%	47,48%	2765	26,30%	61,96%
2015	Acceso carnal	11329	9959	1191	4	39	5706	3525	87,91%	10,51%	0,04%	0,34%	50,37%	3019	26,65%	61,26%
2015	Actos sexuales	10864	9458	1266	1	12	5211	3887	87,06%	11,65%	0,01%	0,11%	47,97%	2968	27,32%	59,74%
2014	Acceso carnal	9113	8377	951	7	80	4542	2716	91,92%	10,44%	0,08%	0,88%	49,84%	2797	30,69%	61,23%
2014	Actos sexuales	7976	7395	1002	3	55	3872	3046	92,72%	12,56%	0,04%	0,69%	48,55%	2463	30,88%	61,84%
2013	Acceso carnal	8653	7841	913	11	99	4196	2315	90,62%	10,55%	0,13%	1,14%	48,49%	2622	30,30%	60,31%
2013	Actos sexuales	8390	7583	981	2	73	3765	2726	90,38%	11,69%	0,02%	0,87%	44,87%	2762	32,92%	57,46%
2012	Acceso carnal	8367	7458	892	17	170	3960	1840	89,14%	10,66%	0,20%	2,03%	47,33%	2419	28,91%	60,22%
2012	Actos sexuales	7258	6463	900	9	143	3308	2010	89,05%	12,40%	0,12%	1,97%	45,58%	2103	28,97%	60,07%
2011	Acceso carnal	7732	7022	811	33	150	3926	1457	90,82%	10,49%	0,43%	1,94%	50,78%	2102	27,19%	63,63%
2011	Actos sexuales	6641	6168	866	18	209	3040	1529	92,88%	13,04%	0,27%	3,15%	45,78%	2035	30,64%	62,23%
2010	Acceso carnal	5086	5040	130	0	0	2835	95	99,10%	2,56%	0,00%	0,00%	55,74%	2075	40,80%	58,30%
2010	Actos sexuales	3971	3928	125	0	0	2143	84	98,92%	3,15%	0,00%	0,00%	53,97%	1660	41,80%	57,11%
2009	Acceso carnal	4493	4397	42	0	0	2620	112	97,86%	0,93%	0,00%	0,00%	58,31%	1735	38,62%	59,25%
2009	Actos sexuales	3513	3394	40	0	0	1918	149	96,61%	1,14%	0,00%	0,00%	54,60%	1436	40,88%	55,74%
2008	Acceso carnal	2671	2645	7	0	0	1636	27	99,03%	0,26%	0,00%	0,00%	61,25%	1002	37,51%	61,51%
2008	Actos sexuales	2310	2272	5	0	0	1409	49	98,35%	0,22%	0,00%	0,00%	61,00%	858	37,14%	61,21%

Elaboración propia. Datos tomados del Oficio UDAEO 18-1035, 2018 y UDAEO19-1224, 2019.

Hechas las anteriores precisiones, por los delitos de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo, entre el 2007 y 2016 ingresaron efectivamente, a conocimiento de la Rama Judicial, 130.472 casos, de los cuales solo 13.047 obtuvieron sentencia, es decir tan solo el 10% de los casos; se evidencia, además, que el 0,09% de los casos egresaron por sentencia anticipada, el 0,082% de los casos por sentencia ordinaria, el 49,69% por auto con decisión de fondo, y existe un porcentaje del 30,62% de los casos que egresan y no se discrimina su razón. En la información se presenta que existe un índice de evacuación parcial efectiva con un rango entre el 87,91% y el 99,03%, pero teniendo en cuenta los egresos por sentencia, sentencia anticipada, sentencia ordinaria y auto con decisión de fondo, el índice de evacuación parcial efectiva en estos años oscila en un rango de 55,74% y 63,63%.

Desde el punto de vista del procedimiento, el auto no se puede equiparar a la sentencia, ya que el auto resuelve cuestiones relacionadas con el objeto principal del proceso, pero no resuelve precisamente sobre la responsabilidad del procesado.

Gráfico 1. Índice de evacuación parcial efectiva. Comparación entre ingresos y egresos por sentencias, sentencia anticipada, sentencia ordinaria y auto con decisión de fondo.



Elaboración propia. Datos tomados del Oficio UDAEO 18-1035, 2018 y UDAEO19-1224, 2019.

Del análisis de las cifras, es posible inferir que el índice de evacuación parcial efectiva (IEP) que presenta la rama judicial a través de su unidad de desarrollo y análisis estadístico no indica la eficacia ni la productividad en términos de la administración de justicia. Es importante recordar que la hipótesis de investigación de la tesis afirma que el diseño normativo e institucional no logra el restablecimiento de derechos; es un elemento para validar dicha afirmación las cifras que se analizan, pues a pesar de que se da inicio a los procesos, los casos son resueltos por la administración de justicia, no llegando incluso a darse el debate probatorio para establecer responsabilidad, pues se parte de la existencia de la presunción de inocencia. Siendo así, es un indicio de falta de capacidad para administrar justicia.

A partir del análisis de las cifras obtenidas, se aprecia que los ingresos efectivos no disminuyen sino que crecen año a año, a pesar de que se han aumentado las penas, lo cual indica parcialmente que no

se logra la disuasión esperada y una efectiva realización de la justicia por cuanto no se concluye el proceso en su totalidad ya que los egresos por sentencia judicial presentan un índice muy bajo.

También debe tenerse en cuenta las presiones realizadas en cuanto a que no es posible determinar el número de sentencias en las que se profiere sentencia absolutoria o condenatoria, pues una misma sentencia, al mismo tiempo, puede contener tanto una condena como una absolución; sí se pudo contrastar que el índice de condenados versus el número de ingresos de casos no ha superado el 7,8%.

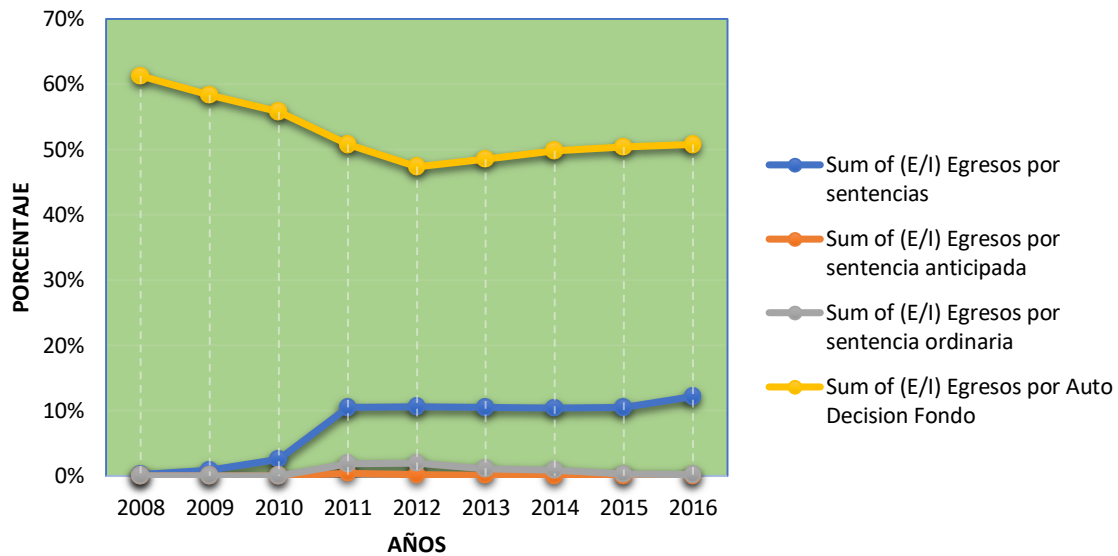
Tabla. 2. Tipo de proceso: acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Porcentaje discriminado de egresos.

Años	(E/I) Egresos por sentencias	(E/I) Egresos por sentencia anticipada	(E/I) Egresos por sentencia ordinaria	(E/I) Egresos por Auto decisión Fondo
2008	0,26%	0,00%	0,00%	61,25%
2009	0,93%	0,00%	0,00%	58,31%
2010	2,56%	0,00%	0,00%	55,74%
2011	10,49%	0,43%	1,94%	50,78%
2012	10,66%	0,20%	2,03%	47,33%
2013	10,55%	0,13%	1,14%	48,49%
2014	10,44%	0,08%	0,88%	49,84%
2015	10,51%	0,04%	0,34%	50,37%
2016	12,23%	0,03%	0,24%	50,75%

Elaboración propia. Datos tomados del Oficio UDAEO 18-1035, 2018.

Al discriminar las cifras por tipo penal, se evidencia que es mayor el porcentaje de egresos por auto con decisión de fondo, lo cual implica que no se lleva a cabo todo el proceso, es decir no se realiza el juicio, teniendo en cuenta que no se resuelve el caso luego del debate probatorio realizado en juicio, sino que se define la terminación del proceso porque acaece un supuesto establecido en la ley que implica la no continuidad de la actuación. Se constituye entonces en una forma de denegación de justicia, que no atiende al restablecimiento de los derechos de la víctimas y que debe ser excepcional.

Gráfico 2. Tipo de proceso: acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Porcentaje discriminado de egresos.



Elaboración propia. Datos tomados del Oficio UDAEO 18-1035, 2018.

En el gráfico 2 puede observarse el porcentaje de egresos de los procesos, discriminando qué porcentaje tiene cada categoría se evidencia que los egresos por sentencia anticipada son los menos frecuentes, seguidos por los egresos por sentencia ordinaria; en un tercer nivel se encuentran los egresos por sentencias que de 2008 a 2016 han ido en aumento pero sin superar un 13% y finalmente los egresos por auto que constituyen el mayor porcentaje que para el 2008 eran del 60% y al aumentar los egresos por sentencia han disminuido los egresos por auto.

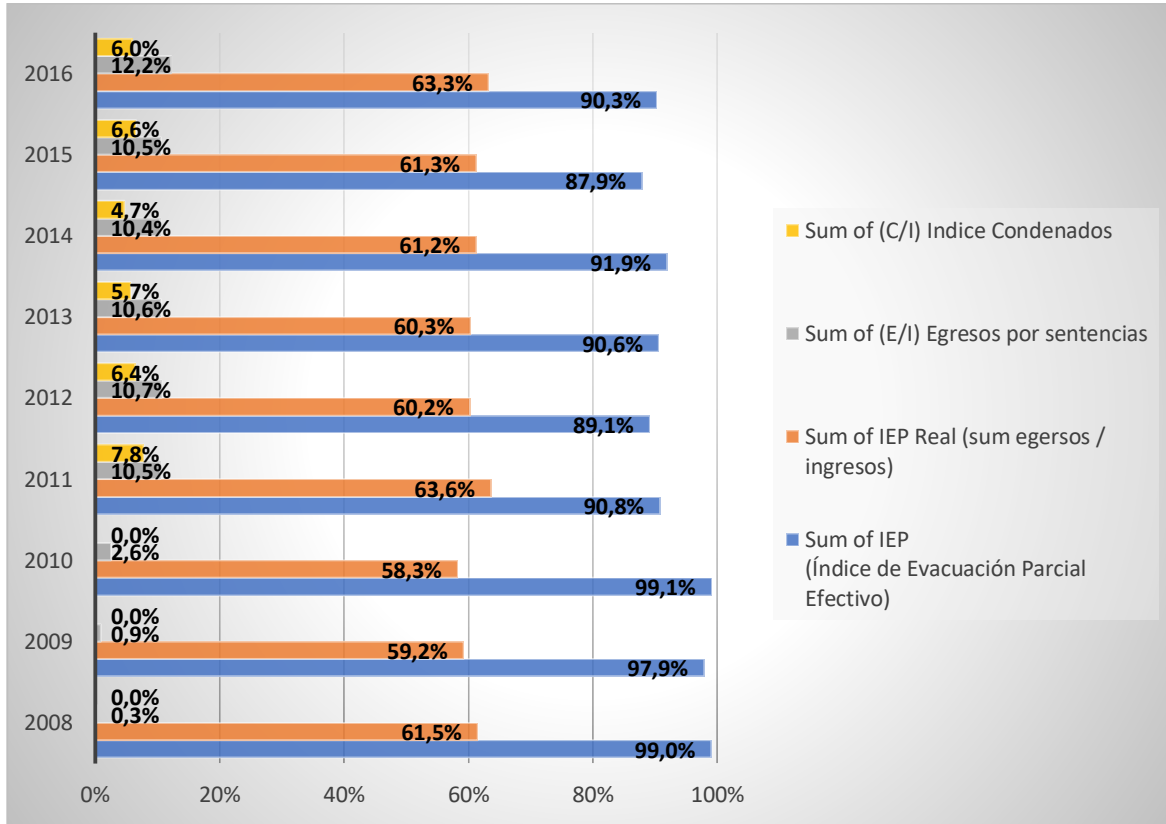
Tabla 3. Tipo de proceso: acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Índice de evacuación parcial efectivo vs. egresos por sentencia, sentencia anticipada, sentencia ordinaria y auto con decisión de fondo, y egresos por sentencia.

Años	IEP (Índice de Evacuación parcial efectivo)	IEP Real (sum egresos / ingresos)	(E/I) Egresos por sentencias
2008	99,03%	61,51%	0,26%
2009	97,86%	59,25%	0,93%
2010	99,10%	58,30%	2,56%
2011	90,82%	63,63%	10,49%
2012	89,14%	60,22%	10,66%
2013	90,62%	60,31%	10,55%
2014	91,92%	61,23%	10,44%
2015	87,91%	61,26%	10,51%
2016	90,31%	63,26%	12,23%

Elaboración propia. Datos tomados del Oficio UDAEO 18-1035, 2018.

Conviene desagregar el Índice de evacuación parcial por delito, ya que de acuerdo con las cifras presentadas por el Consejo Superior de la Judicatura las cifras oscilan entre un 87,91% y un 99,10% lo que lleva a pensar que la diferencia entre los ingresos y egresos efectivos es baja, no supera el 13%; a simple vista y de manera superficial se entiende que se está administrando justicia en un alto grado, pero al desglosar la información por actuaciones y verificando si el proceso llegó a su fin con sentencia judicial pronunciada frente a los enjuiciados y a los cargos contenidos en la acusación, se verifica que el índice presentado no se da en razón a que la decisión sea de absolución o condena, sino que los procesos egresan por otros motivos, siendo así es bajo el porcentaje de casos donde se practican las pruebas, se realiza el debate probatorio y se da la oportunidad de presentar alegatos por las partes.

Gráfico 3. Tipo de proceso: acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Índice de evacuación parcial efectiva comparado con egresos por sentencias y egresos por sentencia, sentencia anticipada, sentencia ordinaria y auto con decisión de fondo.



Elaboración propia. Datos tomados del Oficio UDAEO 18-1035, 2018.

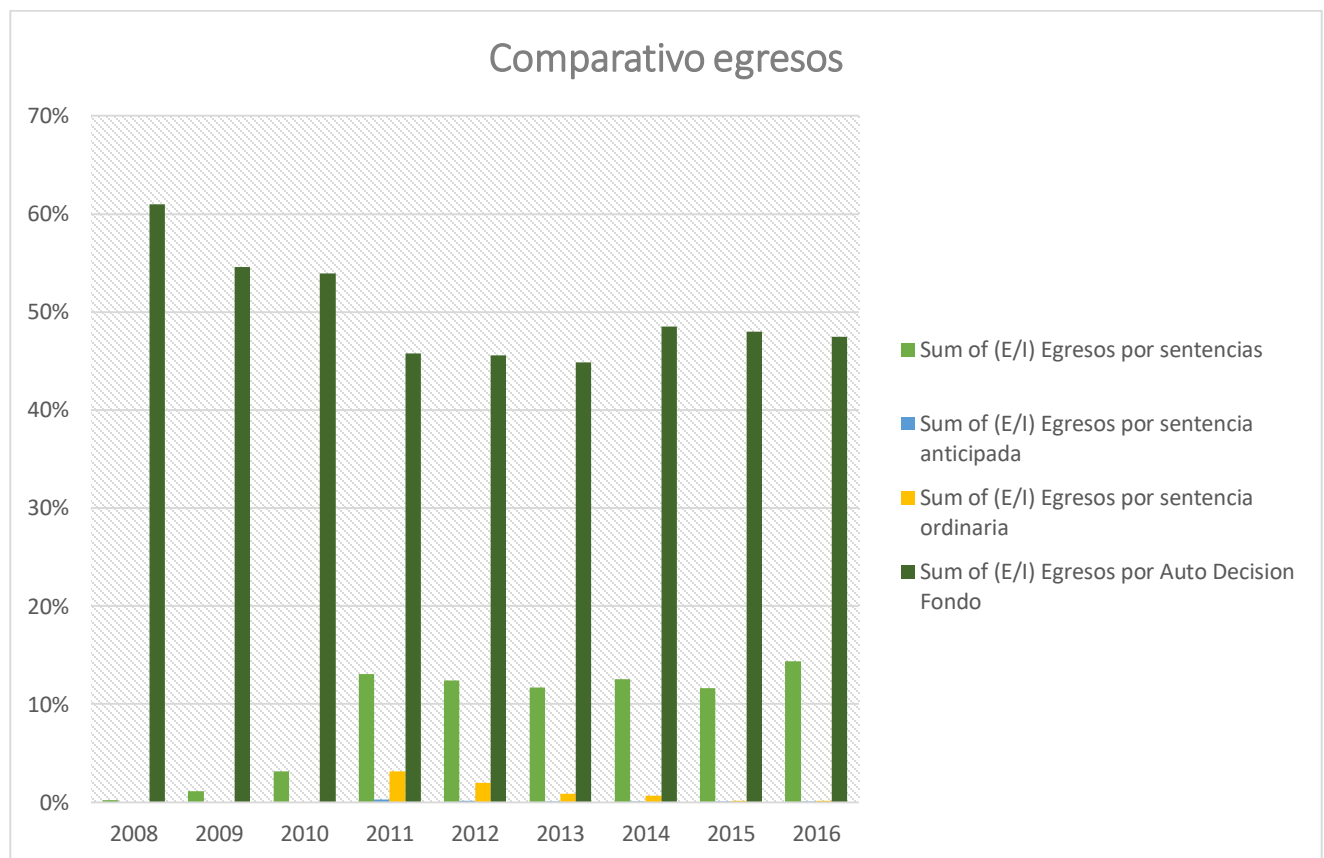
Tabla 4. Actos sexuales con menor de 14 años. Porcentaje discriminado de egresos.

Años	Sum of (E/I) Egresos por sentencias	Sum of (E/I) Egresos por sentencia anticipada	Sum of (E/I) Egresos por sentencia ordinaria	Sum of (E/I) Egresos por auto decisión Fondo
2008	0,22%	0,00%	0,00%	61,00%
2009	1,14%	0,00%	0,00%	54,60%
2010	3,15%	0,00%	0,00%	53,97%
2011	13,04%	0,27%	3,15%	45,78%
2012	12,40%	0,12%	1,97%	45,58%
2013	11,69%	0,02%	0,87%	44,87%
2014	12,56%	0,04%	0,69%	48,55%
2015	11,65%	0,01%	0,11%	47,97%
2016	14,34%	0,02%	0,11%	47,48%

Elaboración propia. Datos tomados del Oficio UDAEO 18-1035, 2018.

Con respecto al delito de actos sexuales abusivos, al discriminar las cifras, se sigue dando la misma tendencia que en el acceso carnal abusivo, es decir; que el mayor porcentaje de egresos lo constituye el de auto con decisión de fondo y por lo tanto no se realiza el juicio, sino que se define la terminación del proceso porque acaece un supuesto establecido en la ley que implica la no continuidad de la actuación.

Gráfico 4. Actos sexuales con menor de 14 años. Porcentaje discriminado de egresos.



Elaboración propia. Datos tomados del Oficio UDAEO 18-1035, 2018.

En los actos sexuales abusivos, atendiendo al porcentaje de egresos de los procesos, se evidencia que los egresos por sentencia anticipada y ordinaria son los menos frecuentes, y en un tercer nivel se encuentran los egresos por sentencias que de 2008 a 2016 han ido en aumento pero sin superar un 14,34%, y finalmente los egresos por auto que constituyen el mayor porcentaje que para el 2008 era del 61%.

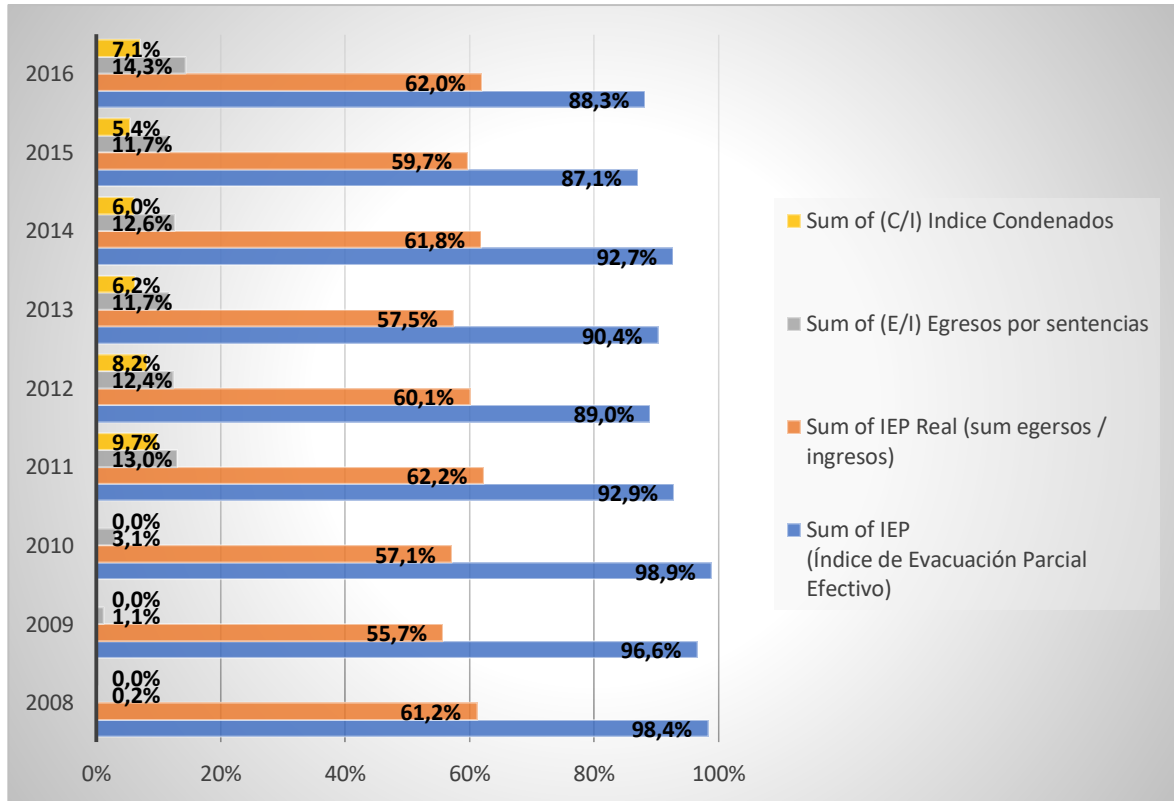
Tabla 5. Tipo de proceso: actos sexuales con menor de 14 años. Índice de evacuación Parcial efectivo vs. egresos por sentencia, sentencia anticipada, sentencia ordinaria y auto con decisión de fondo, y egresos por sentencia.

Año	Sum of IEP (Índice de evacuación Parcial efectivo)	Sum of IEP Real (sum egresos / ingresos)	Sum of (E/I) Egresos por sentencias
2008	98,35%	61,21%	0,22%
2009	96,61%	55,74%	1,14%
2010	98,92%	57,11%	3,15%
2011	92,88%	62,23%	13,04%
2012	89,05%	60,07%	12,40%
2013	90,38%	57,46%	11,69%
2014	92,72%	61,84%	12,56%
2015	87,06%	59,74%	11,65%
2016	88,25%	61,96%	14,34%

Elaboración propia. Datos tomados del Oficio UDAEO 18-1035, 2018.

Algo semejante al acceso carnal abusivo ocurre con los actos sexuales abusivos en cuanto al Índice de Evacuación Parcial Efectivo presentado por el Consejo Superior de la Judicatura ya que este dista de forma considerable con los egresos por sentencia; así mismo en este caso se prefiere presentar, lo cual permite parcialmente concluir que no se desarrolla de forma efectiva la administración de justicia y no concluye la actividad jurisdiccional con una decisión de fondo en torno de la acusación presentada, en otras palabras, el proceso no se desarrolla de la forma esperada.

Gráfico 5. Actos sexuales con menor de 14 años. Índice de evacuación parcial efectiva comparado con egresos por sentencias y egresos por sentencia, sentencia anticipada, sentencia ordinaria y auto con decisión de fondo.



Elaboración propia. Datos tomados del Oficio UDAEO 18-1035, 2018.

Como en el acceso carnal, algo semejante ocurre para el tipo penal de actos sexuales, donde el total por egresos discriminados por sentencias y sentencia anticipada, sentencia ordinaria y auto con decisión de fondo, es inferior al índice establecido por el Consejo Superior de la Judicatura, y así mismo los casos en que se termina el caso por sentencia judicial, tramitando todo el proceso y llevando a cabo el debate probatorio, si bien ha venido aumentando desde el 2008 a la fecha, solo ha logrado un porcentaje del 14,34%.

Ahora, en este trabajo se realiza un análisis parcial del sistema de justicia penal, pues se circunscribe tan solo a dos delitos enunciados, se puede evidenciar que no se logran tramitar todos los casos que ingresan al sistema. Este fenómeno puede ser visto desde múltiples variables, uno de ellos atiende a que el tamaño de las instituciones del Estado, entre ellas, la rama judicial, no ha incrementado el número de juzgados del circuito que tramitan estos procesos, la cifra no

crece, siendo el número actual deficiente para atender la totalidad de los casos en un tiempo razonable.

Previo a analizar brevemente las cifras de los juzgados penales que se encargan de llevar a cabo el proceso penal en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, es importante explicitar que este tipo de procesos son conocidos por los jueces penales del circuito, no especializados, pues la competencia de los especializados está asignada expresamente en el artículo 35 del Código de Procedimiento Penal, sin que se enuncien allí estos tipos penales, por lo tanto, de conformidad con el artículo 36 del mismo estatuto procesal, todos los procesos que no tengan una asignación especial de competencia serán conocidos por los jueces penales del circuito.

Los despachos judiciales penales del circuito no han variado ostensiblemente en número desde el año 2005 hasta la fecha, en la tabla 5 se presentan las cifras discriminadas por distrito judicial de 2009 a 2019, pero puede establecerse el consolidado general de años anteriores, así por ejemplo en 2005 existían 342 Juzgados Penales del Circuito, en 2006 la cifra bajó a 337 Juzgados, en 2007 a 336 pues 4 se transformaron en Juzgados penales para adolescentes, y en 2008 se crearon 5 juzgados más, es decir se aumentó nuevamente a 341 Juzgados Penales del Circuito.

Tabla 6. Juzgados penales del circuito discriminados por distrito judicial en la última década.

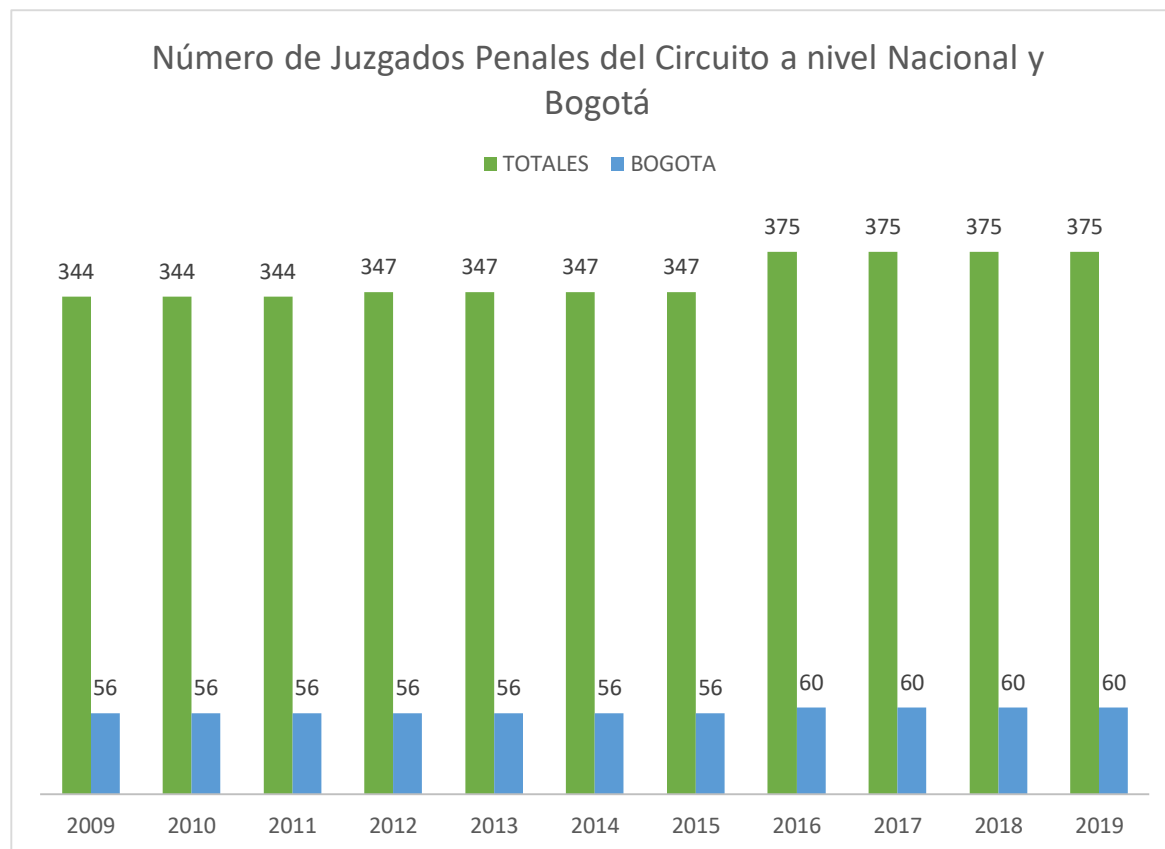
PENAL CIRCUITO / PENAL CIRCUITO MIXTO												
	DISTRITO JUDICIAL	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
1	DTO. ANTIOQUIA	17	17	17	17	17	17	17	17	17	17	17
2	DTO. ARAUCA	3	3	3	3	3	3	3	3	3	3	3
3	DTO. ARCH. DE SAN ANDRÉS	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2
4	DTO. ARMENIA	6	6	6	6	6	6	6	6	6	6	6
5	DTO. BARRANQUILLA	9	9	9	10	10	10	10	13	13	13	13
6	DTO. BOGOTÁ	56	56	56	56	56	56	56	60	60	60	60
7	DTO. BUCARAMANGA	13	13	13	13	13	13	13	15	15	15	15
8	DTO. BUGA	17	17	17	17	17	17	17	22	22	22	22
9	DTO. CALI	23	23	23	22	22	22	22	23	23	23	23
10	DTO. CARTAGENA	7	7	7	7	7	7	7	8	8	8	8
11	DTO. CÚCUTA	8	8	8	9	9	9	9	10	10	10	10
12	DTO. CUNDINAMARCA	15	15	15	15	15	15	15	15	15	15	15
13	DTO. FLORENCIA	3	3	3	3	3	3	3	3	3	3	3
14	DTO. IBAGUÉ	17	17	17	18	18	18	18	18	18	18	18
15	DTO. MANIZALES	14	14	14	14	14	14	14	14	14	14	14
16	DTO. MEDELLÍN	35	35	35	35	35	35	35	38	38	38	38
17	DTO. MOCOA	0	0	2	2	2	2	2	2	2	2	2
18	DTO. MONTERÍA	7	7	7	7	7	7	7	7	7	7	7
19	DTO. NEIVA	9	9	9	9	9	9	9	9	9	9	9
20	DTO. PAMPLONA	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
21	DTO. PASTO	13	13	11	11	11	11	11	11	11	11	11
22	DTO. PEREIRA	8	8	8	8	8	8	8	10	10	10	10
23	DTO. POPAYÁN	9	9	9	9	9	9	9	10	10	10	10
24	DTO. QUIBDO	3	3	3	3	3	3	3	3	3	3	3
25	DTO. RIOHACHA	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2
26	DTO. SAN GIL	8	8	8	8	8	8	8	8	8	8	8
27	DTO. SANTA MARTA	9	9	9	9	9	9	9	9	9	9	9
28	DTO. STA. ROSA DE VITERBO	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4
29	DTO. SINCELEJO	2	2	2	2	2	2	2	4	4	4	4
30	DTO. TUNJA	10	10	10	10	10	10	10	11	11	11	11
31	DTO. VALLEDUPAR	5	5	5	6	6	6	6	7	7	7	7
32	DTO. VILLAVICENCIO	6	6	6	6	6	6	6	7	7	7	7
33	DTO. YOPAL	3	3	3	3	3	3	3	3	3	3	3
	TOTALES	344	344	344	347	347	347	347	375	375	375	375
	SOLO DTO. BOGOTÁ	56	56	56	56	56	56	56	60	60	60	60

Elaboración propia. Datos tomados del Oficio UDAEO 20-52, 2020.

La tabla 5 discriminó la información por distritos judiciales en la última década, de la cual destacaremos, por ser el lugar de observación los juzgados de la Ciudad de Bogotá, que paso de tener

56 Juzgados en 2009 a tener en la actualidad 60 Juzgados, solo se han creado 4 más para atender la demanda de justicia en la capital del país, aumento que se dio en el año 2016 y se mantiene a la fecha.

Gráfico 6. Juzgados penales del circuito. Gran total por años en la última década.



Elaboración propia. Datos tomados del Oficio UDAEO 20-52, 2020.

Al verificar el número de procesos que ingresan efectivamente a la rama judicial y los que egresan por sentencia judicial se puede concluir que al no darse el crecimiento de la oferta institucional, pues no se avisa la posibilidad de aumentar el trámite de estos procesos, es decir; si la oferta actual no ha logrado un aumento considerable, el diseño institucional actual está generando impunidad. Al no cambiar la condición, no cambiarán los resultados.

El reto entonces es idear una fórmula que permita que los casos se tramiten y obtengan decisión de fondo que implique el trámite de los asuntos sometidos a su conocimiento sin obstáculos, pero esta fórmula necesariamente deberá incluir la ampliación de la oferta institucional, como ya lo ha evidenciado Uprimny: la cobertura judicial es la misma desde hace varios años, siendo precaria y en

zonas apartadas incluso inexistente (Uprimny et al, 2006: 194). También llama la atención que, ante el impulso y adopción de leyes con penas más altas para este tipo de delitos, así como reglas especiales de procedimiento que limitan el accionar en los procesos, sin que se adapten las estructuras tradicionales de trabajo, en términos de Uprimny, lleve a que el procesamiento de los casos se dificulte.

Dice el autor: “(...) la tendencia al “populismo punitivo”, expresado en la creación de nuevos tipos penales o el aumento de los verbos rectores de los tipos existentes incrementa las competencias de los jueces penales.” (Uprimny et al, 2006: 255).

Se tiende entonces a creer que la ley por sí sola solucionará la problemática, siendo esta una forma tradicional de ver a la justicia penal, pero de acuerdo con lo visto en las estadísticas hasta ahora, cuando se han aumentado las penas, estas no han disminuido el índice de ocurrencia del delito. Esto puede verse en que desde que se crearon las normas que han aumentado las penas en estos delitos, esto no ha influido en la disminución de los casos que ingresan, no los que egresan, especialmente en los que se tramitan de principio a fin por el sistema de administración de justicia.

De igual manera, si se tiene como punto de referencia el código penal vigente, ley 599 de 2000, cuando este se creó, las penas por los delitos de acceso carnal eran de 4 a 8 años de prisión, para acto sexual eran de 3 a 5 años, cuatro años más tarde se expidió la ley 890 de 2004 y se aumentaron las penas, pasando la primera a 5 años y tres meses (64 meses) y por el segundo delito de 4 años a 7 años 5 meses (144 meses) y ,finalmente 4 años después, mediante ley 1236 de 2008, se aumentaron nuevamente las penas; a 2019 las penas por acceso carnal que se pueden imponer van de 12 a 20 años y por acto sexual de 9 a 13 años.

Si se verifican solo los ingresos efectivos reportados por la Unidad de Análisis y Control Estadístico sin atender a otro criterio, se reporta desde que se desagregó por delito, que en 2007 ingresaron 71 casos; en 2008, 4.981; en 2009, 8.006; en 2010, 9.057; en 2011, 14.373; en 2012, 15.625; en 2013, 17.043; en 2014, 17.089; en 2015, 22.193; en 2016, 22.105; en 2017, 27.724; y en 2018 un total de 32.617 casos.

Entonces, a pesar de que se han aumentado las penas, no se evidencia incidencia alguna en el número de casos que ingresan efectivamente a conocimiento del sistema de administración de justicia. Ahora

bien, cruzada esta información con los exámenes sexológicos que realiza el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses sí se encuentra una variación, como se muestra en la tabla 6.

Tabla 7. Cifras FORENSIS vs. Cifras UDAEO. Años 2007 a 2018.

AÑO	Casos por presuntos delitos sexuales FORENSIS	Casos que ingresan a la rama judicial UDAEO
2007	13.281	71
2008	13.950	4.981
2009	15.841	8.006
2010	15.053	9.057
2011	17.032	14.373
2012	16.039	15.625
2013	15.517	17.043
2014	15.746	17.089
2015	16.641	22.193
2016	14.264	22.105
2017	16.098	27.724
2018	19.793	32.617
TOTAL	189.255	190.884

Nota: Elaboración propia. Datos tomados de la página del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de los años 2007 a 2018 y del Oficio UDAEO 18-1035, 2018.

Antes de atender a las cifras, es importante considerar que existe un número indeterminado de casos que no llegan a conocimiento ni del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, ni al sistema de administración de justicia; así mismo también se quedan por fuera los casos que reportan directamente las entidades prestadoras de servicios de salud, ya que en virtud de la Resolución 459 de 2012 del Ministerio de Salud y Protección Social, la cual adopta el protocolo de atención integral en salud para víctimas de violencia sexual, estipula que todas las entidades del sector salud deben reportar los casos de abuso sexual en personas menores de 14 años, debe entenderse que ello ocurrirá si el personal que trabaja en el servicio de salud evidencia que una persona de esta edad ha tenido relaciones sexuales, está en estado de embarazo o reporta dicha situación, pues como se ha dicho, no tienen ellas el libre ejercicio de su libertad sexual.

Regresando a las cifras, debe recordarse que fue solo a partir del año 2007 que la Unidad de Análisis y Control Estadístico comenzó a desagregar las cifras por tipo procesal, el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses inició el informe Forensis, como herramienta para la interpretación y prevención del hecho violento en Colombia en 1995, en la página web de esta entidad pueden

consultarse desde 1999. Los datos del Forensis evidencian un aumento de los casos por presuntos delitos sexuales, siendo las cifras estables, con leves disminuciones leves y aumentos en algunos años, el promedio que resulta de tomar los resultados y dividirlos en un período de doce años es de 15.771 casos.

Además de evidenciar que en el año 2018 se presentaron 19.743, es decir 4.022 casos más que el promedio, no ha sido entonces el aumento de las penas un factor para la disminución. Lo que sí puede verse de las cifras es que han ingresado más casos a conocimiento de la justicia judicial, pero ello puede obedecer a que la etapa de investigación que se realiza por parte de la Fiscalía General de la Nación tiene sus propias dinámicas, lo cual implica que pueden formular en un año acusaciones que vienen acumuladas de años atrás, por lo tanto no se puede presentar una correspondencia entre estas dos cifras.

A partir del año 2017 se discriminan las estadísticas por género, la información se obtuvo por vía de derecho de petición, mediante oficio UDAEO19-1224. Teniendo en cuenta la nueva información suministrada por la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico se evidencia un aumento de casos del año 2016 al 2017, pues se presentaron 5.619 casos más respecto del año anterior, para un total de 27.724 ingresos efectivos, lo que equivale a un aumento del 25,42%.

De las cifras presentadas y que se respaldan en los oficios UDAEO18-1035 y UDAEO19- 1224, es evidente el aumento de los casos que ingresan cada año a conocimiento del sistema de administración de justicia, de lo cual se destaca que solamente en el delito de acto sexual se presentó una disminución en el año 2014, la información suministrada no permite inferir la razón de dicho fenómeno. Hecha esta salvedad y atendiendo a las cifras oficiales se evidencia un bajo porcentaje de casos tramitados hasta sentencia absolutoria o condenatoria.

Por lo tanto, acudiendo al concepto de impunidad presentado con antelación, es alto el porcentaje de ingreso de casos para inicio del proceso penal versus el porcentaje de casos que llegan al final del proceso y se resuelven en juicio con sentencia bien sea absolutoria o condenatoria. Para futuros análisis debe tenerse en cuenta la planta de personal de los juzgados penales de conocimiento, así como los cambios en los últimos años, pues esto permitirá evidenciar si el aumento de casos ha incidido en el aumento de la oferta institucional lo cual permitirá un trámite más oportuno de los mismos.

Para la tesis, se parte de la consideración de que uno de los factores para que no se profiera sentencia en la mayoría de los casos que ingresan al sistema, es la forma como se lleva a cabo el procedimiento y por consiguiente, en la que se da el tratamiento de los casos. De la consulta de los expedientes, las entrevistas y la observación de las audiencias de juicio, se encuentra entre otras razones: la falta de salas de audiencias con recursos técnicos adecuados, la demora en la realización de las audiencias al encontrarse dividida por sesiones, las estrategias del litigio que se desarrollan, insistir en que se tramite el proceso, así el apoderado judicial verifica las razones de peso que puedan llegar a una condena, pues como se conocen las fallas de la administración, mientras se esperan las audiencias puede ocurrir cualquiera de las causales de preclusión.

Por lo tanto, se estudiarán las otras razones que contribuyen a que en el curso de todo el proceso se diluya la probabilidad de imponer una sanción ante la comisión de un delito; ahora bien, como el mayor porcentaje de los casos que llegan a sentencia final se dan en razón a la realización del juicio oral, es en este escenario donde se abordó la hipótesis de investigación.

1.3 Los procesos cognitivos: forma de organizar la observación del proceso.

Se mencionó en el acápite anterior, que las cifras muestran un bajo porcentaje de procesos penales que culminan con sentencia judicial, bien sea absolutoria o condenatoria, pues si bien las cifras demuestran que los egresos versus los ingresos son considerables, esto al desagregar las cifras y considerar la ficha técnica, obedece a que los procesos egresan por razones diferentes a la sentencia judicial, por lo cual se hacía importante conocer lo que sucede que en el marco del proceso se debaten hasta llegar a sentencia final, así como las razones que esgrimen algunos de los entrevistados acerca del porqué no todos los casos llegan a esta etapa.

El trabajo de campo se planificó en diferentes fases, algunas de las cuales durante su desarrollo debieron ser modificadas. Se resolvió que para realizar una observación reflexiva a través de un proceso de sociología procesal penal y de estudio de caso, el camino a recorrer para el registro de los datos se realizaría como cualquier proceso cognitivo, es decir, como una serie de operaciones con el fin de obtener un producto determinado del raciocinio.

Para efectos de organizar el estudio de sociología procesal penal, se tomó como fundamento teórico el texto sobre procesos cognitivos de Smith & Kosslyn, para quienes:

“La actividad mental, también conocida como cognición, es la interpretación interna o la transformación de información almacenada. Se adquiere información a través de los sentidos y se almacena en la memoria. La cognición ocurre cuando se obtienen implicaciones o asociaciones a partir de una observación, un hecho, o un acontecimiento.” (Smith y Kosslym, 2008: 26).

Como todo proceso cognitivo, el estudio se realizó por fases, entendiendo por fase las diferentes etapas que deben llevarse a cabo para obtener, procesar y analizar la información.

A continuación, se expondrán los procesos cognitivos y la forma como asumieron en el estudio de sociología procesal penal, teniendo como momento el juicio, un fragmento del proceso penal. La idea es que el observador, previo a realizar el trabajo de campo, diseña cómo se acercará a la realidad.

A. Elección

El proceso de elección se realiza en dos tiempos, en primer lugar, se elige el campo, área, situación u objeto de estudio y luego de realizado este proceso, se determina el método y se crean las herramientas e instrumentos que se van a utilizar para la recolección de información, realización del estudio y acercamiento a la temática concreta. Todo ello, para obtener información del entorno analizado y darle sentido (Smith y Kosslym, 2008: 55).

Se ha dicho que cuando se busca desarrollar un estudio de sociología procesal penal, lo primero se define es el tema sobre la cual versará su investigación. En el presente estudio se parte de verificar *las actitudes e intereses dentro del proceso penal*, así como los *defectos del procedimiento que pueden generar impunidad*. Este es el paradigma desde el cual observamos, pero la situación de observación requiere el cumplimiento de unos pasos para llegar a los objetivos deseables de la investigación.

Siendo así, se parte de que el investigador tiene un conocimiento previo, al menos general del área de estudio que abordará y su interés precisamente es profundizar y comprender aspectos muy concretos de dicho campo, sin conocimiento no es posible hacer categorizaciones y más aún “Sin conocimiento *cualquier* proceso mental llegaría a ser ineficaz”. (Smith & Kosslym, 2008: 153).

En concreto, será develar cómo las diferentes teorías científicas en el campo del derecho se desarrollan, con el fin de tener una evidencia concreta de si éstas se cumplen tal cual como están

expuestas, si se cumplen deficientemente, o si la teoría no da cuenta de las múltiples posibilidades de acción que, con un solo principio, surgen en la práctica del derecho. Es un aprender a ver, en este caso el escenario del proceso, una interpretación de las interacciones que allí se dan (Smith y Kosslym 2008: 58).

Entonces, teniendo claridad acerca de las reglas, principios, teorías y las normas que lo delimitan, se podrá profundizar en cómo se realiza la actividad, cómo se aplican, qué habilidades se requieren para ponerlas en juego y se podrá juzgar a partir de allí, sí el uso dado a todas ellas o su aplicación se desarrolla como está previsto por el legislador, o por aquellas personas que con conocimiento científico consideran deben aplicarse. Esto permitirá adquirir un nuevo conocimiento del procedimiento penal.

En un segundo momento, deberá definirse cómo y con qué mecanismos se realizará el acercamiento al campo de estudio, cuáles serán los procesos básicos a desarrollar y para qué sirve cada una de estas herramientas. Entendiendo la complejidad de la información que se observa, no todo lo que será relevante para la investigación, ya que se entiende que “una amplia serie de reglas rige los complejos procesos mediante los cuales deducimos el contenido del mundo visual”. (Smith y Kosslym, 2008: 67).

En el método sociológico existen una infinidad de instrumentos: puede acudirse a la entrevista, pueden realizarse rejillas para la recolección de información, siendo importante en el análisis de situaciones empíricas que el investigador goce de cierta libertad y que pueda desarrollar su creatividad, para crear la herramienta más adecuada. Si bien en el proceso hay límites normativos, la actividad, la forma en que se despliega, el lenguaje que se utiliza, las tácticas que se emplean no pueden considerarse de forma aislada, acercarse a la experiencia diaria puede implicar el uso de métodos no necesariamente desarrollados en textos de abordaje científico de las investigaciones.

Como prueba de lo anterior, para desarrollar el estudio, se encontró una dificultad en cuanto al desarrollo de las audiencias, pues estas no se desarrollan en un solo momento, o en períodos de tiempo cercanos, sino que se divide en sesiones que pueden estar distanciadas por largos períodos.

Por lo tanto, como complemento a la observación, se pusieron mensajes en las carteleras de los edificios donde funcionan los despachos judiciales, para instar a quienes participan en procesos penales en abuso sexual cuando la víctima es un menor de 14 años a realizar una entrevista.

Respondieron el mensaje 22 personas, dentro de las cuales se encuentran cinco jueces, ocho defensores de procesados, dos defensores de víctimas, dos fiscales, dos funcionarios de juzgado, un psicólogo perito forense y un investigador particular, las entrevistas se adjuntan como anexo.

Es importante tener en cuenta que la planeación con la que se dio inicio a la observación tuvo que ser modificada, ya que la inmersión en el escenario permitió determinar que no podrían cumplirse los objetivos de investigación en los términos planteados. Lo anterior llevo a la comprensión de que las metodologías no dan cuenta de todos los posibles obstáculos con que puede encontrarse el investigador, y tampoco tienen la respuesta adecuada para acercarse a quienes pueden suministrar información clave y auténtica del proceso. Siendo importante recordar que “La particularidad del conocimiento científico no reside en sus métodos sino en el control de la reflexividad y su articulación con la teoría social (Guber, 2011: 44).

Normalmente, cuando se está presente en las audiencias es posible acceder a la opinión de quienes administran justicia, el ente acusador y la defensa del procesado, pero podría dejarse de lado a personas que si bien, no están en la audiencia observada, han participado de espacios sobre la misma temática y su experiencia, así como el tiempo de vinculación con el campo del derecho, los revisten de la autoridad suficiente para dialogar acerca del proceso penal, para ello se acude a la entrevista, comprendiéndola como “una relación social a través de la cual se obtienen enunciados y verbalizaciones en una instancia de observación directa y de participación.” (Guber, 2011: 70)

Entonces, una reacción rápida al momento de registrar los datos, cuando se encuentra una dificultad como la prolongación en el tiempo de las audiencias, da lugar a que se deban establecer nuevas estrategias para su desarrollo, como lo afirma Campos:

“Un estudio sobre los delitos sexuales quedaría muy restringido en sus alcances si se limitara sólo a investigar el significado de las normas jurídicas que prevén dentro de la legislación positiva, las trasgresiones punibles operadas por el impulso de la lúbrico. Por ello es que resulta necesario referirse, además –y en primer término– a las enseñanzas que han sido obtenidas en esta materia, antes que en la ley, en el campo de la vida, en el de la sociología y en el de la medicina en general.” (1934: 19).

Se descubrió durante los primeros meses de la observación que si una situación o hecho impide el desarrollo de la investigación como se tenía planeada, el investigador puede avanzar mediante estrategias

alternas y así obtener la información que se necesita, es entonces una habilidad, cambiar la forma para obtener la información. No se hace referencia con ello a la improvisación, sino a la reorientación del método, pues cuesta rehacer la investigación en términos de tiempo, recursos económicos, el ánimo, entre otros.

B. Percepción

Entendiendo percepción como la forma como se procesa la información que se obtiene a través del sentido de la vista -observación- y de la escucha -oír-, para Smith & Kosslyn “El objetivo de la percepción es obtener información sobre el entorno y darle sentido.” (Smith & Kosslyn, 2008: 55).

En esta etapa el observador y oyente debe permanecer muy atento o pierde el hilo narrativo de la audiencia, por ejemplo: si no está escuchando la formulación de la pregunta que realiza una de las partes cuando se está recaudando la prueba testimonial, es posible que no comprenda los argumentos que tiene otra parte para objetar dicha pregunta y así mismo se pierde la posibilidad de entender el sentido de la decisión del juez cuando resuelve la objeción.

Por ello, resulta importante que el observador conozca el lenguaje utilizado en las audiencias, es decir, el jurídico, en caso contrario no comprenderá los argumentos, fundamento y sentido de las situaciones que se presentan, ya que lo que se dice en este espacio determina el resultado del proceso, especialmente es lo que orienta la decisión del Juez, ello porque “la capacidad de entender el *lenguaje* requiere conocimiento.” (Smith & Kosslyn, 2008: 155).

Para simplificar, el principal reto al momento de acudir a las audiencias es comprender su dinámica, reconociendo las directrices normativas a las que está respondiendo y la razón por la cual se limita, facilita o regulan las intervenciones de quienes participan en ellas. En la medida que se está desarrollando la audiencia, el observador ordena lo que ocurre y los traspola al instrumento que ha desarrollado para condensar y registrar la información, “un registro no puede dar cuenta de todo, sino que implica un recorte de lo que el investigador supone relevante y significativo.” (Guber, 2011: 94).

Es decir, que la principal actividad mental del investigador consiste en clasificar la información que está obteniendo, darle orden y luego almacenarla en los instrumentos diseñados para tal fin, esta

actividad puede también solo describir lo que ocurre para luego analizar y procesar la información. Guber resalta la importancia del registro de la información, entendiendo que:

“El registro es, en suma, la imagen del proceso de conocimiento de otros y de sí mismo que va experimentando el investigador; su progresiva agudeza y percepción se manifiestan en información, que será vertida en datos cada vez más numerosos, sorprendentes y relacionados entre sí.” (2011: 108).

Es muy importante en la sociología procesal penal no solo la observación, sino la escucha, pues se puede realizar una escogencia selectiva de la información relevante para el caso, clasificar cuáles datos son clave, así como los no necesarios y posibilita al investigador para que identifique si existe un conocimiento profesional del lenguaje, las reglas y las teorías que regulan el caso que se está discutiendo, por quienes participan en la audiencia.

Para el objeto de estudio definido, se debe partir de que las partes conocen el procedimiento penal general, pero ello no basta para abordar el caso, además deben tener claridad sobre qué son las conductas de abuso sexual y específicamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes cuando son víctimas, en especial de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual. Su conocimiento permitirá entender las razones del porqué se limita la acción de los demás, así como la garantía y el respeto a sus derechos.

En este punto, se recuerda que la investigación se desarrolló a partir de la propuesta teórica de Zaffaroni –sociología procesal penal– complementado con la idea de que, para abordar la realidad, debe equilibrarse y combinarse el saber normativo y el saber empírico, propuesta de Hassemer, frente a esta última el citado autor establece: “El caso y el precepto legal (la Ley) son dos pilares sobre los que se asienta el conjunto de la justicia penal.” (2003: 31).

En el proceso penal se está frente a un juego de convencimiento. La defensa del acusado y la fiscalía como defensora de la víctima buscan convencer al Juez, no que el delito ocurrió, pues en esa instancia ya ese elemento se encuentra probado, sino convencerlo de que la persona o personas procesadas no cometieron el delito.

“Por ello, estos dos grandes ámbitos de la actividad jurídico penal deberían ser puestos en una equilibrada relación, a fin de evitar que el sistema del Derecho penal y la propia formación de los penalistas escoren hacia lo normativo, en el plano de la ley, bien hacia lo empírico, en el plano de la realidad, y con ello dicho sistema se construya y enseñe de forma desfigurada.” (Hassemer, 2003: 31).

La comunicación entre los sujetos está orientada a convencer al juez de que su teoría del caso es la que debe adoptarse, un juego de convencimiento que tiene reglas y estas cumpliendo las directrices normativas, que tienen que ver con el tipo de delito, el bien jurídico tutelado y la víctima.

Existen entonces ritualidades, que se pueden tornar incluso rutinarias y que nada aportan al estudio que se realiza, por ejemplo el inicio de la audiencia por parte del juez, que en muchas cosas se recita como un libreto de difícil comprensión auditiva, por la rapidez con que se pronuncia, así mismo la presentación de las partes, que es igual en cada sesión, o la toma de juramento a los testigos. Lo que enriquece la investigación es ver cómo se desarrolla el juego del convencimiento, en el cual puede vislumbrarse el conocimiento profesional de quienes participan en la audiencia, los criterios que utilizan para orientar el debate y las rutinas personales, especialmente del abogado defensor para convencer al juez.

Lo anterior implica un nivel de análisis diferente, acarrea reconocer aquellas situaciones que no se encuentran contenidas en las normas, evidenciar cómo se ejerce la libertad probatoria y argumentativa por las partes, la claridad conceptual que se manifiesta en la audiencia. Es decir que la observación y la escucha revelan información que en los textos de normativos no se reflejan, por lo tanto, es posible realizar deducciones mientras se percibe. (Smith & Kosslym, 2008: 154).

Puede concluirse en este punto, que la percepción implica la realización de un proceso deductivo, ya que el investigador quien luego de tener claro el objeto de su investigación, distinguirá cómo se aplica la norma y si el diseño permite la aplicación conforme fue creada por el legislador; en síntesis, la forma como se manifiesta el aspecto dogmático en la práctica. Son tres actividades al menos las que se realizan en esta etapa, 1. La observación propiamente dicha, 2. El registro de la información y 3. La clasificación de la información, luego de ello se puede realizar el procesamiento y su correspondiente análisis.

Lo ideal en la investigación es que la verificación de la información se realice de forma directa durante el desarrollo de las audiencias, pues de allí se extrae la información más precisa y sin dar espacio a subjetividades. El observador tiene un objetivo claro de investigación, por lo tanto sus juicios están orientados a probar su hipótesis, es una atención selectiva, pero con ello no se hace referencia a que el investigador se deje llevar por sus emociones, sino que perciba y argumente en consideración a su hipótesis, basado en los hechos, para realizar inferencias lógicas sin apelar a subjetividades, en este caso la atención es entendida como “un mecanismo mediante el cual se

selecciona la información más importante para procesarla más detenidamente.” (Smith & Kosslym, 2008: 147).

Del mismo modo, dependiendo del campo de investigación, pueden encontrarse dificultades como el tiempo con que se cuenta para realizar la investigación, el acceso a la información, la imposibilidad de participar en todos los momentos de la audiencia, por ejemplo, no se permite su presencia cuando se receptiona la declaración de la víctima.

Para ello, se requiere validar la hipótesis a través de otras herramientas, como el estudio posterior de las videograbaciones, la realización de entrevistas o el estudio de la jurisprudencia.

C. Procesamiento y análisis

Como se ha dicho, un estudio de sociología procesal penal para el caso colombiano, debe tener en cuenta el marco en el que se inscribe el procedimiento penal, los sujetos que participan en él, sus funciones, los límites que debe respetar, que estarán orientados por; 1. El tipo penal que desarrolla, 2. El interés jurídico protegido, 3. La víctima y 4. Los sujetos que pueden participar en el procedimiento conforme a los elementos 1, 2 y 3, esto debido a que pueden participar entidades del Estado encargadas de una función esencial, por ejemplo el ICBF, responsable del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, entidad encargada de velar por el respeto, garantía y restablecimiento de los derechos de los niños. En síntesis, dependiendo del tipo penal pueden participar otros sujetos.

Teniendo como punto de partida los límites de la investigación, y que se ha realizado la etapa de percepción, en esta última se pone en juego la memoria a largo plazo, para desentrañar las notas que se tomaron y la información recolectada, esto implica la realización de un proceso inductivo, que permitirá tornar conceptos claves para resolver los problemas y explicar las temáticas planteadas inicialmente, formular hipótesis y establecer las conclusiones que se extraen luego de la observación y escucha.

En síntesis, se busca reconocer en lo observado, aquello que ha sido definido en el diseño institucional y normativo “El **reconocimiento** es el proceso de emparejar representaciones de un *input* sensitivo organizado con representaciones almacenadas en la memoria.” (Smith & Kosslym,

2008: 72). Emparejar la información que ya conocemos, con la información que obtenemos de la observación de las audiencias.

Se busca entonces, en esta etapa que el investigador presente las ideas centrales del proceso, realizando un resumen que contendrá las ideas fundamentales que le sirvieron de base al estudio y que le permitieron reunir distintos elementos, relacionar la información y organizarla para presentar los resultados de su investigación, reconociendo la importancia de las etapas previas y del registro, pues “un buen registro es, a la vez, una ventana hacia afuera y hacia adentro”. (Guber, 2011: 109)

Conocer el procedimiento penal en abuso sexual, cuando la víctima es menor de 14 años, ayuda no solo a comprender por qué se justifican ciertos actos determinados por la normatividad, sino también a reflexionar detenidamente acerca de si el proceso logra el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y si se comprende por quienes participan en él la naturaleza de las reglas establecidas: o por el contrario si se requiere generar procesos de cambio o transformación que cumplan con lo que quieren comunicar las normas, es decir; que se restablezcan los derechos de los niños y a su vez se persuade a los miembros de la sociedad para que no se cometa el delito. Ello nos lleva a afirmar la necesidad de captar lo que sucede en el juicio, “necesitamos el conocimiento para reconocer las palabras y saber lo que significan.” (Smith & Kosslym, 2008: 155).

Con todo, que no sea solamente simbólico, es decir, que manifieste solo el poder punitivo por parte del Estado y un ideal de justicia, sino que sea capaz de lograr el restablecimiento en los términos ya planteados. Se parte de la premisa definida por Hassemer “Un Derecho Penal que en muchos de sus ámbitos tenga sólo un efecto simbólico no será capaz a la larga de cumplir con su tarea ni en éstas ni en otras materias, pues habrá perdido toda credibilidad.” (Hassemer, 1984: 95).

A continuación se presenta un cuadro síntesis del proceso de estudio creado para la investigación de sociología procesal penal:

Tabla 8. Síntesis del proceso realizado.

Etapas	Elección Temática u Objeto de estudio	Percepción	Procesamiento y Análisis	Resultado
				Conclusiones
Estructura básica de lo que se pretende investigar y obtener	Descripción normativa – Diseño institucional	Se comprende/No se comprende	El medio influye. La estructura definida en comparación con la que se ejecuta es correspondiente.	Cómo se puede mejorar. Qué causas subyacen al fenómeno. La predicción o lo que se espera por la norma es correcta. Aspectos de la práctica que se relacionan con las teorías.
	Reglas del Proceso	Se cumplen/No se cumplen.	Razones por las cuales se identifica el cumplimiento o no cumplimiento. Argumentos que permiten evidenciarlo. Pueden aplicarse de forma eficiente.	Forma en que podría darse su cumplimiento. Se requiere adecuación o cambio de las reglas.
	Límites a los sujetos/intervinientes	Argumentos de las partes. Elementos que no se encuentran en el campo dogmático.	Obedecen a su conocimiento profesional. Se utilizan argumentos similares. Obedecen a estrategias concretas dentro del campo.	Respetan los límites establecidos en la ley. Conocen el campo. Estímulos externos.
Componentes	Normativo	Práctico-Analítico		Reflexivo

Elaboración propia.

Lo anterior nos permitió poner en contexto la investigación a realizar y determinar cuáles son los elementos que deben considerarse para probar la hipótesis de investigación, enlazados en tres grandes componentes uno normativo, otro práctico-analítico y uno reflexivo.

Grafico 7. Componentes.

Elaboración propia. Formato de imagen Microsoft Word.

Se deben evitar las generalizaciones, invocar sentimientos, realizar señalamientos, la idea es observar de acuerdo con la estructura básica planteada cuáles son las evidencias que se presentan sistemáticamente en todo el proceso, con independencia de las personas involucradas, de la empatía con la víctima e incluso con la divergencia de teorías que se puedan llegar a tener con los sujetos que participan en la audiencia, entre ellos, el Juez.

Como se afirmó arriba, debe aprenderse a ver, es decir; realizar una interpretación de lo observado a partir de la experiencia en el campo jurídico sin juzgar a partir de la posición personal, Smith & Kosslyn consideran al respecto que “Nuestra interpretación del mundo que nos rodea está determinada por la interacción de dos hechos: (1) la estructura biológica de nuestro cerebro y (2) la experiencia, que modifica dicha estructura.” (2008: 58).

Del control de estos aspectos deriva la calidad de las reflexiones conclusivas. Esta es la principal diferencia con otras metodologías de investigación derivadas de disciplinas como la antropología, pues aquí el observador no debe familiarizarse y construir lazos estrechos con los sujetos o intervinientes, ello no implica que no se socialice con las personas, pero la idea es que no se conciba al investigador como parte del grupo; este hecho que se aclara no es de fácil ocurrencia en investigaciones como la que se evidencia aquí, puesto que el observador no participa del debate jurídico que se desarrolla en el procedimiento penal.

El diseño planteado se concibe entonces como un modelo para realizar investigaciones desde la sociología procesal penal, es decir que esta se toma como una teoría y lo presentado con base en un modelo cognitivo básico, es la forma que se sugiere para desarrollar las investigaciones basadas precisamente en dicha teoría, Smith & Kosslyn consideran que es posible en los procesos cognitivos plantear modelos para explicar los datos y/o realizar predicciones, aducen que:

“La actividad mental puede estudiarse también mediante la construcción de modelos. Los modelos no sólo pueden decirnos si el conjunto de principios o mecanismos pueden realmente explicar datos, sino también si pueden hacer nuevas predicciones. ¿Cuál es la diferencia entre una teoría y un modelo? Una teoría propone un conjunto de principios abstractos que pueden explicar una serie de fenómenos; un modelo es una versión concreta y específica de una teoría.” (2008: 42).

Para construir una reflexión simple y clara basada en los datos recolectados durante la realización de la investigación, la estructura de la investigación permite validar la hipótesis, la capacidad para explicarla también se basa en el modelo que se aplique, un modelo perfeccionado para el caso en concreto hará que se llegue de forma simple a las conclusiones.

Finalmente, la idea con dicho proceso es ver la impunidad no como la responsabilidad de quienes crearon la norma o del diseño, pues eso no va a solucionar el problema y a futuro no tendrá mayor incidencia, lo que se puede realizar con la información recolectada es enfrentar las situaciones que la generan y tratar de cambiarlas, hacerlas visibles, identificarlas, evitar la negación, que se ignoren los hechos.

Con ello, determinar los procesos que se deberán adelantar para generar los cambios que lleven al restablecimiento de derechos para los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual y el fin último del proceso penal: que se diseñen las normas pero que ni siquiera se necesite su aplicación porque realmente se ha logrado disuadir a la sociedad.

Todo lo anterior apunta al diseño de estrategias que lleven a considerar la necesidad de una justicia procesal penal adaptada a la niñez.

1.4 Aplicación del modelo a partir de la teoría

En el apartado anterior se presentó la forma como se desarrolló el estudio de sociología procesal penal, siguiendo el estudio de caso y utilizando los momentos que se sugieren para la realización de un proceso cognitivo. A continuación se presenta cómo se desarrolló el procedimiento penal en delitos contra la libertad, integridad y formación sexual cuando la víctima es un menor de 14 años.

A. Elección (definición de la temática u objeto de estudio)

Tema de la investigación: En general se estudió la creciente impunidad frente a los delitos de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo cuando la víctima es un niño, niña o adolescente menor de 14 años, los cuales hacen parte del abuso sexual, el cual se considera que es consecuencia del deficiente diseño del procedimiento penal, así como del conjunto de prácticas en el escenario judicial y administrativo que de forma reiterada desvirtúan la obligación de corresponsabilidad a cargo de la familia, la sociedad y el Estado en la protección de los derechos de estos menores. Se precisa que se estudiará el procedimiento cuando el procesado es un mayor de edad.

Conforme a lo anterior, se afirma en la hipótesis que: los procedimientos que se desarrollan en los procesos penales cuando un niño, niña o adolescente menor de 14 años ha sido víctima de un acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo, no restablecen sus derechos, esto en razón a que el diseño normativo e institucional defiende otros intereses, como la limitación al ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado y la protección del procesado como destinatario del proceso penal, además persuadir a la ciudadanía a que no cometa conductas contrarias al ordenamiento jurídico. Lo cual desconoce el interés superior y la prevalencia de los derechos del niño, principios que obligan a considerar el proceso penal principalmente como un proceso de restablecimiento de derechos.

El diseño actual no permite tampoco aplicar las reglas especiales de procedimiento contenidas en la ley de infancia y adolescencia que se crearon para cuando los niños son víctimas de delitos. Por lo tanto, debe rediseñarse el proceso penal adaptándolo a la niñez, para que se convierta realmente en un proceso de restablecimiento.

- **En cuanto al diseño institucional. Autoridades, procedimiento y reglas especiales.**

Los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual en personas menores de 14 años, cuando el delito es cometido por un adulto, son llevados ante la jurisdicción ordinaria, pero por lo demás participan en el proceso unidades especializadas en delitos sexuales. La denuncia en casos de abuso sexual se presenta por regla general en los Centros de Atención Integral a Víctimas de Violencia Sexual -Caivas- que fueron creados y dependen de la Fiscalía General de la Nación¹¹, a ellos se

¹¹ Estos centros hacen parte de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexual de la misma entidad.

encuentra adscrito un Defensor de Familia del ICBF que garantiza el respeto de los derechos de las personas menores de 18 años.

En caso de que no exista un centro especializado de atención a víctimas la denuncia se puede interponer ante las Unidades de Reacción Inmediata -URI- o en los diferentes puntos de atención de la Fiscalía General de la Nación. Aunque puede ocurrir que el delito se conozca a través del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o por parte de cualquier integrante del sector salud,¹² en ese caso dichas entidades están obligadas a dar informe a las autoridades.

Entonces participan obligatoriamente en el procedimiento penal en abuso sexual que se encuentran en etapa de juicio:

- Jueces Penales de Conocimiento
- Fiscalía General de la Nación
- Defensa del Procesado

De forma optativa, es decir; pueden participar si así lo solicitan las entidades directamente o la familia de la víctima, aunque su presencia no es obligatoria en dicho procedimiento:

- Defensa de la víctima
- Representante del Ministerio Público
- Defensoría de Familia -ICBF-

En los casos en que se presente como prueba el testimonio de la víctima y se decrete su práctica en audiencia de juicio, obligatoriamente el testimonio debe ser recepcionado por el Defensor de Familia. También concurren al proceso en calidad de testigos los profesionales que sean solicitados por la Fiscalía General de la Nación o por la Defensa del Procesado.

¹² En este caso se aplica la resolución No. 459 de 2012 del Ministerio de Salud y Protección Social la cual adopta el Protocolo y Modelo de Atención Integral en Salud para Víctimas de Violencia Sexual, cuyo cumplimiento es obligatorio para Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. Disponible en:
https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_minsaludps_0459_2012.htm

Todos ellos, por mandato de la Ley de Infancia y Adolescencia, deberían tener en cuenta las reglas especiales de procedimiento para delitos sexuales, las cuales se sintetizan así:

Tabla 9. Síntesis Reglas de procedimiento.

REGLAS	Desarrollo en el Código de Infancia y Adolescencia y/o disposiciones especiales sobre la materia	En el código penal CP o Código de Procedimiento Penal CPP
Medidas	Detención en centro de reclusión	No se podrían aplicar medidas no privativas de la libertad. No aplican las establecidas en el artículo 69 del C.P.
Subrogados	No es posible sustituir la ejecución de la pena	No aplicación de las reglas contenidas en el artículo 314 del CPP
Improcedente	La suspensión condicional de la ejecución de la pena.	No aplican los mecanismos sustitutivos establecidos en el artículo 63 del C.P. con sus adiciones y modificaciones.
	El otorgamiento de rebajas por sentencia anticipada y confesión.	Aplica por trabajo y estudio solamente en virtud de Fallo de la Corte Constitucional, Sentencia T – 718 de 2015.
	La sustitución de la detención preventiva o ejecución de la pena bajo modalidad de detención domiciliaria.	No aplicación de las reglas contenidas en el artículo 314 del CPP
	La aplicación de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad.	No aplican los mecanismos sustitutivos establecidos en el artículo 63 del C.P. con sus adiciones y modificaciones.
	La extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad cuando se ha realizado la reparación integral de los perjuicios.	No aplica el numeral 7 del artículo 82 del C.P.
	La rebaja de penas por preacuerdos o negociaciones.	No aplica lo contenido en el artículo 351, 352, 353 y 354 del C.P.P
	El otorgamiento de beneficios, subrogados judiciales o administrativos. Solo aplican en caso de colaboración.	Se tiene en cuenta lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 68A del C.P. modificado por el artículo 4 de la ley 1773 de 2016.

Fuente: Autoría propia.

En el procedimiento penal, se proscribe la revictimización. La ley 1652 de 2013 reguló la entrevista y testimonio en procesos penales de las personas menores de 14 años víctimas de abuso sexual y específicamente estableció:

- Debe realizarse por personal entrenado en entrevista forense
- Se debe llevar a cabo en Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado para la atención a las víctimas
- Debe ser grabado o fijado en medio audiovisual preferiblemente o en medio técnico o escrito.
- Es excepcional. Siempre que sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima.
- En etapa de indagación e investigación, se realizará una sola vez preferiblemente, o en caso de ser necesario, excepcionalmente podrá realizarse en una segunda entrevista.
- El menor de 14 años puede estar acompañado por su representante legal o un familiar mayor de edad.

B. Percepción

Este aspecto implica la observación de las audiencias, se tratará de presentar sin la realización de juicios de valor especialmente en lo referido a la hipótesis de investigación planteada y los problemas subyacentes, se recuerda que se entendió por percepción la forma en que se procesa la información que se obtiene a través del sentido de la vista -observación- y de la escucha -oír-.

1.4.1 Instrumentos realizados para recaudar información

Desde el punto de vista metodológico para la realización de investigaciones empíricas existen varias técnicas de producción y recolección de datos, lo importante de acuerdo con los textos científicos es abordar el campo de conocimiento de acuerdo con los parámetros propios del campo, respetando sus particularidades (Bonilla Castro & Rodríguez Sehk, 2005: 47- 48).

Bajo la comprensión de que el conocimiento tiene una dimensión objetiva y otra subjetiva, fue imprescindible construir instrumentos que permitieran llegar a ella, para lograr acceder a la información respetando el campo, pues desde el punto de vista de la realidad objetiva se considera que:

(...) Dos aspectos determinantes para comprender lo social como una realidad objetiva. Por un lado están las instituciones, es decir las pautas de comportamiento estandarizadas que son aprehendidas como guías de la conducta social y que permanecen se reiteran en el transcurso de la vida cotidiana; por el otro, se encuentra el lenguaje como canal de la vida social. (Bonilla Castro & Rodríguez Sehk, 2005: 61).

En este contexto, en el proceso penal escenario de observación existen aspectos estandarizados que siempre se desarrollan y que son aceptados, asimilados y respetados por todos los sujetos que se

encuentran en él, algunos incluso se encuentran arraigados de manera tal que no son discutidos, sino que se cumplen espontáneamente. El objetivo de los instrumentos utilizados es realizar una investigación no solo cuantitativa donde se pudiera conformar parte de la hipótesis a través del análisis de datos numéricos, detallados y sujetos a fichas técnicas de acuerdo con un interés de medición.

Simultáneamente se quería realizar una exploración inductiva para comprender y acceder a datos textuales y detallados que permitieran vivir y conocer la realidad de los individuos que participan en el campo. Entendiendo que:

“(…) Los investigadores cualitativos usan el método cualitativo para captar el conocimiento, el significado y las interpretaciones que comparten los individuos sobre la realidad social que se estudia y es definida como un producto histórico, es decir, validada y transformada por los mismos sujetos. (Bonilla Castro & Rodríguez Sehk, 2005: 92).

De ahí que se parte de considerar que, para la administración de justicia, la organización y el protocolo tácito de los procesos es importante, pues para poderse llevar a cabo deben realizarse actos previos de investigación y formulación de acusación, y posterior a ello una vez agotado todos estos pasos, determinar la fecha y hora de la realización de las audiencias, teniendo claro su objeto, quienes deben estar presentes e intervenir en ella; por un lado, el Estado representado por el juez, quien debe ser imparcial y neutral y tiene la función de dirigir el proceso y administrar justicia, el fiscal como agente del Estado es el encargado de demostrar que la persona(s) imputada fue quien cometió el delito, el imputado a quien la fiscalía encontró como presunto responsable y su defensor, que puede ser designado por el apoderado de confianza o por el Estado -defensor de oficio-, así como los testigos, expertos o peritos que apoyarán la teoría del caso, tanto del fiscal, como de la defensa.

Previo a ahondar en los resultados del proceso, es importante resaltar que el modelo de gestión del sistema penal acusatorio que la rama judicial utiliza para capacitar y formar a sus funcionarios, *Manual Básico del Sistema Penal Acusatorio*¹³ indica claramente cuál es la ruta del proceso, señalando que previo al juicio oral se desarrollan dos audiencias, la de formulación de imputación y la preparatoria, cuando éstas se agotan se inicia el juicio oral, escenario donde se presenta la teoría del caso, se practican las pruebas y se concluye con los alegatos.

¹³ Disponible en:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/1559849/Contenido+Serie+Documento+No+1.pdf/fb12e395-7946-4523-acf4-12b3f2983d79>. Consultado el 20 de enero de 2020. Hora: 10:38 a.m.

Este documento define unos tiempos sugeridos para la realización de estas audiencias, estableciendo que en la estructura del proceso penal, se conoce primero la noticia criminal, se indaga e investiga por parte de las entidades responsables, se surten las audiencias preliminares ante el juez con función de control de garantías, una vez que esto ocurre y en caso de encontrar merito se realiza la audiencia de formulación de imputación, a partir de esta etapa el Manual propone los tiempos: la audiencia de formulación de la imputación debe llevarse a cabo en un período de 30 días luego de su solicitud; después las audiencias de conocimiento, luego de ello, la acusación en un período de 30 días; la audiencia preparatoria para la exhibición, solicitud y decreto de las pruebas, 30 días; luego la audiencia de juicio oral debe desarrollarse de 15 a 30 días, entendiéndose que en ella se practican las pruebas, se realiza el debate probatorio y se presentan las alegaciones de las partes, y finalmente se anuncia el sentido del fallo.

Lo establecido en el *Manual*, sirve para ilustrar cuáles son los tiempos deseados o razonables para administrar justicia en el campo penal, pues sumados todos estos tiempos, el proceso debería resolverse en 120 días, es decir, en promedio 4 meses. Si observamos la estructura del proceso penal en el sistema penal acusatorio en los textos, esta debería ser rápida y concentrada. Lo cierto es que la observación arrojó un panorama diferente y la normalización de la división del juicio por sesiones, que se distancian en el tiempo, lleva a que un proceso no se desarrolle en los términos propuestos por la propia rama judicial.

La etapa de observación se llevó en un período de dos años, los registros y seguimientos continuaron aun habiendo entregado los borradores de la tesis, pues muchas sesiones programadas de las audiencias fueron aplazadas. Este es un elemento muy importante para analizar, ya que el diseño normativo establece que la audiencia de juicio oral debe ser oral, pública, concentrada, con inmediación de la prueba y donde se realiza el contradictorio. En la primera audiencia se realizó el seguimiento tomando notas de todo lo que ocurría, pero fue desgastante, razón por la cual debía tomarse la decisión de repasar las audiencias observando los videos o realizando un instrumento que permitiera tomar más fácil notas, se optó por la segunda opción.

Desde el punto de vista normativo, se señala que la suspensión de la audiencia oral debe ser excepcional, en virtud del principio de concentración, las suspensiones solo deben ser por situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad, siendo los recesos excepcionales y de acuerdo con la norma de máximo dos horas. Ahora bien, en la práctica, como se verá más adelante, la regla

en muchos despachos es que la audiencia se divida por sesiones, en períodos de tiempo que superan las horas que establece la ley y que se ha interpretado no afecta el principio de concentración pues obedece bien sea a aspectos técnicos, solicitudes de la fiscalía o defensa, congestión del despacho, urgencia de otros procesos o falta de espacios para realizar la audiencia (Código de Procedimiento Penal, Art. 454).

Se entiende entonces que en la práctica, la concentración implica que el juicio oral se desarrolle en el menor número de sesiones posibles. La observación se centró en Bogotá en el Complejo Judicial de Paloquemao, pero no es extraño observar en las sentencias de casación proferidas por la Corte Suprema de Justicia que se haga alusión en el resumen a estos hechos, a la división por sesiones especialmente si de recursos de casación por posible vulneración de los principios de inmediación y concentración se trata; por ejemplo, en la descripción de los hechos de un caso en Ubaté –Cundinamarca–, en el cual el juicio se llevó a cabo en tres años diferentes, 2012, 2013 y 2014, se solicitó declarar la nulidad de lo actuado porque en primer lugar hubo un cambio de juez que implicaba que el fallo fue proferido por otro funcionario que no estuvo presente en la práctica de todas las pruebas; y en segundo lugar, porque la prolongación en el tiempo llevaba a considerar que se perdía la unidad del juicio. Establece como un hecho:

(...) 4. El juicio oral y público se tramitó en sesiones de 4 de mayo, 27 de junio, 14 de agosto, y 19 de septiembre de 2012, 9 de octubre, 19 y 26 de noviembre de 2013, 17 de marzo, 15 de mayo y 11 de julio 2014, fecha última en la que se anunció sentido de fallo condenatorio y luego de un receso el juez de conocimiento dio lectura a la respectiva sentencia mediante la cual le impuso al procesado, por las conductas punibles endilgadas, pena principal de catorce (14) años y seis (6) meses de prisión, así como la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la privativa de la libertad. (...) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP5775-2016).

Se puede examinar de la síntesis hecha por la Corte Suprema de Justicia que la primera sesión se realizó el 4 de mayo de 2012 y la última el 11 de Julio de 2014, es decir; solamente el juicio oral, público y contradictorio se tardó en terminar por la división en sesiones 26 meses y 7 días. En las consideraciones para la inadmisión del recurso dice, frente al principio de concentración, que no se vio afectado porque:

(...) solo tiene eventual potencialidad de configurar una nulidad cuando el debate probatorio no es presenciado y dirigido por un mismo juez y a la par ello entraña violación de otras garantías de más hondo calado; pero, al contrario, si el supuesto fáctico procesal revela que las pruebas soporte de la decisión atacada fueron recibidas por el mismo funcionario que anunció el sentido de fallo, y que la sentencia guarda unidad temática con los argumentos expuestos en ese anuncio —como aquí ocurre, la jurisprudencia ha sido enfática y reiterativa en que ningún agravio serio hay frente a la estructura del proceso o los derechos

fundamentales de las partes.(...) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP5775-2016).

En otros términos, se ha normalizado en la práctica judicial la realización del juicio oral por sesiones, sin que se entienda que esto es contrario a la concentración que se predica del proceso. Para la observación, y de acuerdo con el proceso cognitivo que se esperaba realizar, se creó un formato de seguimiento que permitiera plasmar los aspectos tanto internos como externos que interesaban a la hipótesis de investigación. Luego se dividió en 11 ítems así:

- Generalidades de la audiencia.

Recordemos que la audiencia de juicio oral es el momento procesal cuando se debate la responsabilidad y que debe terminar con sentencia absolutoria o condenatoria. En principio tendría tres momentos: uno, de instalación, donde se verifica la asistencia de los sujetos procesales, se presentan por parte del juez las reglas de la misma, se presentan las alegaciones iniciales o la llamada teoría del caso por la fiscalía y potestativamente por la defensa; el segundo, cuando se da el debate probatorio y el último donde se presentan los alegatos, luego de los cuales el Juez da a conocer su decisión o el sentido del fallo. Después de ello, de acuerdo con la normatividad se debe iniciar el incidente de reparación.

En esta primera parte interesaba registrar si la audiencia se inició a tiempo, quiénes se encontraban presentes, si la acústica era adecuada, los recesos que se realizaban, el mobiliario, si los sujetos procesales tenían una conversación previa al inicio formal de la audiencia, así mismo si la audiencia, una vez iniciada, era suspendida y las razones de su ocurrencia.

- Información sobre la víctima.

Interesaba conocer la edad de la audiencia para verificar si en esta existía una distancia amplia entre la edad de ocurrencia de los hechos y el inicio del juicio, así mismo si tenía una relación de parentesco con el procesado.

Es importante precisar que la víctima está ausente del proceso, en principio para evitar su revictimización.

- Información del procesado.

Se verificaba su edad, parentesco con la víctima o con familiares de la víctima, si tenía cercanía con la víctima o sus familiares, así como si detentaba una situación de garante frente a ella. En el proceso no se debate precisamente acerca de las calidades o personalidad del procesado, lo cual sí puede llegar a ocurrir respecto de la víctima como se verá más adelante.

- Sobre los testigos.

Se buscaba establecer si eran familiares de la víctima o el procesado, cuál era el número de testigos tanto de la fiscalía como del procesado, su cercanía con la víctima o el procesado.

- Los peritos.

Se podía establecer si todos los peritos, tal como se hizo, son llamados por la Fiscalía, esto ocurre en la mayoría de los casos. Cuando el procesado llevaba a audiencia de juicio oral sus propios peritos para refutar los de la fiscalía, ello implicaba una mayor capacidad económica de los procesados en la mayor parte de los casos.

- Defensa del procesado.

Interesaba determinar si la defensa del procesado era defensor de oficio o de confianza y así mismo si tenían personal de apoyo durante la audiencia, así como también el uso del lenguaje durante la audiencia. Esto permitía evaluar si tenían una argumentación más técnica y experiencia en casos de delitos sexuales.

En la práctica, los funcionarios permanentes del sistema de administración de justicia, jueces, fiscales y ministerio público reconocen los abogados que se dedican a defender este tipo de casos, pues los delitos sexuales tienen una connotación negativa o estigma.

- Fiscalía.

Generalmente como funcionarios del Estado, y entendiendo que son especializados, podría encontrarse a los mismos fiscales en diferentes casos, con regularidad cuentan con personal de apoyo

que está pendiente de los testigos, de si se encuentra listo el espacio designado para recepcionar la entrevista del niño. También evaluar la utilización de lenguaje técnico, al ser especializado era más común el uso adecuado del lenguaje en estos casos.

- Atención del Juez.

Aunque no era determinante para la investigación, se consideró importante ver si el Juez contaba o no con equipo de apoyo para las audiencias, si prestaba atención o se le veía consultando algún tipo de dispositivo electrónico, y también evaluar la utilización de lenguaje técnico.

- Defensa de la víctima.

No es obligatoria su concurrencia al proceso, algunos jueces consideran que es indispensable y es por ello que si la defensa de las víctimas es proveída por el Estado, es decir; es de oficio, se suspendan las audiencias por el número de procesos que deben llevar versus el número de defensores de oficio disponibles.

- Ministerio público

Son funcionarios del Estado encargados de verificar que se cumplan con los principios procesales y lograr una adecuada administración de justicia. También evaluar la utilización de lenguaje técnico. No es obligatoria su comparecencia al proceso, aun así, algunos jueces consideran que es indispensable.

- Observaciones generales

Este espacio estaba abierto y permitía el registro de lo que ocurría en cada sesión de la audiencia, especialmente como se daban las intervenciones, la contundencia de las afirmaciones, preguntas, argumentos presentados por los sujetos, la ocurrencia de hechos que hacían pausar las audiencias, la presencia de público en las diligencias, así mismo registrar situaciones que podrían no estar contempladas en el instrumento. También situaciones externas a las reglas de procedimiento o el protocolo tácito que se desarrolla en el mismo.

1.4.2 Estudio de caso. ¿Baño inocente o abusivo?¹⁴

A continuación se presentará uno de los casos que fue objeto de estudio durante la investigación. Su elección obedece a que en este caso se presentaron la mayoría de las variables estudiadas, así mismo porque durante el proceso de observación se pudo entrevistar y/o tener interacción con todos los que formaron parte del proceso, incluyendo los procesados y los familiares de la víctima. Esta interacción se generó debido a que la presencia de la observadora en el proceso y su constancia asistiendo al juicio, generó curiosidad en los presentes, quienes poco a poco se acostumbraron y la hicieron parte del escenario.¹⁵ Primero se introducirá el caso de forma que se facilite su lectura, y luego en una tabla se precisarán sus aspectos jurídicos, técnicos y espaciales.

En un municipio de Cundinamarca, un niño de 10 años¹⁶ procedente de Bogotá fue abusado por su propia prima y su respectiva pareja, ambos mayores de edad. Este niño nació en el año de 2002, fruto de una relación que años después de su nacimiento se disolvió, quedando bajo la custodia y cuidado de su madre. Si bien es hijo único de esta relación, tiene hermanas y hermanos por parte de cada uno de ellos.

Durante varias etapas de su vida ha convivido por temporadas con su padre y otros familiares. Durante su crecimiento se le detectó, por parte de especialistas, problemas menores de memoria, que para su caso es denominado deterioro cognitivo leve (DCL). Uno de los motivos por los cuales cambió de colegio en varias ocasiones.

Según los antecedentes del caso, la pareja procesada, prima y esposo, tuvieron la posibilidad de compartir y convivir muchas veces con el menor. La cercanía de su municipio a Bogotá, lugar de

¹⁴ El título obedece a que en la presentación de la teoría del caso por la defensa de los procesados se acepta que el niño participaba de la vida cotidiana de la pareja e incluso ellos le enseñaban y ayudaban a bañarse. En la teoría del caso, una de las partes lo presentó como un “baño inocente”.

¹⁵ El acercamiento al proceso se realizó a través del juzgado que conocía el caso, fue uno de los procesos referenciados y a los que la autoridad judicial permitió su acceso. Luego de la asistencia a la primera sesión de la audiencia de juicio, la observadora entrevistó a la defensa de víctimas, quedando la percepción por los demás asistentes que era una auxiliar y/o asesora de la defensa. En las siguientes audiencias se presentó a los demás sujetos, se pudo entrevistar a un defensor de uno de los procesados, así como sostener conversaciones informales con la Fiscalía, Ministerio Público, procesados y padres de la víctima. Todas estas conversaciones se hicieron manteniendo distancia y respeto por el desarrollo del proceso. Con el tiempo, la observadora generó empatía con todos los presentes que regularmente asistían a las audiencias.

¹⁶ Por protección al derecho a la intimidad de todas las personas involucradas no se hará alusión a ningún nombre, especialmente al de la víctima, cuyo derecho está protegido en la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 8 y 16. Así mismo el derecho a la intimidad en el ordenamiento jurídico interno se encuentra consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política y en el artículo 33 de la Ley 1098 de 2006.

residencia de la víctima, y la también la familiaridad generaron la confianza necesaria para que este niño estuviera siempre junto a los que se acusa fueron sus abusadores.

- EL DESCUBRIMIENTO Y LA DENUNCIA

Para 2012, cuando este niño alcanzaba sus 10 años de edad, tuvo la posibilidad de visitar por primera vez a su hermana mayor por parte de padre. Y es precisamente en estas vacaciones que su propia hermana y demás miembros de la familia empezaron a detectar comportamientos que los llevaron a sospechar de manera inmediata que algo grave estaba pasando en la vida de su hermano menor: tocaba insistentemente la cola o el pene de los hombres de la casa y también de sus propios genitales, acariciaba y lamía almohadas y zapatos, incluso, llegó a intentar introducirse objetos en su ano.

Después de este corto periodo de vacaciones, donde de alguna manera la familia entró en alerta, el niño retornó a su vida cotidiana en Cundinamarca, a la vida de cualquier niño de su edad: seguir cumpliendo con sus obligaciones escolares.

Los comportamientos que preocuparon y llamaron la atención de su hermana mayor continuaron. El niño en esta ocasión respondió a cada pregunta insistente de su hermana sobre todos sus comportamientos. Llegaron más detalles, pero la gran sorpresa fue la de que todo lo que él hacía lo veía en casa de su prima. Estos nuevos detalles al caso fueron: El esposo de su prima le introducía el pene por la cola. Esta pareja tenía relaciones sexuales en frente a él.

- EL ABUSO ESTABA EN CASA

Con toda la información recogida en esta nueva etapa del niño viviendo con su hermana mayor, en un municipio de la Costa Atlántica, la familia concluyó en un primer momento que todo lo dicho por este niño era producto de su imaginación. Pero estos comportamientos también se hicieron evidentes en su nuevo colegio, caso que no pasó inadvertido por la directora de la institución, quien lo remite de inmediato para que tenga una asistencia profesional, pues se evidencia un posible abuso sexual.

Después de varios días, en los que de nuevo coincidían en cada testimonio -por parte del menor- los dos nombres de prima y esposo, su hermana mayor, teniendo claro los protagonistas del delito, acude

a una Fiscalía del Atlántico y denuncia, estableciendo como posible fecha de los abusos –según las circunstancias narradas– el segundo semestre de 2011.

- **ACOMPAÑAMIENTO PSICOLÓGICO AL NIÑO**

La víctima es vinculada a un proceso terapéutico en un centro de atención a la crisis. Fue atendido siempre por la misma profesional en psicología, quien emite un informe en el que dictamina la ocurrencia de un posible abuso sexual. Durante el proceso se le aplicó el protocolo SATAC¹⁷, donde el paciente realizó dibujos relacionados directamente con lo ocurrido y narró de nuevo y con los mismos detalles los episodios y la forma en que ocurrieron estas situaciones. En el centro de atención fue atendido en diez ocasiones. Antes de la denuncia y posterior a ella.

El proceso fue trasladado a Bogotá, ciudad donde se continuó con la investigación y llevó a cabo el proceso judicial.

- **Generalidades del proceso de observación**

El proceso de investigación se realizó en la Ciudad de Bogotá, por facilidad de acceso, traslados, recursos económicos a disposición del investigador, así como por ser el lugar donde se desarrollaron los estudios doctorales y se debían tomar los seminarios correspondientes, el complejo judicial al que se obtuvo acceso fue el de Paloquemao, un edificio situado en la Carrera 28a, No. 18 A – 67, es un edificio de 5 pisos, con varias puertas de acceso, las cuales están delimitadas para cada una de las oficinas que allí funcionan, pero el acceso al público para las audiencias es uno solo y se realiza por la Carrera 28a, por este lugar también acceden los apoderados, los familiares del procesado(s), e incluso este último cuando no se encuentra privado de la libertad, lo cual significa que si la víctima debe comparecer para que le sea realizada la entrevista incluso puede encontrarse al ingreso o en los pasillos con el procesado, situación que no varía mucho en los otros complejos judiciales del país.

¹⁷ Este protocolo fue adoptado por el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante Resolución No. 459 de 2012, es de obligatorio cumplimiento para violencia sexual por parte de las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. También es el que se aplica por la Fiscalía General de la Nación en el curso de las investigaciones. El documento está disponible en: Consultado por última vez: 10 de Marzo de 2019. Hora: 3:00 p.m.

Se ha mencionado que una dificultad del trabajo de campo, fue la normalización de la división del juicio por sesiones, pues esto impidió la observación de un número mayor de juicios, esto a pesar de que se limitó a los delitos de acto sexual y acceso carnal abusivos con menores de 14 años, se presenta como anexo la tabulación de la observación de las audiencias de conformidad con el formato de seguimiento y control de las audiencias, que ahora al escribir la tesis, podría renombrarse como seguimiento y control de las sesiones. Se recuerda que por esta razón, fue que se buscó escuchar a quienes participan del proceso y así mismo se acudió con fuerza a las cifras.

Se verificaron entonces 17 casos, uno de los cuales a enero de 2020 no ha terminado luego de casi tres años, pues inició en el año 2018 y debido a la división del juicio por sesiones hasta este año 2020 se inicia con la presentación de las pruebas por parte de los apoderados de la defensa, la defensa con quien se tiene contacto espera presentar sus alegatos y obtener sentencia favorable este año. En este apartado se presentarán algunos aspectos destacados de la observación del caso.

Tabla 10. Variables de la investigación.

VARIABLES	ASPECTOS RELEVANTES	OTROS ASPECTOS
Víctima	Se destaca la forma como se ha construido la imagen de la misma en el proceso que ha presentado siempre dificultades en la interacción con los demás. No tiene un hogar estable, ha vivido con diferentes familiares. Tiene un antecedente de ejercicio inadecuado de su sexualidad pues en un conjunto residencial donde vivía con su madre y hermana fue objeto de tocamientos por otros niños. Ha sido llevado en varias ocasiones ante profesionales en psicología.	El hecho de su inestabilidad familiar y emocional, así como de la posible deficiencia cognitiva que se aduce presenta el niño, de la que no se tiene dictamen exacto previo al inicio del proceso, es uno de los argumentos más fuertes de la defensa de los procesados. Han sido varios médicos los que han atendido el niño, por lo tanto existe una disparidad de conceptos al respecto. Otro argumento es la personalidad fantasiosa del menor y la facilidad para influenciarlo.
Procesados	Tienen una unión marital de hecho. Abogados de profesión. Apoyaban económica y personalmente a la madre, la víctima y su hermana. La prima es la madrina de bautizo de la víctima.	Aceptan durante el desarrollo de la investigación su cercanía con la víctima. Mencionan que enseñaban pautas de comportamiento al niño y cómo bañarse.
Defensa de los procesados	La defensa fue cambiada luego de la audiencia de imputación. El procesado hombre tiene como defensa una mujer. La procesada como defensa a un hombre.	El cambio del abogado defensor, se dio pues continuamente entraba en choque con los demás sujetos, el ambiente en las audiencias era demasiado tenso. A pesar de que los procesados son pareja, se eligió separar la defensa para tener el doble de oportunidades de contrainterrogar, realizar preguntas, presentar recursos. La defensora se encontraba embarazada al momento de su elección como representante del procesado y de acuerdo con su dicho, en la entrevista manifestó que su elección fue a propósito, con el objetivo de generar empatía y bajarle el nivel de tensión que se sentía en las audiencias con la anterior defensa.
Entrevistas forenses	Se realizaron por los siguientes profesionales: - Psicóloga del Caivas - Medicina Legal - Policía CTI	En el Departamento del Atlántico se inician las investigaciones, las cuales continúan en la ciudad de Bogotá.
Atención psicológica al niño	A través de un centro de atención a la crisis	Se le realizaron 10 sesiones de acompañamiento.

VARIABLES		ASPECTOS RELEVANTES	OTROS ASPECTOS
TIEMPOS Y SESIONES DEL PROCEDIMIENTO PENAL	Investigación desde la presentación de la denuncia hasta la audiencia de imputación.	52 meses	En dichas sesiones el niño realizó dibujos donde plasma su representación de lo que ocurrió. Desde la investigación los presuntos responsables se vincularon al proceso a través de apoderado judicial.
	Audiencia de imputación hasta la audiencia preparatoria. N° de sesiones.	5 meses	En esta etapa el proceso va en apelación al Tribunal.
	Audiencia preparatoria. N° de sesiones.	10 meses	Se realizó en 8 sesiones la audiencia preparatoria.
	Audiencia de juicio. N° de sesiones.	20 meses	24 sesiones.
	Total de duración de todo el proceso	87 meses	Un total de 7, 25 años.
	Sobre el espacio físico	Las sesiones se realizaban cada vez en una sala diferente, podía coincidir en algunas sesiones con salas utilizadas con antelación.	Las puertas, salvo la sesión de recepción del testimonio del niño, siempre están abiertas, se escucha por lo tanto mucho ruido exterior, dificulta concentrarse especialmente para el público. Si las salas de audiencias están próximas a calles, se escucha el ruido exterior, carros, protestas, música. No hay un espacio para espera de los testigos, ni otros usuarios.
Sobre los recursos técnicos	No hay salas suficientes para la realización de videoconferencias.	Se dificultó la recepción de los testimonios en el Atlántico. Cuando no fue la falta de sala, fue la mala conexión a internet. En Bogotá solo hay 3 salas adecuadas para tal fin.	
Sobre la Cámara de Gesell	Así se denomina al espacio adecuado para recibir el testimonio de la víctima menor de 14 años.	Es importante precisar que se utiliza este nombre por las personas que hacen parte de este tipo de procesos, pero la adecuación de la sala realizada en los complejos judiciales de Colombia no responde al diseño de su creador, ni sigue los parámetros técnicos comúnmente aceptados. En el complejo judicial de Paloquemao solo se encuentra con un espacio para la realización de entrevistas a las víctimas menores de 14 años de un delito contra la libertad, integridad y formación sexual. La sala donde se realiza la entrevista cuenta con un sofá, un peluche situado en el suelo, las paredes no tienen ningún tipo de decoración y exactamente en diagonal, casi en frente del sofá, se encuentra situada la cámara de video que trasmite a la otra sala, desde donde están observando los demás la entrevista. Para la víctima es claro que lo están observando y/o grabando pues puede identificar la cámara fácilmente. La entrevista es realizada por el Defensor de Familia adscrito al complejo judicial. Este video se trasmite en forma instantánea a través de internet.	

Fuente: Autoría propia.

Procesamiento y análisis. Hallazgos, dificultades y opiniones de quienes participan en el procedimiento.

Todos los casos presentan circunstancias de tiempo, modo y lugares diversos, pero de la observación de varios de ellos se pueden considerar variables que afectan el procedimiento y pueden llegar a generar impunidad. En adelante se presentarán los aspectos analizados después de la observación, que permitieron recolectar la información durante el trabajo de campo.

Puntualidad. Las audiencias nunca se inician a tiempo, el tiempo de retardo en promedio oscila entre 30 y 60 minutos. Normalmente las que menos rango de demora tienen son las que se fijan a la hora de apertura para atención al público en los Juzgados, es decir, las que están programadas a las 8:00 a.m. Los retardos obedecen a:

Dificultad de consecución de sala, especialmente para videoconferencias y realización de Cámara de Gesell¹⁸. (De esta última, solo existe una para los 50 Juzgados)

- Demora en el traslado de los procesados.
- Problemas técnicos (audio, medios para videoconferencias).
- Retardo en la terminación de la audiencia anterior.

En el año 2018 existen en Bogotá, 57 Juzgados Penales del Circuito con funciones de conocimiento¹⁹. Los casos que se resuelven en tiempo récord son aquellos sobre los que más presión institucional y mediática generan.

Se puede traer a colación, como ejemplo de un caso que se resolvió en un tiempo relativamente corto, es el caso de feminicidio agravado en concurso heterogéneo con el delito de secuestro agravado y en concurso heterogéneo con el delito de acceso carnal violento agravado cometido en contra de la niña YASM²⁰.

El delito fue cometido el 4 de diciembre de 2016, se capturó al sospechoso el 6 de diciembre del mismo año, y se profirió sentencia de primera instancia por parte del Juzgado 35 penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá el 29 de marzo de 2017, es decir que el proceso desde la ocurrencia del delito solo tomo 115 días. Si se cuenta desde la fecha en que se presentó por parte de la Fiscalía General de la Nación escrito de acusación; la audiencia para dictar sentencia tardó 78

¹⁸ Espacio diseñado para recepcionar el testimonio de las víctimas menores de edad. En Colombia el Consejo de Estado, mediante fallo de 1 de agosto de 2016, radicación No. 200012331000200800263-01, se realizó un exhorto para que la Fiscalía General de la Nación implemente y adopte las medidas necesarias para instalar Cámaras de Gesell en todas las Direcciones Seccionales de la Fiscalía General de la Nación, así como todas las medidas técnicas pertinentes y conducentes para la adecuada recepción de los testimonios a los menores víctimas de delitos sexuales.

¹⁹ Datos tomados de la página del Consejo Superior de la Judicatura. Disponible en la web en: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2769583/3302315/TABLA+JDOS+2014.pdf/d4e579c7-e915-4476-a57b-6d36e38403ef>

²⁰ Yuliana Andrea Zamboni Muñoz.

días. Se precisa que en este caso el entonces procesado, hoy condenado, aceptó cargos luego de la formulación de acusación.²¹

Ruido. En las salas de audiencias, si bien son audibles las presentaciones, preguntas, intervenciones de todos los sujetos, no es fácil concentrarse pues las puertas de los recintos permanecen abiertas durante toda la audiencia, excepcionalmente se cierra cuando se va a realizar entrevista al niño víctima, por razones de orden público o en protección de algún derecho fundamental del procesado.

El ruido externo es permanente y se da esencialmente por las personas, bien sea porque hablan entre ellas, realizan llamadas, circulan por los pasillos, también cuando las salas de audiencias tienen ventanas hacia el exterior se escuchan ruidos de vehículos, peatones o establecimientos de comercio cercanos.

Juicio en sesiones. En la práctica el juicio que se realiza en el procedimiento penal en delitos sexuales cuando la víctima es una persona menor de 14 años se ha dividido en sesiones, una sesión es el período de tiempo en un día hábil que se dedica a realizar el juicio. En cada sesión se lleva a cabo alguno de los momentos del juicio.

Es decir, se parte de que el juicio no es susceptible de agotarse en un solo momento, razón por la cual el despacho determina de acuerdo con la agenda y programación de sus procesos sesiones para:

- Presentación de teoría del caso de las partes e inicio de la presentación probatoria por parte de la fiscalía.
- Inicio o continuación de la etapa probatoria a cargo de la Fiscalía e inicio de presentación de pruebas por parte de la defensa del procesado.
- Continuación de presentación de pruebas por parte de la defensa del procesado, o presentación de alegatos y sentido del fallo.

El juicio en casos que podrían catalogarse como sencillos, es decir aquellos en el que el acervo probatorio no es muy amplio, puede dividirse en al menos tres (3) sesiones, pero ante la presencia de variables como necesidad de utilización de la Cámara de Gessell, necesidad de recepción de

²¹ Información que puede consultarse en el expediente radicado No. 1100160000028201603772 NI 281049.

testimonios o peritajes por medio de videoconferencias, el tiempo aumenta, por las dificultades técnicas y de espacios que ya se han enunciado.

En ocasiones se requieren al menos dos sesiones más para la recolección de pruebas; es decir que el juicio puede requerirse al menos cinco (5) sesiones. Ahora la distancia entre una y otra sesión rara vez es inferior a 15 días, normalmente se toma de uno (1) a dos (2) meses entre cada sesión en el mejor de los casos, tiempo que además puede verse afectado porque llegada la fecha se deba suspender y/o no realizar la audiencia por solicitudes de los sujetos o imposibilidad de realización de la misma. La anterior división no es estricta, pero se desarrollan así la mayor parte de los juicios. La división por sesiones se concibe como algo normal del proceso y se distingue de la suspensión ya que esta última implica que la sesión citada no puede realizarse. Un juicio podría durar aproximadamente de 3 a 12 meses. Se desglosa el escenario y sus variables en la siguiente tabla.

Tabla 11. División del juicio por sesiones.

	Sesiones	Tiempo estimado en meses entre sesiones		Suspensiones	
		1 mes	2 meses	1 vez	2 veces
Juicio	Presentación teoría del caso y pruebas	X	-	-	-
		-	X	-	-
		X	-	X	-
		-	X	X	-
		X	-	-	X
		-	X	-	X
	Inicio o continuación de etapa probatoria fiscalía y/o defensa	X	-	-	-
		-	X	-	-
		X	-	X	-
		-	X	X	-
		X	-	-	X
		-	X	-	X
	Continuación de presentación de pruebas y alegatos	X	-	-	-
		-	X	-	-
		X	-	X	-
		-	X	X	-
		X	-	-	X
		-	X	-	X

Tiempos únicamente calculados para etapa de juicio. La duración entonces de todo el procedimiento deberá calcularse conforme al número de sesiones que se realicen en los diferentes momentos procesales.

Tiempos en que puede tomarse el juicio teniendo en cuenta si se suspende o no	Escenario 1. Color azul	Sesiones una cada mes. Total juicio: 3 meses.
	Escenario 2. Color Verde	Sesiones cada dos meses. Total juicio: 6 meses
	Escenario 3. Color Amarillo	Sesiones cada mes con una suspensión. Total juicio: 6 meses.
	Escenario 4. Color Naranja.	Sesiones cada dos meses con una suspensión en C/sesión. Total juicio: 9 meses.
	Escenario 5. Color Gris	Sesiones cada mes con dos suspensiones en C/sesión. Total juicio: 9 meses
	Escenario 6. Color Lila	Sesiones cada dos meses con dos suspensiones. Total juicio: 12 meses
<i>Es factible que las suspensiones sean por tres o cuatro meses, dependiendo del volumen de procesos que lleva el despacho o de la prioridad que se le da a otros casos.</i>		

Fuente: Autoría propia.

Público en las audiencias. No es común ver en las audiencias a personas que no tengan alguna relación con el proceso o con personas involucradas en él, en ocasiones los abogados, investigadores o personas que esperan otras audiencias se acercan a observar algún juicio en curso, mientras son llamados a sus respectivas sesiones.

Muchas sesiones de audiencia se llevan a cabo en solitario, es decir, sin la presencia de público, en caso de que asista público normalmente son familiares o amigos de los procesados, como algunos los mencionaron de forma espontánea, es una oportunidad para ver a su ser querido fuera de la cárcel, además de ser un apoyo²².

Por otro lado, no es común ver a los familiares de la víctima presentes en las sesiones y cuando concurren es más bien porque tienen que rendir su testimonio, no es posible, ni es objeto de esta tesis establecer el porqué, pero podría plantearse que esto ocurre por la edad de la víctima, algunos familiares les cuesta escuchar lo ocurrido, siendo así no asistir es una forma de negación y de superar lo ocurrido, aunque también podría considerarse que ocurre el fenómeno de cansancio, la suspensión, los retardos y las vicisitudes procesales pueden llevar al agotamiento por parte de los denunciantes,

²² Durante la asistencia a las sesiones de juicio, los asistentes regulares a la audiencia se familiarizan y empatizan con el observador, por ello fue una circunstancia común que luego de varias sesiones se acercaron a preguntar si formaba parte del equipo de la defensa o de la fiscalía, porque veían que tomaba notas o interactuaba al inicio, en los recesos o al terminar la audiencia con estos sujetos.

máxime cuando no están obligados a ir, lo que sí ocurre con el procesado. El público no abogado o funcionario del sistema de administración de justicia puede no llegar a comprender la organización del procedimiento.

Espacios. En cuanto a los lugares físicos donde se desarrollan los procesos, es importante determinar que no existen espacios adecuados para que los testigos, peritos o investigadores esperen mientras son llamados a la audiencia, normalmente esperan fuera de las salas, pero cuando ocasionalmente algún miembro de la policía que hace presencia en el complejo judicial los solicita, las personas que están en los pasillos se trasladan al espacio cercano a las escaleras donde sus conversaciones no afecten el desarrollo de las audiencias.

En cualquiera de estos lugares, hace falta un espacio adecuado para la espera de personas que participarán en el proceso. No existe siquiera una cafetería o lugar de descanso donde puedan esperar. Sí los testigos se encuentran fuera de la sala, pueden escuchar lo que ocurre al interior.

Por otro lado, no existe para los niños, niñas y adolescentes que concurren al proceso, especialmente como víctimas, un espacio adecuado para su permanencia, deben ingresar y transitar por los mismos lugares que cualquier otra persona que ingresa al complejo judicial, por lo mismo, corre el riesgo de encontrarse en los pasillos y escaleras con el procesado y sus familiares.

El delito. Los delitos contra la libertad integridad y formación sexual son delitos muy solitarios, es decir; no existe un seguimiento público de los mismos y el acompañamiento al desarrollo del proceso realmente es muy poco, uno de los factores que podrían explicarlo es la no realización de las audiencias de forma consecutiva y las continuas suspensiones.

Excepcionalmente cuando el delito, por la forma como se realizó o por la persona que se acusa de cometer el delito son impactantes, reciben atención del público, potenciado primordialmente por los medios de comunicación, quienes suministran información constante cuando el caso les es de interés y van generando en el público sensaciones de rechazo, también puede ocurrir que alguna institución o persona en concreto quiera beneficiarse y dé a conocer el caso y asuma su acompañamiento como una causa que le puede generar réditos, no en el sentido económico, pero sí en el aspecto de figuración pública.

El procedimiento. En sistemas acusatorios o de tendencia acusatoria es natural que el proceso se divida en sesiones, todo depende del acervo probatorio con que se cuente para el desarrollo de ese determinado proceso, pero de la permanencia en el complejo judicial, observación y seguimiento a los procedimientos, existe una ruptura del principio de inmediación y concentración del proceso, ya que el juicio no se realiza en una audiencia continua o en días consecutivos, en muchas ocasiones ni siquiera en el término de 30 días después de la primera suspensión, tal como lo determina el artículo 16 y 17 del Código de Procedimiento Penal.

Así mismo, las partes en el juicio hacen uso de las llamadas estipulaciones probatorias, acordando que no se debatirán algunos aspectos, considerándolos probados, hechos que generan economía procesal, pero realmente en la práctica las llamadas estipulaciones suelen ser las mismas, plena identidad del procesado y víctima y documentos que *per se* son públicos, es un desgaste vincularlos y estipularlos, pues de antemano el sistema debería considerarlos válidos.

Las reglas especiales establecidas en el Código de infancia y adolescencia y que fueron enunciadas en la primera parte de este escrito se cumplen parcialmente en el escenario del procedimiento penal; no existe un criterio definido en todos los despachos, esto especialmente en cuanto a la detención en un centro de reclusión; en algunos casos ésta no es decretada y el procesado se encuentra en libertad, no se aplican los principios del código de infancia y adolescencia como interés superior, prevalencia de derechos y protección integral, se olvidan toda vez que el proceso penal, o mejor el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado se enfoca principalmente en el procesado.

En ninguno de los procesos observados se inició, a continuidad del proceso, el incidente de reparación integral, aun cuando el artículo 197 del Código de Infancia y Adolescencia se puede iniciar incluso de oficio en los procesos penales. Tentativamente podría decirse que esto ocurre por la congestión de la justicia y la sobrecarga laboral de los funcionarios de la fiscalía quienes proceden a continuar con otros procesos y no desgastarse en dicho incidente.

Entonces, puede afirmarse que en el procedimiento penal la única pretensión que puede lograrse es la sanción de los responsables, pero no el restablecimiento pleno de los derechos de la víctima menor de 14 años y por consiguiente no se indemnizan los perjuicios, esto constituye entonces un

incumplimiento de los criterios²³ que el legislador instó a desarrollar en el proceso judicial cuando los niños, niñas y adolescentes son víctimas de delitos.

No se da prioridad a las actuaciones, pues de las suspensiones y prolongación en el tiempo de las mismas se puede deducir válidamente este hecho. Así mismo, no se hace una vinculación y exigencia a los padres para que concurran al proceso.

No se evidencia en el proceso que se vincule al Defensor de Familia de la localidad donde vive el niño para que realice un seguimiento, la participación de los defensores de familia en estos casos está supeditada al acompañamiento en la recepción de los testimonios de la víctima. No se verifica el decreto de oficio por parte del juez, ni la petición por otros sujetos de las medidas especiales para la protección de la víctima, estas solo se decretan si son solicitadas expresamente por un sujeto o los representantes legales, así como tampoco se decretan las medidas cautelares que garanticen la indemnización de perjuicios.

Eventualmente se cumple la detención preventiva, no aplicación del principio de oportunidad, no participación de la víctima menor de 14 años en el proceso y la recepción de su testimonio en un espacio diferente y con la autoridad especializada que garantice al menos que no se enfrentará al agresor, así como también el no otorgamiento de subrogados o beneficios diferentes a los reconocidos como derechos.

Uso de herramientas o espacios diseñados para el recaudo probatorio. Por la víctima, como ya se ha mencionado, el procedimiento debe tener en cuenta que el testimonio se recauda en un espacio especial, denominado comúnmente Cámara de Gesell. Éste se entiende como un espacio que permite la recaudación-observación simultánea del testimonio de la víctima, sin que esta última tenga plena conciencia de que es observado por los demás sujetos.

En el sistema judicial colombiano se realizó una adecuación y la entrevista se efectúa en otro espacio que no permite la observación directa de la misma, sino a través de video, es decir que el espacio se encuentra distante de la sala de audiencias, y puede observarse solamente mediante la transmisión en vivo en una pantalla de televisión. Fue la ley 1652 de 2013 la que estableció

²³ Se encuentran contenidos en el artículo 193 del Código de Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006.

la necesidad del uso de la Cámara de Gesell o un espacio físico acondicionado para la recepción del testimonio de una víctima menor de edad.

Los complejos judiciales no cuentan con un número amplio de Cámaras de Gesell ¿Cómo debe ser la Cámara de Gesell?, “Básicamente la Cámara de Gesell consiste en dos habitaciones con una pared divisoria en la que hay un vidrio espejado (solo permite la visión en un solo sentido) de gran tamaño que permite ver lo que ocurre en una de las habitaciones donde se realiza la entrevista, pero no al revés.”²⁴

En Colombia se denomina Cámara de Gesell a un espacio físico²⁵ acondicionado para la recepción de testimonios de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, pero realmente este espacio dista mucho de la descripción realizada en el párrafo anterior, pues como se dijo es un espacio distante de la sala de audiencias y su observación se hace mediante cámaras de video, adicionalmente el espacio es limitado y como no existen suficientes espacios acondicionados para este fin se congestionan las entrevistas y se debe esperar a obtener un turno para su uso.²⁶

Un ejemplo de la necesidad de contar con espacios físicos adecuados, es el llamado que en diciembre de 2016 le realizara el Consejo de Estado²⁷ a la Fiscalía General de la Nación, para que adoptara las medidas conducentes, destinadas a implementar e instalar gradual y

²⁴ Es un espacio que “Arnold Gesell creó para ver la conducta de los chicos sin que estos se sintieran presionados al ser observados. El relato del menor debe llevarse a cabo en un ambiente físico especialmente diseñado para lograr mayor comodidad y seguridad del mismo.” Pintos, Nelson Fernando, “La Cámara de Gesell como medio de prueba en los delitos de abuso sexual a menores de edad”. Trabajo de grado Universidad Siglo 21, Argentina. Disponible en:

<https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/12037/Pintos%2c%20Nelson%20Fernando.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Consultado por última vez: 22 de junio de 2018. 10:33 a.m.

²⁵ Tenemos entonces que ésta debe encontrarse aislada de la sala de audiencias, con una puerta de ingreso diferente y que se une mediante un espejo falso que permite que desde la sala de audiencias donde están los sujetos procesales, puedan observar la entrevista, en el interior de la sala se debe disponer un lugar agradable y cálido para el niño, niña o adolescente, aunque no necesariamente decorado, están dispuestas cámaras y micrófonos escondidos con el fin de que se pueda grabar la audiencia y así mismo desde un monitor exterior los observadores puedan tener diferentes ángulos de la entrevista.

²⁶ En Bogotá solo existe un cuarto adecuado para la recepción del testimonio al que se llama Cámara de Gesell, pero dista mucho de la propuesta planteada por su creador. Este cuarto tiene un sofá, un tapete, un peluche en forma de oso. La cámara que graba al niño y trasmite a la sala de videoconferencia donde los demás observan se encuentra visible y el niño puede observarla fácilmente, así mismo la psicóloga que recepciona el testimonio lo hace con unos audífonos de gran tamaño que también pueden ser observados por el menor, estos audífonos los lleva para escuchar las preguntas que le plantean desde la sala.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, sección tercera, subvención B, Consejero ponente; Ramiro Pazos Guerrero, expediente 42376, bajo radicado No, 06-12-2016200012331000200800263-01.

progresivamente la Cámara de Gesell en todas las Direcciones Seccionales de la Fiscalía General de la Nación donde se ventilen denuncias de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, así como el protocolo unificado para la realización de entrevistas, esto porque encuentra el Consejo de Estado que en casos donde se ventilan estos delitos aún se realizan prácticas vulneradoras de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, lo cual va en contra del deber de protección que se le exige al Estado.

Los espacios para videoconferencias. En los casos en los que existe impedimento de los testigos para concurrir a la audiencia se puede practicar la prueba mediante sistema de audio video de conformidad con el artículo 386 del Código de Procedimiento Penal. Pero ello implica que en el complejo judicial existan los espacios, mecanismos y herramientas necesarias para la recaudación del testimonio por estos medios, se encontró en la participación en las audiencias que no están dispuestos para este fin los recursos técnicos suficientes.

Lo anterior en ocasiones se constituye en un obstáculo para la realización de la audiencia sin solución de continuidad y también un agotamiento de los testigos que son citados y cuyo testimonio no se puede recaudar por las dificultades técnicas que se presentan.²⁸

En cuanto a los sujetos que participan en la audiencia. Sin generalizar en este aspecto, se tratará de resaltar lo observado desde un enfoque tanto positivo como negativo la labor de la defensa del procesado y de los fiscales. Iniciando con la defensa del procesado lo primero que debe resaltarse es la clara diferencia que existe entre la defensa pública, es decir; aquella provista por el Estado para garantizar los derechos fundamentales del procesado y la defensa de confianza; entendida como aquella que se procura el procesado con sus propios recursos.

Se distinguen las anteriores, pues en la defensa pública se dificulta la recaudación probatoria, ya que para ello se requieren la utilización de profesionales investigadores y peritos que apoyen las acciones de investigación de la defensa y el defensor público no cuenta con recursos destinados específicamente para ejercer la defensa en su caso, sino que debe acudir a los investigadores vinculados al sistema de defensoría pública, siendo a criterio de los entrevistados, insuficientes para

²⁸ En la ciudad de Bogotá por ejemplo, solo existen tres salas adecuadas para realización de videoconferencias, su uso debe distribuirse entre los 57 Juzgados existentes en el Complejo Judicial de Paloquehao.

el volumen de procesos penales que se desarrollan día a día en el sistema penal de tendencia acusatoria.

Por lo tanto existe una dificultad que puede tornarse en imposibilidad de acceder a los medios de prueba por parte de la defensoría pública. Cosa que no ocurre cuando el procesado dispone de los recursos económicos para sufragar la investigación y obtener medios de prueba que pueden ser presentados y rebatidos en el respectivo juicio.

Así mismo, se encuentra una importante dificultad ya que el sistema penal de tendencia acusatoria no obliga a investigar lo favorable al procesado, sino a que, de encontrar pruebas favorables, estas se pongan a disposición de su defensa,²⁹ hecho que no se considera inconstitucional, sino un cambio con el modelo anterior. No siendo entonces de la génesis de la Fiscalía la investigación de lo favorable, hecho que realmente a quien afecta no es al procesado que cuenta con los recursos para pagar la investigación, sino para aquellos que no.

La soledad que acompaña a la defensa del procesado. Un elemento interesante frente a la defensa del procesado y que surgió de las entrevistas, es que la defensa del procesado se considera abandonada y solitaria dentro del proceso, pues en delitos cometidos contra de personas menores de 14 años suelen participar muchas instituciones que acompañan a la víctima, como son la Fiscalía, defensoría de víctimas, ministerio público, este último si bien en concreto no tiene un rol específico en consideración de los sujetos sino en pro de las garantías procesales, se le vincula más del lado de la víctima, caso contrario se considera que el procesado se encuentra solo dentro del proceso.

²⁹ Al respecto la Corte Constitucional determinó: “La investigación adelantada por la Fiscalía se enfoca primordialmente a desmontar la presunción de inocencia que ampara al individuo objeto de investigación, lo que no significa que, de hallarse evidencia que resulte favorable a los intereses del mismo, ésta deba ser puesta a disposición de la defensa. En suma, mientras el sistema procesal penal derogado obliga al ente de investigación a recaudar pruebas favorables al procesado, el segundo lo obliga a ponerlas a disposición de la defensa en caso de encontrarlas, lo cual significa un evidente y sensible cambio en el énfasis de dicho compromiso. De igual manera, el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculporias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable.” Corte Constitucional, sentencia C – 1194 de 2005, Magistrado Ponente 22 de noviembre de 2005.

Se recuerda que previamente se mencionó que en el proceso pueden estar presentes la Defensoría de Familia, la representación de la víctima y el representante del Ministerio público, entidades convocadas bien sea por el despacho, o bien por las propias víctimas.

Indiscutiblemente, de encontrarse en el proceso algunas de las entidades o personas mencionadas, estas apoyan principalmente la labor de la Fiscalía pues sus intervenciones en muchos casos la complementan y le indican al Juez aspectos o bien que consideran relevantes pero que no se han profundizado o refuerzan los que ya se han presentado. Principalmente se observó que en las audiencias donde participó la defensa de víctimas, su participación reforzaba la actuación de la fiscalía.

La fiscalía, sobrecarga laboral. Fue un común denominador en los entrevistados que el volumen de procesos y funciones que deben cumplir lleva a que no puedan asumir con total atención todas las responsabilidades que se espera de ellos. Sin entrar a considerar si la sobrecarga es real o no, partiendo de su existencia lo que sí es claro es que la calidad de la función realizada por estos funcionarios bajo esta afirmación sí es una realidad.

En diversos escenarios se ha planteado la necesidad de aumentar los recursos humanos que proveen servicios judiciales, entre ellos la Fiscalía; autores como Uprimny mencionan que ello no solo obedece a la sobrecarga de trabajo, sino también a que: “(...) la resolución de casos difíciles o graves necesita de más tiempo” (Uprimny et al, 2006, 263).

Respecto a lo anterior, los casos donde están involucrados niños, niñas y adolescentes y especialmente como víctimas de delitos sexuales, como veremos, obliga a considerar reglas especiales de procedimiento desde la investigación y hasta terminar el juzgamiento, ello comporta una dedicación mayor de los funcionarios, quienes también dependen de los tiempos y los términos de otros como por ejemplo la defensa de oficio, o funcionarios que deben acudir como peritos expertos a los juicios.

Por ejemplo, implica una gran dificultad que un médico forense haya rendido un dictamen, pero luego dicho médico ya se encuentre desvinculado de la institución cuando deba concurrir al juicio para rendir su experticia. Es claro que estas circunstancias afectan el desarrollo del proceso.

De la observación se pudo concluir que en muchas ocasiones la Fiscalía llega a la audiencia a preparar la misma, por ejemplo, en las presentaciones de la teoría del caso esto se hizo evidente por cuanto en ocasiones los hechos que se planteaban se encontraban incompletos en sus aspectos sustanciales o se contradecían con los hechos narrados con posterioridad por los testigos principales, especialmente con el testimonio de quien interpuso la denuncia.

Igualmente, se verificaba que cuando se iniciaba el recaudo probatorio la Fiscalía informaba que no había podido localizar sus testigos, aun cuando la fecha estaba fijada con antelación no menor a quince días.

Ahora, el análisis de este aspecto no puede desconocer que no existen incentivos por el trabajo realizado, descansos, reconocimiento del trabajo. En ocasiones los funcionarios salen de una audiencia y deben rápidamente desplazarse para el inicio de la siguiente, lo cual impide que puedan realizar descansos o pausas activas y que les permitan mantener un estado de ánimo adecuado para asumir sus funciones. Indagados los funcionarios y verificado en los manuales y medios técnicos de la Fiscalía General de la Nación, no se encuentra evidencia de un programa para contrarrestar o disminuir los efectos de agotamiento.

De la observación y las entrevistas se concluye que el Estado tiene el deber de identificar los riesgos psicosociales, estrés y demás consecuencias que por la temática y la carga laboral están expuestos sus funcionarios, con el fin de implementar acciones para disminuir estos efectos y fortalecer el desarrollo de su trabajo.

Esto aplica en el mismo sentido para los defensores públicos y jueces. Para mejorar la eficacia del sistema no solo debe pensarse en la prevención de los delitos, sino también en las condiciones que deben predominar en la administración de justicia para que se resuelvan oportunamente los procesos, garantizando los derechos de todos los que participan de él, bien sea como usuarios, funcionarios, abogados litigantes, procesados y cualesquiera otra persona que acuda o participe en los procedimientos.³⁰

³⁰ En el complejo judicial de Paloquemao no existe un espacio de descanso para los funcionarios, ni una cafetería, deben o acceder a máquinas dispensadoras, o salir del complejo.

La víctima. En este tipo de procesos existe una sobre exposición judicial de la víctima, si bien esta no participa en el proceso sino cuando se ordena la recepción de su testimonio en el espacio dispuesto para tal fin, sí se ve sometida a las demoras del sistema, suspensiones de audiencias, pero primordialmente a que sea entrevistada por diferentes personas en el curso de toda la experiencia en el sistema de administración de justicia.

Se encuentra que las personas menores de 14 años son entrevistadas luego de presentada la denuncia o conocido el hecho por alguna autoridad, pero que esta no será la única vez que ocurra en el curso de todo el caso, normalmente ocurre que la víctima es entrevistada por las siguientes personas: el médico de medicina legal y ciencias forenses, el psicólogo forense, el funcionario entrevistador del CTI, el defensor de familia, así como también, en los casos de que los padres dan el consentimiento, por los expertos que contrate la defensa del procesado.

Se encuentra que al menos en tres ocasiones diferentes y por personas diferentes se indaga a la víctima acerca de lo ocurrido. Pero en muchos casos, la víctima es indagada acerca de lo que pasó también en su EPS, institución educativa y psicólogo particular.

Cuando un niño llega al proceso a ser entrevistado, ya se encuentra agotado por la sobre exposición a la que ha sido sometido. Pero las autoridades justifican este hecho por la necesidad de realizar el recaudo probatorio y se dice que no hay revictimización pues realmente en el procedimiento solo se entrevista una vez. Esto último es lo que para los funcionarios garantiza que no ha existido revictimización pues no se realiza una entrevista, lo cual es relativamente cierto, si solo se verifica la entrevista que se realiza en la etapa de juicio.

Por lo anterior, se puede concluir de la observación del procedimiento, que lo establecido en la ley 1652 de 2013, respecto a que la entrevista forense es excepcional y se debe realizar en los casos estrictamente necesarios, no se cumple, pues se realiza más de una entrevista, solo que se cuenta para efectos de defender el cumplimiento de la ley como única entrevista la que se realiza en etapa de juicio.

Con respecto a lo que se afirmó arriba, si bien no se profundizó en las consecuencias de la sobresaturación de entrevistas a la víctima en la investigación, este hecho puede constituirse en una de las razones por las cuales opera el fenómeno de la retractación de la víctima en el proceso.

A lo anterior se suma lo ya dicho respecto de que no existe un lugar adecuado para la recepción del testimonio, así como también que la víctima está expuesta a transitar por los lugares donde se realizan las demás audiencias, el ingreso es el mismo que los familiares del procesado e incluso del mismo procesado cuando no se encuentra privado de la libertad.

Se señala que los familiares de las víctimas con quienes se dialogó en el transcurso de las audiencias mencionan que, en muchas ocasiones, por desconocimiento del lenguaje que se utiliza, no comprenden las audiencias y así mismo no es fácil resolver las dudas, pues los funcionarios no tienen mucho tiempo para atenderlos y explicarles en un lenguaje más sencillo lo que ocurre, así como tampoco el curso del proceso.

Estrategias y argumentos de la defensa.

De las entrevistas, la observación de las audiencias, así como de la lectura de las jurisprudencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se evidencia la importancia de los abogados de la defensa en la gestión de los procesos penales en este tipo de delitos, cuando son abogados de oficio, el cúmulo de trabajo dificulta su asistencia a todas las audiencias programadas, pues se pueden cruzar con otras, los abogados de confianza pueden demorar el trámite como una estrategia para desgastar al sistema judicial cuando su prohijado no tiene nada que perder en el proceso y por los mismos defectos que se pueden presentar, podría obtener por ejemplo, la prescripción de la acción.

La importancia de los abogados radica en que su gestión afecta significativamente el proceso. Dice Uprimny:

“Los abogados son una pieza importante del sector jurisdiccional de la Rama Judicial. La gestión de la rama se afecta cuando estos no atienden a las necesidades jurídicas de los ciudadanos y, también, cuando no existe un control efectivo de la formación jurídica y la calidad de sus servicios.” (Uprimny et al,2006: 255).

A través de la observación del procedimiento, así como de la lectura de varias sentencias de casación³¹ donde se discutían aspectos vinculados a los delitos contra la libertad, integridad y

³¹ Al final se presenta un anexo con la relación de jurisprudencia que se tuvo en cuenta para el análisis de este aspecto.

formación sexual, se pudieron identificar las estrategias y argumentos que los defensores del procesado utilizan durante el juicio.

A continuación se presentarán agrupados por afinidad temática y posterior a ello podrá realizarse un análisis en pro de identificar aquellos de los cuales permiten la revictimización y aluden a criterios que culpabilizan a la víctima aun cuando no son sus acciones las que se cuestionan en el curso de un proceso judicial, teniendo en cuenta que a los menores de 14 años se les niega el ejercicio de su libertad sexual, siendo así la conducta que se considera juzgada es la del procesado al trasgredir esa libertad. Estos son:

- Argumentos vinculados a la personalidad y comportamiento social de la víctima.
 - Personalidad proclive a la mentira.
 - Falta de capacidad analítica de la víctima.
 - Iniciación precoz de la víctima a la vida sexual.
 - La víctima permanecía mucho tiempo en la calle, fuera de su hogar.
 - El comportamiento de la víctima no era adecuado para su edad.
 - Actividad sexual anterior a los hechos.
 - El (la) menor tenía pareja/novio(a).
 - Libertinaje de la víctima. Probada experiencia de la víctima en el campo sexual.
 - La víctima era consciente del resultado de sus acciones.

- Argumentos referidos al testimonio de la víctima.
 - Existen contradicciones en el testimonio de la víctima.
 - Falta de credibilidad del testimonio. La víctima fue preparada para la diligencia, por lo que es una ofendida sospechosa. La víctima fue influenciada para rendir su versión.
 - Tergiversación del testimonio de la víctima por parte del denunciante.
 - Falta de validez probatoria del testimonio de la víctima.
 - La entrevista de la ofendida no contiene una verdad irrefutable por ser una persona vulnerable.
 - Incoherencia del relato de la víctima.
 - La reacción de la víctima fue tranquila, no manifestó emociones cuando rindió su testimonio.

- La víctima guardó silencio cuando se le preguntó en el proceso nuevamente. Actitud evasiva en un nuevo testimonio. La víctima no concurrió al juicio.
- Imputaciones falsas por odio hacia el ofensor, no dejaba salir a la víctima, era estricto.
- Contradicciones entre el testimonio de la víctima y él o la denunciante.
- El testimonio es desacertado porque la víctima no tiene facultades plenas de discernimiento. El testimonio no es creíble por la minoría de edad de la víctima.
- El exceso de entrevistas vicia la prueba ya que se convierte en una lección aprendida.
- La víctima no tiene claridad de lo ocurrido. La víctima no tiene claridad del lugar donde ocurrieron los hechos. El o la menor no tiene claros los períodos en los que ocurrió el abuso sexual
- El tono emocional de la víctima no refleja enojo ni tristeza, no es una conducta asociada a delitos sexuales.
- Capacidad de inventar los hechos con el propósito de castigar al agresor.
- Inexactitud en los tiempos y/o distancias. Del testimonio no se puede obtener claridad de cuándo ocurrió y dónde.
 - Argumentos referidos al entorno familiar de la víctima y denunciante.
- Patrocinio de la familia para las relaciones sexuales, la familia conocía de la relación entre el procesado y la víctima.
- Mala relación entre procesado y familiares del menor.
- Niños son fácilmente manipulables y pueden distorsionar la verdad.
- La víctima fue influenciada por personas interesadas en el resultado del proceso. Influencia de un tercero, los familiares y allegados de la víctima. Víctima mintió influenciada por uno de sus padres.
- La víctima fue presionada por los adultos.
- Los hechos son una aseveración tendenciosa e infundada por parte de los familiares y allegados de la víctima.
- Interés torcido del denunciante para iniciar la acción.
- Temor del cuidador a perder custodia de la víctima.
- Manipulación de la madre hacia la víctima. Celos de la madre de la víctima que la llevaron a acusar falsamente al agresor.
- Interés del testigo en los resultados del proceso.

- La víctima por celos atribuye un delito al acusado.
 - Argumentos referidos a las pruebas, su recolección y valoración.

- Preguntas sugestivas en las entrevistas forenses. La entrevistadora insistió en las preguntas y orientó las respuestas. Insinuación en las entrevistas que hicieron señalar al acusado. La entrevista forense fue caprichosa.
- Fundamento del proceso está exclusivamente cimentado en testigos de referencia.
- Falta de moralidad de los testigos.
- Del examen sexológico no se puede determinar con certeza absoluta el momento cuando se desgarró el himen, por lo tanto, se pudo sostener relaciones sexuales con otro.
- No se realizó la entrevista de forma técnica, tiempo breve para dimensionar la existencia real de una afectación psicológica.
- Sobredimensión de los testimonios por parte del juez.
- Inexistencia de la prueba de acceso carnal, pues no hay huellas en el cuerpo de la víctima. En los exámenes no se evidencian huellas del abuso sexual. No hay daño clínico al infante.
- El relato de la víctima no es explícito.
- El resultado se concentra en el concepto del perito y no en el testimonio de la víctima allí consignado.
- En las entrevistas y en el testimonio no se siguieron técnicas desarrolladas por la literatura especializada.
 - Argumentos referidos al comportamiento del procesado en sociedad.

- El acusado no tenía comportamientos indicativos de agresor.
- El comportamiento constituye injuria por vía de hecho.
- El acusado es un hombre de familia, honrado y tiene hijos pequeños.
- El procesado es una persona de bien y no tiene trastorno psicológico alguno.
- Ejemplar conducta laboral y social del procesado.
 - Argumentos referidos a los hechos.

- Las circunstancias que llevaron al inicio del proceso son producto de conjeturas.

- No hay identidad en todas las versiones rendidas por la víctima. Se agregan hechos nuevos en cada entrevista.
- El comportamiento que se endilga al procesado no es suficiente para procesarlo.
- Falta de certeza. No se logra desvirtuar la presunción de inocencia.
- No es posible tocar partes del cuerpo que aún no se han desarrollado (senos).
- La menor regresó al lugar de los hechos.
- Distorsión del contenido fáctico del testimonio de la víctima para adecuar una situación constitutiva de acto sexual o acceso carnal.

Para el análisis de los anteriores argumentos, lo primero que debe indicarse es que las acciones constitutivas de abuso sexual normalmente ocurren en un ámbito privado, es decir, que no es común la presencia de testigos directos de los hechos que puedan manifestar con plena certeza que estos ocurrieron.

Siendo así la certeza la da el testimonio de la víctima, el cual debe ser analizado conforme a la edad, sexo, condición social de la misma, ya que no es igual un testimonio que pueda rendir un menor de 3 años que no tiene desarrollado su vocabulario, un menor de 5 años que no ha asistido a instituciones educativas y por lo tanto no puede expresarse con palabras más precisas, así mismo por la vergüenza que media en este tipo de acciones, por lo tanto no puede evaluarse o pedirse en estos testimonios una claridad plena acerca de los hechos, ni la identificación clara de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron.

Como puede verse de la relación hecha arriba, muchas de las estrategias del litigio aún están conducidas por argumentos relativos a desacreditar y culpabilizar a la víctima, en las audiencias observadas siempre existió al menos un argumento en relación con el testimonio, comportamiento de la víctima e imposibilidad de que se diera la conducta pues no se tiene conciencia exacta de la ocurrencia de los hechos. Lo cierto en todos estos argumentos es que el derecho no ha podido resolver en diferentes escenarios los problemas materiales de los niños, principalmente su vulnerabilidad.

En la práctica, los procedimientos penales aún no logran la finalidad de restablecimiento que plantea la Ley de Infancia y Adolescencia, así como tampoco el mandato de garantía de los derechos de las víctimas -artículo 11 de la ley 906 de 2004- y el de restablecimiento del derecho

contenido en el procedimiento penal –artículo 22, ley 906 de 2004–, este último, como se ha dicho, insta a la Fiscalía General de la Nación y a los jueces a que adopten las medidas necesarias para que se restablezcan los derechos quebrantados con independencia de la responsabilidad penal, incluso el hecho de que la víctima sea vinculada al proceso y se le haya sobre expuesto judicialmente ya es un hecho que exige un pronunciamiento por parte de quienes administran justicia en estos casos. Estas directrices contenidas en los dos estatutos jurídicos se han flexibilizado.

Lo cual no implica necesariamente una responsabilidad de los funcionarios de la rama judicial, sino la consideración de que el actual diseño normativo e institucional no está destinado realmente al restablecimiento, siendo así, el derecho debe orientarse hacia el desarrollo de estrategias legales que conduzcan al mejoramiento de la protección de los menores de 14 años que han sido víctimas de delitos contra su libertad, integridad y formación sexual.

Cuando se observa la aplicación de la norma, esto es, cómo se interpreta en su escenario natural, sometida al individuo y al medio, se constata que el legislador no logró desarrollar una conciencia exacta de los límites a los que ésta se enfrenta, entre ellos a la necesidad de fortalecer el recurso humano encargado de su aplicación, así como del mejoramiento de los recursos físicos, para alcanzar el efecto deseado y las expectativas puestas en la norma, siendo así no se puede esperar que con la mera construcción conceptual sea suficiente.

En el transcurso de la investigación se encuentran datos e información que no sería posible evidenciar sino con la presencia del observador en el curso de las sesiones en las que se desarrolla el juicio, así mismo sin el contacto directo con los sujetos que hacen parte de él. Es importante, previo a realizar un análisis de este, especificar que en el transcurso de la investigación una de las dificultades más importantes es la división del juicio en sesiones que no se realizaban en días consecutivos, sino que estaban suspendidas en el tiempo por período de uno o varios meses. Esto llevó a que, paralelo a la observación directa, se buscaran otras alternativas, como observación de audiencias video grabadas, lectura de sentencias de la Corte Suprema de Justicia y precisamente la realización de entrevistas.

Para identificar los argumentos más comunes y las estrategias de los abogados litigantes se acudió precisamente a las entrevistas y análisis de sentencias de casación, en donde concretamente se identificaron dichos aspectos con independencia de si el procesado fue condenado o no, así como de

las razones por las cuales la Corte conoció de los procesos en los que el delito era contra la libertad, integridad y formación sexual de un niño, niña o adolescente.

1.5 Conclusiones

Teniendo en cuenta que en la introducción del capítulo se partió de la consideración del proceso como un rizoma, se tuvo en cuenta que el proceso encierra en sí mismo una multiplicidad de raíces, tiene relación con otras áreas del derecho complementarias a la penal, que se conectan a él sin cambiar su naturaleza. “Todo rizoma comprende líneas de segmentalidad según las cuales está estratificado, territorializado, organizados, significado, atribuido, etc.; pero también líneas de desterritorialización según las cuales se escapa sin cesar”. (Deleuze & Guattari, 2002:15).

Básicamente, se consideró que el derecho procesal penal está en constante conexión con otros derechos, los cuales resuenan y repercuten en él, debido que se limitan la realización de actos procesales, por ejemplo, cuando en virtud de las normas de infancia y adolescencia se prohíbe para evitar revictimización, que las personas menores de 14 años concurren de forma directa al escenario del juicio, y obliga a limitar su participación a un espacio donde no se le someta al enfrentamiento público con su presunto agresor, así como con los otros sujetos que interactúan en dicho espacio, lo cual puede ser extraño para quienes no están en contacto frecuente con el proceso, pero se da en razón a que “la cuestión judicial debe nutrirse también de datos que provienen de otras disciplinas.” (Zaffaroni, 1994: 2).

A partir de esta consideración, constituye una aporía pensar que a través del proceso penal y del aumento de las penas se soluciona el fenómeno del abuso sexual infantil. El legislador penal, así como los operadores jurídicos, no interpretan el derecho procesal penal como un factor que agrava el tratamiento del delito, pues justifica de un lado la acogida del clamor popular, y por el otro el escenario del cual se participa; por el contrario, para efectos de esta tesis “el papel que desempeña la maquinaria procesal penal como factor etiológico de la impunidad y del delito, o bien, como factor preventivo del mismo.” (Zaffaroni, 1968: 10).

El estudio de sociología procesal penal que se desarrolló permite ver “la relación y reacción social producto de un proceso penal (entendido como fenómeno social)” (Martínez Castro, 1997: 6). Y específicamente circunscrito a la eficacia e ineficacia del procedimiento penal para la protección no solo de la víctima, sino del procesado, así como el escenario, entendido este como el medio donde se desarrolla y las estrategias de quienes participan en él. Recordando que la sociología procesal

penal “es la ciencia que estudia al proceso penal, en forma externa como fenómeno social, atendiendo las relaciones y reacciones que se producen entre este y la sociedad.” (Martínez Castro, 1997: 8).

Por consiguiente, se observó que las reglas especiales de procedimiento creadas por la legislación de infancia y adolescencia, para cuando una persona menor de 14 años es víctima en general, no solo no se cumplen en la forma en que fueron planteadas, estas se desconocen o mutan teniendo como argumento que solo limitan partes específicas del juicio o contradicen disposiciones que buscan la salvaguarda de los derechos de otros sujetos de especial protección constitucional; por ejemplo la víctima si bien solo comparece al juicio a través de su declaración en la denominada Cámara de Gesell, durante la etapa investigativa es revictimizada y debe relatar lo ocurrido ante profesionales de la medicina, psicología, y defensoría de familia.

Para terminar, la limitación del campo de observación, al momento del juicio, obedeció a la posibilidad de concentrarse en un solo elemento, focalizándolo para que fuera de mayor calidad. Se concibe que en el juicio se da el mayor ejercicio de argumentación, se dinamiza la práctica de la prueba, la contradicción y el juez ejerce un papel protagónico, pues no solo obra como director del proceso, sino que debe realizar un esfuerzo crítico para analizar, ver, determinar, si con los elementos presentados se puede tener un convencimiento pleno de la culpabilidad.

El acercamiento a la realidad, como un procedimiento cognitivo, fue la forma utilizada para captar la información exterior que se evidencia en las audiencias, esto permitió codificar esa información y entenderla conforme a lo establecido por la norma, pero también ir más allá, es decir como realmente se aplica, el acopio de información y finalmente su análisis, es un proceso donde con la información marco -exterior- que se tiene del procedimiento, se constata -en el interior- la forma como se hace operativa en la práctica. El trabajo de campo no es solo hacer observación y registrarla en un formato, sino organizar la información con el fin de comprobar la hipótesis.

Ello permitió ver que en el juicio la fiscalía y el defensor del procesado presentan y desarrollan, a través de los medios de prueba, su teoría del caso; se puede develar allí las estrategias que abordan con mayor intensidad, así como también, en caso de que concurran al proceso, se descubre cómo actúa la defensa de las víctimas y el ministerio público.

Se precisa que cuando se hace referencia al concepto de estrategias de litigio, se considera que son aquellas acciones y/o argumentos desarrollados por los defensores de las víctimas que buscan lograr la absolución de sus clientes. Siendo importante reconocer si estas acciones o argumentos varían dependiendo del profesional del derecho que ejerza la defensa, o si, por el contrario, se reiteran en la práctica y son de conocimiento generalizado, es decir; conocidas por todos aun cuando no se condensen en un estatuto jurídico de la práctica.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la observación en la etapa de juicio permitió verificar que no se aplican en la forma en que fueron planteadas las reglas especiales de procedimiento establecidas en el derecho de infancia y adolescencia. En segundo lugar, es claro que sí existen estrategias del litigio claras que aún acuden a argumentos como que la denuncia está basada en una discrepancia personal con el agresor, enemistad con la familia o un miembro de ella, desprestigio de la víctima por que realiza conductas que pueden ser tachadas como inadecuadas para su edad.

Finalmente, es posible concluir que el proceso penal no es un proceso de restablecimiento de derechos, aun cuando la ley de infancia y adolescencia estima que siempre que se trate de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes se hablará del restablecimiento de sus derechos. Todo esto nos lleva a considerar que una mejor comprensión del proceso da más posibilidades de controlar el escenario y agenciar las transformaciones (Giddens, 2004: 48).

Capítulo 2. El proceso penal. Funciones, contradicciones e impunidad

Se dijo que el proceso penal en general se concibe como el medio a través del cual del Estado delimita la forma como administra justicia en los casos en que busca determinar a través de un proceso investigativo si una conducta humana constituye delito y en caso positivo, aplicar la sanción correspondiente a quien desplegó dicha conducta, esto a través de una serie ordenada de actos preestablecidos que garantiza la seguridad jurídica y el debido proceso.

A partir de esta consideración, se abordó en el capítulo I, el juicio como una parte del proceso penal en su sentido práctico, para ello se justificó que al ser un estudio de sociología procesal penal, era necesario cerrar el campo de estudio a los delitos de acto sexual abusivo y acceso carnal violento, entendidas en genérico como abuso sexual, cuando la víctima es una persona menor de 14 años. Esto para verificar cuales son las circunstancias que impiden el procesamiento y que traen como resultado la impunidad.

Se realizó una visión restrictiva del proceso, partiendo de que si bien deben agotarse varias etapas, y que es necesaria la existencia de una acusación como resultado de un proceso de investigación, es en el juicio oral donde se presentan los resultados de esas etapas y donde dan vida los argumentos de la defensa y la acusación, se evidencian los medios de prueba y se toman las decisiones que permitirán establecer la responsabilidad o no.

El juicio, es entonces, un campo en el que las normas de materializan, así como las relaciones de los sujetos, su interacción, y en principio el espacio donde se deben aplicar las reglas especiales de procedimiento que establece la ley de infancia y adolescencia, con miras a restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual. Esto se mostró en el primer capítulo y tiene asidero en las teorías que invitan a conocer las instituciones para determinar qué puede y que debería ser. (Garland, 2005:24)

Resumiendo, justificado el campo de investigación, si se atiende solo a las cifras, frente a los procesos que ingresan efectivamente a conocimiento de la rama judicial es intrascendente el volumen del procesos que terminan en sentencia, por lo tanto; la pena también tiene poca trascendencia, siendo así, no se logra la disuasión y por consiguiente el resultado es diferente al pretendido cuando se aumentan las penas.

Se evidenciará en este capítulo que el proceso penal, tiene unos fines en sí mismos, es un espacio de alta especialización aunque no existe conciencia de ello, pues si bien existen reglas especiales de procedimiento, que por ejemplo, estipulan la imposibilidad de recibir declaración directa de la víctima en la sala de audiencias, así como la prohibición de enfrentarla a diversos peritajes sobre un mismo punto con miras a controvertirlo en el escenario del juicio, se concibe como uno más, dentro de toda la gama de procesos que se adelantan por otros tipos penales.

Además, los procesos por abuso sexual deberían delimitarse teniendo en cuenta la naturaleza del derecho que se considera vulnerado, así como la existencia de un sujeto de especial protección constitucional, la persona menor de 18 años. Ya que se distingue solo por ello, en cuanto a su contenido y la forma en que deben tramitarse, para evitar entro otras cosas, la revictimización.

Todo lo anterior, ahondado a los resultados presentados en el capítulo primero, permite afirmar que el andamiaje institucional y jurídico y en concreto el proceso penal, tal como está diseñado no logra el restablecimiento de los derechos de las personas menores de edad, y por el contrario generan mayor impunidad. Este capítulo servirá para con posterioridad a él, justificar la pertinencia de un proceso penal adaptado a la niñez.

2.1. El proceso penal en abuso sexual contra personas menores de 14 años. Un espacio de alta especialización.

Se espera que el proceso penal sea la herramienta a través de la cual se logra “determinar si la conducta tipificada en el Código Penal debe ser castigada mediante la imposición de la pena.” (González, Rifá, y Riaño, 2006; 29) El Estado tiene la potestad de ejercer su poder, garantizando que a través del él de forma indirecta, los ciudadanos subordinados al sistema reciben protección. Esto es lo que legitima el desarrollo del proceso.

Ahora bien, hoy en día se exige del proceso no solo el cumplimiento de las garantías constitucionales que reservan para la protección de los derechos humanos, sino también en particular, para el caso de abuso sexual en personas menores de 14 años, el restablecimiento de sus derechos, por mandato de la Ley de infancia y adolescencia y del bloque de constitucionalidad que se predica en general para las personas mayores de 18 años. En definitiva, el respeto a los derechos humanos se predica tanto del sujeto procesado, como de la víctima, cuya lesión al derecho, dio lugar al proceso.

El derecho procesal penal es parte de la respuesta al delito, donde se concreta el ejercicio del poder punitivo que ha sido habilitado por el legislador a través de una ley, en Colombia se mira como una forma de imponer una pena, que para los casos de abuso sexual constituye una garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, desconociendo que si bien parte de su deber es establecer la responsabilidad frente a la comisión del delito, también lo es el restablecimiento de los derechos de los niños. Esto bajo la comprensión de que “Al proceso penal le corresponde determinar y realizar la pretensión penal estatal (realización del derecho penal material); el derecho procesal penal ha de regular el procedimiento para determinar y realizar dicha pretensión.” (Baumann, 1986: 9).

El proceso en estos casos se concibe como un área de alta especialización. Rozanski, considera que la formación para el análisis de las pruebas y los dictámenes en abuso sexual debe ser idónea, por lo tanto quienes participan en él proceso deben contar con la capacitación suficiente y pertinente para intervenir en el campo, por un lado, y por el otro deben existir varios filtros para racionalizar el ejercicio del poder punitivo (2002: 53). En el ámbito de la sociología la discusión se encuentra viva, siendo un hecho político, que debería partir más de la prevención, pues atendiendo a las cifras, se deslegitima la función de la pena.

De acuerdo con lo anterior, la toma de medidas judiciales no puede acudir a cualquier profesional, ya que su intervención debe estar articulada con la protección de derechos. Se debe tener capacitación específica en el campo del abuso sexual y aún más en la protección y garantía de derechos de personas menores de 14 años. “El abuso sexual infantil es un fenómeno delictivo con características propias, que lo diferencian de la mayoría de los restantes delitos del Código Penal.” (Gallego, 2008: 149).

Así mismo, debe existir la crítica racional, máxime cuando no se tiene formación adecuada: “Es ese principio el que nos indica que, en áreas de alta especialización como es el complejo mundo del

abuso sexual infantil, la tarea de interactuar con la víctima debe estar en manos de especialistas en la materia.” (Rozanski, 2002: 53).

En contraste con lo anterior, Levene establece que:

“En el proceso penal el objeto principal es la relación de derecho sustantivo, o sea, penal, que surge del hecho que se considera delictuoso, y que tiene lugar entre su autor y el Estado, a fin de que se le aplique a aquél la ley penal, después de individualizado y de haberse comprobado el hecho delictuoso.” (1993: 208).

Pero esto no es suficiente, como se evidenció en el capítulo anterior, no solamente dejan de resolverse los asuntos de fondo, que en muchos casos no implica condena o absolución, sino también se sigue acudiendo como estrategia de defensa a argumentos que atacan a la víctima, o a su familia y no al hecho delictivo propiamente dicho. Esto permite visibilizar una práctica recurrente en este tipo de procesos y es que, en la práctica judicial, por la falta de especialidad, se contribuye a “facilitar estrategias de defensa que, con eje en denunciar supuestos complots, atentan deliberadamente desde el inicio contra la integridad psicofísica de la víctima para conseguir su desgaste o retractación.” (Gallego, 2008, 153).

De manera semejante, el objeto del proceso es inmutable, está determinado por los actos que le dan origen y que las partes no pueden modificar en el transcurso del proceso, convirtiéndose en una garantía de seguridad jurídica, que principalmente responde al respeto de los derechos del procesado, “la relación procesal se desarrolla conforme a determinados principios, pues los actos de procedimiento no pueden ser ejecutados caprichosa o aisladamente, sino que están sometidos a normas que los regulan.” (Levene, 1993: 216).

Para el caso, los actos o diligencias procesales se desarrollan en virtud a la delimitación de la acusación que realiza la Fiscalía, una vez determinado el o los delitos por los cuales se presenta la acusación, alrededor de ella que se organiza la teoría del caso, la recaudación de las pruebas y las estrategias que se adelantarán por parte de los sujetos, quienes a medida que el proceso se desarrolla fijan una posición de la que suelen no apartarse y que orienta toda su actuación hasta la finalización del juicio. Todas iguales, desconociendo que debe adecuarse al delito y a la víctima en este caso, desde la investigación, incluso, los funcionarios “encaran la investigación con la misma metodología que se utiliza para investigar un robo, sin tener en cuenta el tipo de traumas que esta especie de delitos desencadenan.” (Gallego, 2008, 154-155).

En otras palabras, en los procesos penales en abuso sexual, el proceso debe:

“contextualizarse en un enfoque de derechos que considere el principio del interés superior del niño, la necesidad de una protección especial y la de una atención inmediata que preserve la integridad psicofísica de cada niño, niña o adolescente que se vea involucrado en una investigación.” (Gallego, 2008: 145).

El proceso penal requiere para su desarrollo de un procedimiento que garantice los derechos de las personas menores de 14 años, es decir de actos que se realizan en el curso del proceso para cumplir con los fines del mismo. Levene lo plantea en estos términos:

“Uno de los fines generales del proceso penal coincide con los del derecho penal, en cuanto tiende a la defensa social y la lucha contra la delincuencia, y el otro busca la aplicación de la ley en un caso concreto, es decir, investigar el hecho que se considera delictuoso y la responsabilidad criminal del acusado.” (1993: 219)

El derecho procesal penal debe indicar el camino que debe seguirse no solo la imposición de una pena y su posterior ejecución, sino también para lograr el restablecimiento de los derechos de las personas menores de 14 años, entendiendo que se deben brindar las posibilidades para que supere el delito. Ello no desconoce que, en los procesos, la existencia de la igualdad de armas, es decir, el equilibrio entre las partes, especialmente la posibilidad de gozar y disponer de iguales medios de prueba, pero en el caso de delitos sexuales prima el interés superior del niño, su protección integral y rige la prohibición de revictimización. (Corte Constitucional, Sentencia C-177 de 2014).

Ahora, el desarrollo del proceso está mediado precisamente por las intenciones de los sujetos que participan en él, especialmente la defensa del procesado y el acusador, los cuales solo es posible identificar en el escenario donde estas intenciones se hacen evidentes, el juicio, así mismo allí se concreta la aplicación de la norma procesal, de la que hasta el momento previo a su aplicación se desconoce su efectividad práctica. Y se vio en el primer capítulo que puede llegar a verse en general la falta de restablecimiento como un maltrato institucional.

En el actual contexto, sea por parte de quienes portan mitos y prejuicios justificantes del maltrato, como por parte de aquellos que, aunque están ideológicamente consustanciados con la nueva normativa, se ven envueltos en intervenciones desarticuladas y en situaciones cercanas al *burnout* proveniente de las propias condiciones organizacionales de trabajo, es advertible la permanente y recurrente trasgresión y/o deformación de los principios que deberían definir la misión institucional de los funcionarios judiciales y los del Ministerio Público: proteger los derechos e integridad psicofísica de los niños y de las víctimas. (Gallego, 2008: 156).

Se considera que, en la práctica continúan existiendo defectos de procedimiento, “El derecho no puede hacer milagros y el proceso todavía menos. Mientras las leyes son obedecidas, todo va bien,

o al menos, permanecen ocultos los defectos; es la desobediencia la que los hace salir fuera.” (Carnelutti, 2015: 71), cuyo reconocimiento, puede contribuir en la discusión sobre el fortalecimiento de la justicia y generar un procedimiento (en abuso sexual) amable tanto para las víctimas, como para el procesado, en otras palabras, una justicia penal adaptada a la niñez.

Son variables del procedimiento la coexistencia de tipos de dos derechos sustanciales, con reglas claras, ya que no solo está presente el derecho penal, sino también el derecho de infancia y adolescencia³². Así como también la presencia de dos sujetos de especial protección constitucional³³, la víctima menor de 14 años y el procesado, como receptor del ejercicio del poder punitivo por parte del Estado. Debe subrayarse que, siendo este último sujeto de protección, también es destinatario de los juicios de valor realizados por la sociedad, aunque en muchas ocasiones los concibe como culpable, sin haber sido condenado.

Se presentaron entre el año 2016 y 2018 varios proyectos de ley; que buscan responder a la demanda de justicia para prevenir y sancionar el abuso sexual infantil. El proyecto 197 de 2016 y 187 de 2018, proponen la inhibición hormonal del deseo sexual como pena adicional y obligatoria al acceso carnal y acto sexual cometidos contra personas menores de 14 años. Así mismo el Proyecto de acto legislativo 066 de 2018, propone modificar el artículo 34 de la Constitución Política estableciendo que de manera excepcional para algunos delitos, entre ellos el acceso carnal violento cometido contra menores de 14 años, es posible imponer la pena de prisión perpetua (Senado de la República, 2018).

Se evidencia de las justificaciones el rechazo social que generan estos delitos, y la necesidad de establecer medidas que prevengan y sancionen drásticamente el abuso sexual infantil. Siendo una medida que busca obtener la aceptación de la ciudadanía, pues las que existen se consideran ineficaces e insuficientes para este tipo de delitos. Al respecto Zaffaroni considera que:

(...) se produce un divorcio entre la administración de justicia penal y la opinión pública. Es incuestionable que el mecanismo de autoafirmación de los principios éticos genera una

³² Se ha mencionado que se aplican específicamente las reglas especiales de procedimiento cuando los niños, niñas y adolescentes son víctimas de delitos, las cuales están inspiradas en el derecho internacional, así como el constitucional, y que determinan la prevalencia de sus derechos de los niños en consideración del artículo 44 de la Constitución Política.

³³ En la Sentencia T – 167 de 2011, la Corte Constitucional estableció que se conciben como “La categoría de sujeto de especial protección constitucional, según ha definido esta Corporación, se constituye por aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Así, ha considerado que entre los grupos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza”

tendencia vindicativa en el público. Esta tendencia vindicativa no resulta adecuadamente satisfecha por la justicia penal, pese al sentido retributivo que conserva la pena en la actualidad. Las masas se retrotraen inconscientemente al talión y, a veces, a la venganza privada e ilimitada. Consecuencia de esto es que la administración de justicia penal es, en general, la administración de justicia más impopular. (Zaffaroni, 1968: 57).

De igual manera, se espera más del proceso de lo que realmente puede llegar a hacer, ni el derecho penal y las sanciones creadas son la solución a problemas sociales y culturales del país, es desproporcionado considerar que la pena es la respuesta natural a la criminalidad. Dicho de otra manera, la comprensión del procedimiento penal permitió ver por qué son necesarios unas reglas y unos límites internos a la potestad de juzgamiento del Estado, además de auspiciar la rapidez del proceso.

Dicho brevemente, “Debe evitarse, así mismo, la duración irrazonable del proceso, que suele agudizar las condiciones de indefensión y de asimetría que parece la víctima, en tanto se posterga el dictado de la resolución definitiva.” (Gallego, 2008: 159).

Si bien, no se puede defender la perfección del sistema procesal penal, tampoco puede desconocerse que aún con imperfecciones, un procedimiento penal rígido en su estructura es sano para evitar injusticias por parte del Estado, especialmente por violación de los derechos del procesado, quien no pierde la condición humana por el hecho de que curse en su contra una investigación penal y/o haya podido incurrir en una conducta punible. Pero, la observación dejó claro que, “el propio procedimiento ahonda la afectación personal sufrida con los delitos que resultan víctimas.” (Gallego, 2008: 160).

En este sentido, el procedimiento penal actúa como muro de contención, entre el ansia de venganza de la sociedad, la consideración de los niños como vulnerables, genera una fuerte exigencia de protección y es por ello que al sospecharse la comisión de un delito en contra de ellos, se genera un fuerte rechazo, cualquier afectación en contra de sus derechos y máxime cuando se trata de su libertad y formación sexual, genera estupor, remueve la sensibilidad de la sociedad, esto en términos de Zaffaroni puede generar un prejuicio, es decir; nos sitúa en una posición de ataque en contra de quien se sospecha es el responsable, ya que mueve los afectos de la sociedad. Al respecto de lo anterior dice el autor: “Cuanto se trata de problemas que tocan a nuestra afectividad, es cuando más peligro corremos de sufrir la deformación del perjuicio.” (Zaffaroni, 1968: 69).

El deber de impartir justicia y castigar la comisión de un delito por parte del Estado, se resuelve adelantando el proceso, pero con él, no se evitan los abusos sexuales, solo se procesan. En un juicio formalmente establecido, se da el reproche, pero no constituye una política criminal para prevenir los abusos. Pero, la observación también dejó claro que, “el propio procedimiento ahonda la afectación personal sufrida con los delitos que resultan víctimas.” (Gallego, 2008: 160).

Por ello se genera un rechazo público cuando el resultado del proceso no es la condena, “La opinión pública está siempre mal dispuesta hacia la administración de justicia penal porque está nunca satisface suficientemente sus deseos vindicativos. Esta circunstancia la predispone para creer, sin mayor análisis, en la corrupción de los tribunales y en la inutilidad de los actos procesales. Además la opinión pública es proclive a creer en la lentitud, que suponen superficial, de la administración de justicia, lo que generalmente encuentra una base de sustentación cierta, porque justo es consignar que el conservatismo procesal presta un asidero real a la exageración sobre la lentitud procesal” (Zaffaroni, 1968: 61).

Ahora bien, ya hemos dicho lo que el procedimiento penal no puede hacer, ni pretende resolver, pero ello no obsta para que cumpla con una importante función en cuanto al restablecimiento de los derechos de las personas menores de 14 años, pues de un lado, cuando se inicia, se evita que se le continúe haciendo daño a la víctima, al menos simbólicamente, es el primer mensaje que se puede identificar de él, y de enviar el mensaje que no se tolerará por parte del Estado una conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexual.

Por el otro, con el establecimiento de la responsabilidad y con la posterior imposición de una condena, se inicia el camino hacia la reparación del daño causado con la ocurrencia del delito. De cualquier manera, se concluye que inevitablemente el derecho de la víctima ya se encuentra lesionado, es menester restablecerlo y un escenario para ello es el del procedimiento penal. Así lo establecen en las ponencias para la expedición del actual código de procedimiento penal, donde se dijo:

“Un gran aporte dentro del nuevo esquema del proceso acusatorio es lo referente al tratamiento y a los derechos que le asisten a la víctima, -concepto que se amplió-, que no se circunscriben simplemente a una indemnización ya que se le atribuye otras facultades y derechos, es así que se establece como principio fundamental, y como institución propia dentro del sistema, la justicia restaurativa, la cual busca, como su nombre lo indica, restablecer el derecho no solo frente a la víctima sino ante la comunidad por el ilícito cometido.” (Gaceta del Congreso No. 104, 2004: 4).

No sólo es entonces, el reproche y el ejercicio del poder punitivo, los que motivan el procedimiento penal, sino también el restablecimiento de los derechos, pues así se predica por corresponsabilidad frente a la garantía de los derechos de las personas menores de 18 años, por lo tanto, el esfuerzo jurídico del Juez Penal debe ser mayor, no limitado a la individualización del responsable. Por lo tanto, será a través de un estudio de sociología procesal penal que podrá evidenciarse si lo anterior se da al interior del proceso.

En detalle, con la sociología procesal penal, se pudo ver el proceso como un todo, “le corresponde el estudio del proceso penal, desde un ángulo externo, es decir como un todo, que tiene relaciones y reacciones sociales, que permiten establecer su eficacia o ineficacia dentro de la sociedad. (...) El enfoque externo convierte al proceso penal, en primer lugar como fenómeno social y en segundo como tipo de control social”. (Martínez Castro, 1997: 18). Para con ello, no decir lo que los doctrinantes dogmáticos dicen qué es el proceso penal. “Del aspecto interno se ocupa el derecho procesal penal, el que tiene encomendado los temas de: averiguación previa, período de pre-instrucción, la instrucción, el juicio, la sentencia, los recursos, los términos, la jurisdicción entre otros.” (1997: 18).

Atendiendo a lo anterior, se puede colegir que una revisión normativa del proceso, no da una perspectiva precisa del mismo, la mirada debe ser profunda, como se realizó en el capítulo I, pues como se ha dicho existen diferentes variables que lo complejizan en estos casos, “debemos observar al proceso penal como un cúmulo de factores sin cuya visión panorámica careceríamos de la exacta perspectiva del problema, reduciéndolo arbitrariamente a la consideración de los factores políticos” (Zaffaroni, 1968: 24).

Las razones expuestas llevan a defender el método que se desarrolló, la reflexión sobre la práctica, para comprender lo que allí ocurría, pues solo la observancia de la norma impide dicha comprensión, cómo se acopla la norma al escenario concreto, comprendiendo todos los valores que allí se dan, con ello se evalúa si produce o no el proceso mayor impunidad, y si la respuesta es positiva, avanzar en la reflexión acerca de cuáles serían las bases para complementarlo o avanzar en una transformación.

Al considerar el proceso como un fenómeno social, no solo se evalúo la forma en como éste se inicia, desarrolla y concluye, sino las razones que han llevado a que sea así y no de otra forma, pues este desconocimiento es una de las razones para que se genere resistencia hacia él, “el alejamiento y la incomprensión del proceso penal por parte de la opinión pública, suele crear una seria desconfianza

hacia el proceso penal y la administración de justicia penal: la desconfianza y el temor a lo desconocido.” (Zaffaroni, 1968: 80).

Hassemer afirma que el proceso penal debe ser limitado, cerrado en cuanto a su ritualidad, pues de lo contrario podría ser utilizado para otros propósitos. En este sentido, tanto la primacía de los principios procesales, como la obligatoriedad de velar por los derechos del procesado, ayudan a la evitación de casualidades y buena voluntad en el proceso. Para este autor “el proceso penal, como ceremonia peligrosa, debe privar al particular, al Juez, al Fiscal y a la opinión pública de libertad de disposición. No se puede permitir que sea utilizado como instrumento o arma arrojada de particulares o de grupos concretos.” (1984: 170).

Se entiende entonces que la capacidad operativa del proceso es alta, se evita que se deje espacio a la casualidad, se definen momentos concretos y no forzados para establecer la responsabilidad. “El sistema jurídico no puede dejar a la casualidad o a la buena voluntad de los participantes el que las cosas transcurran de un modo correcto, por el contrario, debe intervenir para posibilitar y asegurar la comprensión escénica mediante las reglas procesales adecuadas.” (Hassemer, 1984: 169). Máxime en delitos que se consideran graves como los que atentan contra los derechos de las personas menores de 14 años.

En el mismo sentido, todas las personas que participan en el proceso penal son relevantes para la escenificación del mismo, especialmente en la etapa de juicio, en donde la forma como construyen los discursos permite no solo ver la comprensión que se tiene del delito, sino también del régimen de protección que le son predicables a los sujetos. Pero no debe dejársele todo al proceso, “otras reformas legales requerirán de un cambio cultural que deberá vencer resistencias ideológicas.” (Gallego, 2008: 163).

Siendo así, el Juez, la defensa del procesado, la fiscalía, y en caso de que decidan vincularse y participar en él; la defensa de víctimas, la representación del ministerio público y defensoría de familia, dialogan a través de los roles que desempeñan, construyendo una perspectiva más amplia del proceso, que no se evidencia en la norma. Si bien existe una definición normativa de las facultades que tiene cada uno de ellos en el proceso, la norma no puede abarcar la forma en que se ejerce, ni cómo se interpreta por cada uno de ellos, pues allí además de otros factores, incide el humano.

Lo que lleva a reiterar la defensa de la idea del proceso como rizoma, incluso desde su concepción normativa; “un código procesal de determinada materia puede ser complementado por otras leyes procesales e incluso por las normas del código procesal de otra “materia” que se aplica subsidiariamente para alguna cuestión no prevista específicamente en aquel.” (Mosso, 2008: 167).

En síntesis, una construcción y forma del discurso que ninguna norma tiene la capacidad de absorber. Este aspecto es relevante, por cuanto “La sociología procesal penal tiene que ver con los personajes que intervienen en el juicio penal y procuran atención en la personalidad de los administradores y procuradores de justicia, señalando su participación como funcionarios públicos pero también como seres humanos con defectos y virtudes según sea su cultura y profesionalismo.” (Martínez Castro, 1997: 40).

La verificación del proceso, en la práctica plantea retos, por cuanto se observan los diferentes momentos, particularidades y posiciones respecto de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual en menores de 14 años. El problema no es sólo verificar la forma como se aplica el procedimiento y establecer si se garantizan los derechos de los sujetos que participan en él, sino hablar acerca de lo no escrito. Ya que:

“La realidad indica que, en materia de delitos sexuales – tanto víctimas adultas como niños– se observan deficiencias graves durante la etapa de instrucción que incumplen con ese deber de protección, al mismo tiempo que perjudican seriamente el éxito de la investigación y en muchos casos tienen como resultado la impunidad de los delitos denunciados.” (Rozanski, 2002: 51)

La forma de organización del proceso penal, con un enfoque sociológico como lo plantea Hassemer, se compaginó perfectamente con el uso de la sociología procesal penal, pues desde un enfoque reflexivo permitió concluir si son alcanzables o no los objetivos del proceso penal, pero especialmente las reglas especiales de procedimiento creadas por la ley de infancia y adolescencia.

Igualmente, al constatar que dichas reglas son simbólicas porque no se pueden aplicar en el escenario del procedimiento penal ante la presencia de otras reglas de mayor jerarquía, se puede concluir que los problemas de los niños, niñas y adolescentes se han relegado al campo del derecho de familia, desatendiendo otras áreas donde se discuten sus derechos y especialmente su restablecimiento, cuando han sido vulnerados.

Se pudo constatar el valor externo, lo que se espera, frente al valor interno, lo que se da. Estos son totalmente divergentes, y esto llevó a generar una epistemología del proceso, un conocimiento

reflexivo y riguroso que nos llevó a comprender el procedimiento penal cuando un niño, niña o adolescente menor de 14 años ha sido víctima de un delito contra la libertad, integridad y formación sexual.

El procedimiento penal en estos casos debe cumplir con una función más allá de la simple administración de justicia, también la certeza de cumplimiento del deber de protección por parte del Estado, el adecuado uso de su *ius puniendi* y lo más importante: el restablecimiento de los derechos de la víctima. La observación real y directa permitió evaluar lo que ocurre en el marco del proceso, pues “el estudio de la eficacia de los juicios criminales, es donde hablaremos exclusivamente del aspecto real y no formal del proceso penal.” (Martínez Castro, 1997: 154).

Ahora bien, en este punto es importante considerar que al derecho en general se le atribuyen diferentes funciones, determinadas por el concepto mismo de derecho, el modelo de Estado, así como la estructura del poder público en donde se origina; se justifica el derecho en tanto las necesidades que quieren satisfacerse. Para el estudio se asumieron los postulados del Estado Social de Derecho en cuanto al deber de cumplimiento de los fines esenciales del Estado, especialmente en lo que tiene que ver con la garantía, prevalencia y protección de los derechos de las personas menores de 18 años.

Conforme a lo anterior, se tuvo en cuenta que el derecho penal se rige por la idea de persuasión a la sociedad, es decir; el derecho basado en su orientación social; entendida como “La expresión *orientación social* designa una función del derecho que arranca directamente de su carácter de regla persuasiva, de la que constituye una especificación y, al mismo tiempo, una ampliación.” (Ferrari, 2014: 165). El sentido reparador es más bien secundario del procedimiento penal, pues no está controlado, ni es obligatorio dentro de él.

Por regla general, se concibe que el derecho penal obra de forma subsidiaria para la protección de las personas. Se han planteado tres teorías para justificar la pena, si bien esta tesis no se detendrá en su análisis, rápidamente se expondrá cada una de ellas.

La primera expone que la imposición de pena puede operar como una compensación frente al daño causado, teniendo como principal problema la imposibilidad de calcular cuál debe ser materialmente la regla para la determinación de la pena a imponer, esta se le ha denominado teoría de la retribución de la pena; ella, entonces: “no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno

socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido.” (Roxin, 1997: 81).

La segunda teoría habla de que la pena debe operar como un elemento disuasorio, para que los miembros de la sociedad se abstengan de cometer delitos, opera entonces de forma preventiva, va dirigida al individuo, a quien se le aísla, se le corrige y se le intimida: “La prevención especial puede actuar de tres formas: **asegurando** a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de éstos, **intimidando** al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos, y preservándole de la reincidencia mediante su **corrección**.” (Roxin, 1997: 85-86)

Con lo que se busca que el autor de un delito no reincida, siendo así, el Estado debe enfocarse en su resocialización, sin que ello implique desconocer que también el Estado debe proteger a la víctima y a la sociedad en general. Lo cual es problemático porque el fin resocializador implica tener en cuenta cómo se va a realizar la atención de quien comete el delito, cómo se educa, para evitar precisamente la reincidencia, lo que lleva a considerar incluso el tipo de delito cometido y su gravedad, entre otros elementos.

Finalmente, la tercera teoría habla de la prevención general, que se centra en la comunidad, a la que se quiere disuadir de cometer el delito mediante la amenaza de la imposición de la pena, y, con ello, intimidar a todo el conglomerado social, lo cual también comporta que se ejecute e imponga la pena, esta teoría: “no ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación.” (Roxin, 1997: 89). Pero se considera que desconoce al autor, y adicionalmente también a la forma de cuantificar la pena, el castigo, para lograr la disuasión esperada.

Hoy en día, se conjugan estas teorías, pues su combinación puede asegurar que de un lado se prevenga el delito, y del otro, se compense el daño causado. Ahora bien, para efectos de la presente tesis, tal y como se ha expuesto, en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, especialmente los que se cometen contra menores de 14 años, la estrategia del Estado se ha centrado en el endurecimiento de las penas, más que en el restablecimiento de los derechos o en su compensación, de acuerdo con los términos de las teorías de justificación de las penas.

Es importante tener en cuenta las críticas al carácter resocializador de la pena, teniendo en cuenta que el castigo basado en esta justificación, implicaría el diseño de un modelo que realmente se enfoque en el ser humano y no en el castigo propiamente dicho, como se pudo evidenciar en los resultados presentados en el capítulo primero, no se asegura la disminución del delito defendiendo que la pena constituye un elemento decisorio para la no comisión del mismo, en todo caso se siguen teniendo como criterios para defenderla, recordemos en palabra de Gómez “La resocialización, la proporción o la prevención son abstracciones imposibles que el sistema penal promete y sobre las cuales legitima su actuar.” (2008: 131)

No debe perderse de vista que, para el desarrollo de la hipótesis, fue importante verificar la forma en que se da la articulación del derecho procesal penal y el derecho de infancia y adolescencia, especialmente en cumplimiento de la función legislativa logra la solución de un problema social, como lo es la ocurrencia del abuso sexual. Así mismo:

“En el nivel social general, el derecho no es simplemente una regla, sino orientación general de la conducta a través de la influencia ejercida recíprocamente por los miembros del grupo, mediante modelos, más o menos tipificados, coordinados o coordinables institucionalmente, en el sentido antes señalado.” (Ferrari, 2014: 165).

Para ello, debe indicarse que conforme al modelo de Estado no solo se busca la garantía de derechos fundamentales que se consideran básicos para la dignidad de los ciudadanos, en el caso en comento: el derecho penal.

“En el Estado democrático social de derecho, el Derecho Penal cumple funciones de garantía y protección de los bienes jurídicos individuales y sociales mediante la creación de un ambiente de motivación hacia un comportamiento socialmente adecuado, o sea que se busca motivar a las personas para que no dañen o pongan en peligro las realidades que se estiman valiosas, esto es, que no cometan delitos, así como también es el medio para el logro de la convivencia pacífica, el respeto a un orden social justo, por lo cual debe propender por la socialización y rehabilitación de quien resultó responsable.” (Gómez López, 2001: 139).

Entonces, es tradición que se espere que el derecho penal y específicamente la política criminal del estado este enfocada a la disuasión a los ciudadanos para que no realicen conductas proscritas en la ley, no agresión sexual a ningún sujeto, especialmente si es una persona menor de 18 años. Debe tenerse en cuenta que puede contener diferentes funciones y cometidos dependiendo precisamente del enfoque que se le dé “el derecho punitivo como instrumento que es, debe cumplir varias funciones y cometidos, es decir, que se trata de un ordenamiento teleológico o que tiene unas miras u objetivos políticos, jurídicos, sociales, culturales y éticos.” (Gómez López, 2001: 140).

Por lo tanto, se toman las conductas que se cree son más reprochables para la sociedad y que perjudican el logro de la convivencia pacífica y cumplimiento de los fines esenciales del Estado:

“(…) la criminalización de conductas debe tener un paso precedente que es la valoración de actos, en efecto el derecho penal concreta una tarea esencialmente valorativa, sea porque se desvalore el acto como nocivo, criminal, asocial, injurídico, o porque se le reconozca un sentido de valor positivo, social, conveniente, jurídico, armonioso, todo con miras a la protección de ciertos valores básicos de la vida social.” (Gómez López, 2001: 140).

En Colombia, no se han desarrollado estudios que permitan medir el efecto que tiene el establecimiento de estas directrices, así como del aumento de las penas para determinados delitos. Con las cifras presentadas en el primer capítulo, se tiene certeza que con la amenaza no se impide la realización del delito, especialmente de los delitos contra la integridad, libertad y formación sexual, ha cambiado la pena y existen proyectos que buscan hacerlo nuevamente, pero no han disminuido las cifras.

Se pudo identificar que el aumento de las penas no tiene incidencia en la disminución de casos, ya que en general, aumentaron cada año. También debe tenerse en cuenta que existen casos que nunca llegan a conocimiento del sistema de administración de justicia;

“El sistema penal al calificar acciones como criminales y asignar la imposición de penas, acude a una doble dialéctica instrumental: primero eliminar temporal o definitivamente (en caso de pena de muerte) a una persona del ejercicio de un derecho o de un ámbito de relaciones, pero así mismo pretende motivar la conducta de las demás personas y aun la de quienes no han delinquido, para que se abstengan de realizar acciones criminales.” (Gómez López, 2001: 141).

Frente a las conductas relacionadas con los actos sexuales y acceso carnal abusivos, se evidencia que se han aumentado las penas, pero desde el punto de vista estadístico no han disminuido los casos que ingresan efectivamente a la rama judicial. Por lo tanto, la consecuencia no ha sido la disminución de la ocurrencia de casos, lo que hace evidente una tensión entre poder punitivo y el logro de la disminución de la ocurrencia del delito, pues el ejercicio del primero no necesariamente incide en el segundo, no alcanza este propósito, ni disminuye la vulnerabilidad de los menores de 18 años, existe una distancia entre estos dos hechos. La función de la norma es evidente al momento de ser creada por el legislador; sino al momento de su aplicación por parte de los jueces. (Gonzales, 2012:35)

En este sentido, se refuerza la afirmación de que realmente esto no tiene impacto real, aun cuando “la amenaza de la pena y de sometimiento a un proceso penal pretenden contribuir junto a otros

mecanismos sociales –como la educación, el premio, el reconocimiento de valores, etc., a la formación de una conciencia individual y social de respeto a los bienes jurídicos.” (Gómez López, 2001: 141).

La observación, escucha y análisis de lo que ocurre en el procedimiento penal en la etapa de juicio, permitió establecer claramente la relación entre la función teórica y la real, pues allí es donde espontáneamente se dice lo que se cree debe ser el sentido del procedimiento penal y se evidencia la forma como este es comprendido por todas las partes. La imposición de una sanción no es suficiente. Con ello, se defiende que existe “La necesidad de establecer procedimientos que, sin afectar el derecho de defensa, eviten provocar nuevos daños a quien resulta víctima de esa clase de hechos.” (Rozanski, 202: 63).

Teóricamente se dice que la forma de lograr los fines esenciales del Estado, entre ellos, el logro de la convivencia pacífica, no es mediante el establecimiento de un sistema de prohibiciones y sanciones, pero en sistemas como el colombiano, la solución a los problemas sociales ante la desobediencia y posterior ejecución de una conducta prohibida, ha sido precisamente la penalización de esas actuaciones y el endurecimiento formal del castigo, “la normatividad punitiva cumple en realidad un papel secundario, pero infortunadamente apreciamos que la única actividad estatal encaminada a estabilizar conflictos sociales suele ser el uso de la penalización de las conductas, bajo la esperanza de que frente a la amenaza o imposición de penas las personas no delinquirán.” (Gómez López, 2001: 145).

Dentro de ello, el derecho procesal penal también desempeña un papel muy importante “El rol que juega el proceso penal en la sociedad, es el de la acción necesaria para mantener un sistema de interrelación, llamado convivencia y coordinación social, el cual será interpretado por la nueva ciencia de la sociología procesal penal.” (Martínez Castro, 1997: 53).

Por esta razón, el establecimiento por parte de otros campos del derecho de reglas, directrices u obligaciones diferentes a las de su naturaleza al procedimiento penal, le impide incluso cumplir el fin para el que éste naturalmente está llamado.

“Al derecho penal se le han atribuido antagónicas misiones, fines o metas; la visión mayoritaria coloca al hombre como concepto central del derecho y del Estado, le atribuye, como dijo Beccaria, la misión de defensa de libertades o de bienes jurídicos fundamentales para la persona o la sociedad, incluidos los bienes fundamentales del autor del hecho.” (Gómez López, 2001: 162).

Cuando el fin disuasivo que se pretende no se cumple, como ocurre en la mayoría de los casos, se pone en movimiento el procedimiento establecido, el cual está orientado a evitar el abuso de la fuerza por parte del Estado y nos recuerda que por el hecho de cometer una conducta proscrita en la ley, no se pierde la calidad de ser humano, “el derecho penal a la vez que derecho represor (en cuanto tipifica conductas y atribuye penas), que no sólo servirán de barrera frente al ejercicio del poder punitivo del Estado, sino que aún pueden ser invocados en contra de éste, pues el derecho penal no puede concebirse ni crearse, ni ser aplicado por fuera de un mínimo de respeto a la dignidad humana y a principios éticos.” (Gómez López, 2001: 143).

Aunque por su propia naturaleza se acude al procedimiento penal como último recurso, en la actualidad pareciera que la solución a todos los problemas sociales se encuentra en ellos, generando una falsa percepción de seguridad y solución a los mismos, pero que a la postre no repercuten positivamente en la sociedad.

Por regla general el uso del sistema penal (criminalización) para proteger bienes jurídicos es alternativo y subsidiario, es decir que se pueden utilizar alternativas diferentes al derecho penal, que éste sólo puede ser utilizado cuando fallen los otros medios de protección a los bienes; pero con relación a ciertos bienes o a determinadas situaciones, el legislador se encuentra imperativamente obligado a la protección penal, es decir que se está ante una obligación imperativa de tipificar algunas conductas –so pena de violentar la constitución– ante concretas formas de lesión a bienes jurídicos. (Gómez López, 2001: 165).

Conforme a ello, para el desarrollo de la presente tesis, se tuvieron como funciones del procedimiento penal las siguientes: “como *primera función*, la tarea de tutelar bienes jurídicos. Pero este cometido sólo puede llevarse a cabo a través de una *segunda función*: la motivación de todos los ciudadanos para que se abstengan de cometer hechos delictivos. En síntesis, se persigue motivar a los ciudadanos para prevenir la lesión de bienes jurídicos.” (Ferré Olivé, et al., 2010: 66). Si no lo hace, entra en juego el derecho procesal penal, mediante el establecimiento de las formas en que deberá llevarse a cabo la persecución, establecimiento de la responsabilidad penal como consecuencia de no haber logrado la disuasión.

En cuanto al procedimiento penal entonces, se predica que su función es de protección, de un lado, al procesado; y del otro, en sistemas como el colombiano, a la víctima, teniendo como deber último la reparación del daño causado, ya que ella incluso puede decidir no hacer uso de los mecanismos para obtener la reparación, es decir; las funciones hoy en día son múltiples.

Frente a las tesis monistas, que circunscriben la función de proceso penal a la actuación del *ius puniendi* del Estado, cabe afirmar que en el proceso penal contemporáneo no se puede reconducir a la unidad la multiplicidad de funciones que asume el proceso penal, pues, junto

a dicha clásica función de actuación del <<derecho penal>> del Estado, en los sistemas democráticos contemporáneos, han aparecido y se yuxtaponen otras como lo son la protección del derecho a la libertad, la del derecho a la tutela de la víctima y la reinserción del propio investigado. (Gimeno, 2015: 66).

Respecto del actual sistema, al tener en cuenta la ley de infancia así como el bloque de constitucionalidad, podría afirmarse que los fines del derecho procesal penal no pueden cumplirse en forma estricta, ante la concurrencia de otros fines que se le predicen en consideración a las víctimas, lo que se exige del proceso, que vaya más allá de la simple garantía de transparencia en la persecución de la verdad, “el *derecho procesal penal* tiene dos funciones básicas a satisfacer: la de trasladar la satisfacción de las necesidades psicológico-colectivas de la sociedad a una fase decisiva, cual es la aplicación concreta del Derecho, y la de garantizar el funcionamiento de esta fase por medio de la satisfacción en ella de ciertas necesidades instintivas de los aplicadores del Derecho.” (Sanguine, 2003: 258). Necesidades en los casos de abuso sexual tienen que ver con el restablecimiento de los derechos que les fueron vulnerados a los niños, niñas y adolescentes menores de 14 años.

También puede evaluarse el carácter disuasorio del derecho penal, y el fin del procesal penal, así como del ideal de protección contenido en la infancia y adolescencia, desde su lado más simbólico, es decir, desde la pretensión de protección de bienes jurídicos, aun cuando para ello, se requiera también garantizar la puesta en marcha de los mismos, mediante la movilización de toda la estructura jurídico-política de Estado y las políticas públicas que así lo garanticen.

Al derecho penal y procesal penal, se les puede indilgar claramente un efecto simbólico, pues no logran cumplir con los objetivos que los inspiran; primero, porque su diseño es inadecuado, y segundo, porque los medios para ponerlos en práctica son insuficientes. Lo anterior aplica también para las reglas impuestas al procedimiento penal por el derecho de infancia y adolescencia, ya que se crearon bajo la aporía de protección reforzada a los mismos, pero en el ámbito de este, son sometidas a un juicio mucho más amplio que involucra el respeto de derechos del procesado como sujeto de especial protección constitucional.

Existe claramente la necesidad de demostrar que el Estado, especialmente el legislador, responde al llamado a proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, mediante la creación de una ley, pero no verifica si esta garantiza efectivamente tales derechos. “Un derecho penal simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población

en la Administración de Justicia.” (Hassemer, 1984: 36). El legislador, se despreocupa de los efectos de las normas que crea.

Para el desarrollo de las ideas planteadas es indispensable observar con mayor profundidad el proceso penal, ya que es en el escenario del proceso que se exige la puesta en marcha de las reglas especiales de procedimiento creadas por la legislación de infancia y adolescencia cuando los niños, niñas y adolescentes son víctimas. Verificando si el esfuerzo jurídico es adecuado y tiene la capacidad de reducir la ocurrencia de este tipo de delitos, pero más allá de ello de garantizar los derechos de todas las personas menores de 18 años.

Teniendo en cuenta que tanto las normas penales, como las reglas, han sido definidas y creadas conforme al procedimiento establecido, es decir cumplen el principio de legalidad, como estas reglas son limitativas de derecho, se puede predicar que ellas, al menos desde el punto de vista formal, cumplen con la regla de que “Todo acto procesal limitativo de algún derecho fundamental ha de observar el *principio procesal de legalidad*.” (Sanguine, 2003: 352). En otras palabras, son válidas, pero se discute; si son eficaces o no, así mismo su falta de reflexión en el campo procesal penal hace que se conciban desconectadas de él.

El procedimiento penal abarca todos los escenarios, pero tiene limitaciones, dependiendo si se lesiona un bien considerado de carácter público o privado, si la víctima es mujer, si se trata de afectaciones a los bienes o como lo que compete a esta tesis, si se afectan los derechos de niños, niñas y adolescentes. Por lo tanto, las discusiones deben ser articuladas y no sectorizadas, esto parte de reconocer que la creación de una norma en el campo del derecho incide en todo el campo, no solo impacta en el área para la que se creó.

Así mismo, en cuenta el acto realizado por el autor, pero el reproche está determinado no solo por el acto que realiza, sino en contra de quién se realiza, pues la consecuencia cuando la víctima es una persona menor de 14 años, se requiere poner en juego mecanismos de protección, que exigen un esfuerzo mayor de los que participan en el proceso. Exigibles tanto por la propia víctima como por la Fiscalía que representa (Gonzales, 2012:42-43).

Pero en este último escenario, a diferencia de los demás, no solo debe guardarse el sigilo ante el manejo del proceso, sino que también deben en teoría obedecerse las reglas propias que se le han

impuesto, por el derecho de infancia y adolescencia, podría defenderse entonces la idea de que existe un procedimiento penal adaptado a la niñez; entenderemos el proceso penal como:

(...) el conjunto de actos de naturaleza heterogénea realizados sucesivamente y conforme al orden legal, que permiten al órgano judicial, mediante el choque de las pretensiones de la y la defensa, declarar probada, en su caso, la comisión de una infracción penal, imponiendo a sus responsables las consecuencias penales y civiles inherentes a dicha declaración. (Martínez Jiménez, 2015: 15).

Se defiende la pertinencia de la adaptación, en tanto que existen reglas precisas que delimitan la actuación de los sujetos que participan en él, contienen las directrices para que se lleve a cabo este proceso y se distinguen de los demás, están establecidas las obligaciones y los derechos de los involucrados, saliéndose de la órbita del procedimiento penal general, esto partiendo de que “Un código procesal de determinada materia puede ser complementado por otras leyes procesales e incluso por las normas del código procesal de otra “materia” que se aplica subsidiariamente para alguna cuestión no prevista en aquel.” (Mosso, 2008: 167).

Este concepto contiene el de legalidad, que significa:

(...) que nadie puede ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio. Además pone de relieve que la ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplica de preferencia a la restrictiva o desfavorable. (Fierro – Méndez, 2012: 331-32).

Y para el caso en concreto, la legalidad se predica también de los derechos y con especial énfasis en las reglas especiales de procedimiento establecidas por el derecho de infancia y adolescencia cuando los niños son víctimas de delitos y aún más: cuando son víctimas de abuso sexual.

Para ello debe tenerse en cuenta que:

En materia penal, el principio de legalidad comporta que el legislador, al momento de tipificar un delito y fijar la correspondiente pena acate los siguientes principios: (i) La prohibición de la analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); (ii) la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (*nulum crimen nulla poena sine lege stricta*); (iii) la prohibición de la retroactividad (*nulum crimen nulla poena sine lege praevia*); (iv) La prohibición de delitos y penas indeterminados (*nulum crimen nulla poena sine lege certa*); (v) el principio de lesividad del acto (*nulla lex poenalis sine iniuria*); (vi) el principio de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito (*nullum crimen sine necessitate*); y (vii) el derecho penal de acto y no de autor. (Fierro – Méndez, 2012: 333).

Elementos que analizados en el escenario que nos convoca, se cumplen muy a pesar de que se tenga cierta resistencia para aceptar que las reglas especiales de procedimiento impuestas por el derecho de infancia y adolescencia, no son operativas, ya que igual contienen el principio de legalidad.

Conforme a las ideas planteadas, si bien se respeta el principio, estas disposiciones no se integraron al campo procesal penal mediante una reforma del mismo, no siendo el conducto regular, por cuanto no hicieron parte de una modificación específica y discutida en este campo del derecho, sino que fue introducida en el marco de reforma del derecho de infancia y adolescencia y es por ello que no puede entrar en el campo del derecho penal y procesal penal de forma pacífica.

Al respecto, se esgrime qué si bien “La jurisprudencia ha señalado, igualmente, 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)”. Por ende, para que se pueda sancionar penalmente a una persona, no es suficiente que el Legislador defina los delitos y las penas a imponer sino que debe existir en el ordenamiento un procedimiento aplicable y un juez o tribunal competente claramente establecidos (Fierro – Méndez, 2012: 339).

Para el caso de los niños, niñas y adolescentes teniendo en cuenta la no revictimización, el restablecimiento de sus derechos y su protección integral, en el procedimiento penal la participación es limitada y desde el aspecto procesal su vinculación se da a partir de pruebas de referencia o cuando es llevado a rendir testimonio.

Entonces, lo que para el procedimiento penal es secundario, como lo es el restablecimiento de los derechos de la víctima, para el derecho de infancia y adolescencia, es lo principal; es por ello que se puede afirmar que riñen los fines de uno y otro sistema, que a la postre genera malestar para quienes es más importante la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en consideración de su interés superior y de la prevalencia de los derechos.

Siendo así, es claro que actualmente no es el fin pretendido por el proceso penal la protección integral, ni el restablecimiento de derechos de la víctima, a la cual se le vincula y participa del proceso, pero no se le dan las mismas prerrogativas que al procesado, y esto como se ha dicho; justificado por el fin que persigue, para lo cual habrá que tener en cuenta entonces que:

Las leyes procesales penales no siempre contenidas, todas ellas, en un cuerpo legal de carácter procesal, pues algunas aparecen en el Código Penal o en leyes predominantemente sustantivas –prevén los diferentes actos– del órgano preciso para efectuar en su momento, con garantías de acierto, un juicio jurídico sobre lo que sea objeto del proceso. (De La Oliva et al, 2004: 29).

Así mismo, se tiene que:

Estos parámetros para el proceso penal y para el enjuiciamiento definitivo presentan, respecto del quehacer jurisdiccional en otros ámbitos, particularidades de interés, que abordaremos en un momento ulterior. Por ahora, quede aquí sentado algo más elemental: que el proceso penal es, como otros tipos de procesos, una realidad que no existe en la vida, en el tráfico jurídico, sino que sólo existe porque la ley lo quiere o lo crea. Un proceso es, sí, una realidad, pero no una realidad espontánea fruto de la voluntad libre de determinados sujetos, como lo es una compraventa o préstamo, sino una realidad requerida por la ley y que se disciplina concretamente por normas jurídico-positivas, sin perjuicio de la vigencia y efectividad de ciertos principios generales del Derecho (...) (De La Oliva et al, 2004: 29).

En materia de procedimiento penal en abuso sexual se prevé una normativa especial aplicable cuando la víctima es una persona menor de 14 años, una variable que determina la acción de los funcionarios judiciales y que orienta la forma como se debe realizar cualquier intervención en este tipo de procesos para todos los sujetos que intervienen en él. Esta normativa, como ya se ha dicho, no fue incorporada como una reforma al derecho procesal penal, fue desarrollada por la ley de infancia y adolescencia, pero este hecho no impide que se cumpla con el mandato de certeza que deriva del principio de legalidad, es decir, las directrices se redactaron con claridad y precisión indicando a que campo se aplicaba y en qué casos, es por ello que desde la comprensión de la protección integral al niño, niña y adolescentes es dable exigir su garantía.

No se desconoce que pretender que los principios inspirados en otro modelo jurídico y que buscan la protección a otro sujeto diferente al procesado, podrían concebirse como una intromisión innecesaria y que desestabiliza el procedimiento penal, pero lo que se propone aquí es que se asuma una perspectiva sistemática del derecho, entendiendo que el derecho penal no se encuentra aislado de otros campos, se pone de presente que si no se inicia el proceso de articulación, especialmente por quienes administran justicia, se dejará en manos del legislador la respuesta a la demanda de justicia por parte de la sociedad, y como se ha visto en los últimos años, el resultado de ello es el aumento de las penas, mas no la prevención.

El legislador responde con mayor punibilidad, lo cual no necesariamente disuade a la población para que se abstenga de cometer delitos, cuando la respuesta es la penalización y el aumento de las penas,

no se evidencia prevención, ni intención de atacar el problema de raíz, por consiguiente, el Estado elude asumir la responsabilidad en cuanto a la garantía y protección de los derechos. Se tiene que:

La ley penal pasa a ser la primera herramienta a la que acude el Estado para garantizar la seguridad ciudadana, (...), abusando así de la alta carga simbólica que tiene el Derecho penal. En este sentido, brilla por su ausencia el debate político profundo sobre los medios de lucha contra la criminalidad (no necesariamente penales y represivos) y su concreta eficiencia, y se acaba haciendo frente a los flagelos sociales “a punta” de tipificación de nuevas conductas o de agravaciones de pena. (Montiel, 2012: 28).

2.2. El proceso penal cuando la víctima es una persona menor de 14 años. Reglas especiales de procedimiento.

En los numerales anteriores se ha hecho referencia a la observación, como parte de un estudio de sociología procesal penal, del procedimiento en el momento del juicio en los delitos de acto sexual y acceso carnal violento en personas menores de 18 años, destacando que desde una mirada comprensiva de la práctica se podrá comprender si a través de este se logra el restablecimiento de sus derechos, a partir del diálogo entre dos sistemas jurídicos, el penal y procesal penal por un lado, y el derecho de infancia y adolescencia por el otro.

En dicho contexto, es importante destacar que en general, las personas menores de 18 años, son sujetos de especial protección constitucional, categoría a través de la cual se busca garantizar la protección e instaurar un marco legal de protección constitucional para quienes se consideran más vulnerables en una sociedad.

Esta categoría fue creada con posterioridad a la Constitución Política de 1991, implica que ante la verificación de un criterio sospechoso que se utilice para negar o limitar derechos de un sujeto, es deber del Estado protegerlo, teniendo como base la no discriminación, asistencia y protección a sus derechos con un enfoque diferencial, que garantice el acceso equitativo a todos los derechos, y en todos los ámbitos de la sociedad.

Se parte del reconocimiento de derechos, entendiendo que todos los derechos están interconectados, que no pueden aislarse, se entiende que la categoría mencionada

Se constituye por aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Así, ha considerado que entre los grupos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza.³⁴

En este ámbito, en general, las personas menores de 18 años, tienen derechos, cambiando el enfoque de concebir que solo tienen necesidades.

Entonces, se ha definido que son sujetos de especial protección constitucional,³⁵ aquellos que están expuestos a una mayor vulnerabilidad y por consiguiente las violaciones a sus derechos, son más frecuentes, lo cual implica un tratamiento especial por parte del Estado y la sociedad, quien debe prevenir cualquier afectación, brindar la atención indispensable, salvaguardar sus derechos individuales y colectivos, haciendo una diferenciación positiva, un trato preferente para el ejercicio de sus derechos.³⁶

La finalidad de esta categoría radica en que impulsa la toma de medidas y acciones concretas, adecuadas al grupo poblacional al que pertenece el sujeto, la Corte Constitucional considera que:

(...) la atención primordial que demandan las personas que ostentan la calidad de sujetos de especial protección constitucional, impone al juez constitucional la obligación de tomar medidas en beneficio de la efectividad de dicha protección especial. Así, entre mayor sea la desprotección de estos sujetos, mayor debe ser la eficacia de las medidas de defensa que se tomen, en aras de consolidar los principios rectores del Estado Social de Derecho.³⁷

La protección a los niños, niñas y adolescentes radica en el cambio de percepción de que ellos tienen necesidades, y que la garantía de derechos es necesaria para lograr su desarrollo integral, por lo tanto desde su nacimiento se debe garantizar que sobrevivan en un ambiente sano, amoroso y equitativo, siendo responsable de ello la familia, pero también la sociedad y el Estado, en virtud del principio

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T – 167 de 2011, 11 de marzo de 2011, Magistrado Ponente, Juan Carlos Henao Pérez. En ese mismo sentido se pronunció la Corte en las siguientes sentencias: T – 972 de 2006, T – 700 de 2006, T – 340 de 2010 y T – 110 de 2011.

³⁵ En Sentencia T – 736 de 2013 la Corte estableció 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. (...) 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”. Corte Constitucional, Sentencia T – 736 de 2013, Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

³⁶ Ver Sentencia T – 025 de 2004.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-362 de 2016, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

de corresponsabilidad.³⁸ En caso de que las medidas preventivas fallen y se vulneren los derechos, el camino es el restablecimiento de los mismos.

Se reconoce la importancia de la incorporación de estos derechos en la Constitución Política y la elevación de categoría de derechos fundamentales y especialmente, se concibe que:

Como los demás derechos humanos, los Derechos del Niño no son solamente un conjunto de normas, sino que constituyen un proyecto ético y político que busca construir un mundo más justo, a partir del principio fundamental de proteger a los más pequeños y a los más débiles, comportamiento común a casi todas las especies animales, pero que parece habersele olvidado a la especie humana. (Durán, 2010: 40).

Como sujetos de especial protección constitucional, las personas menores de 18 años, tienen derecho a manifestar sus opiniones, y que ellas sean tenidas en cuenta, especialmente en aquellas circunstancias que los afectan, para el caso, en el procedimiento penal debe hacerse siempre y cuando se evite su revictimización, “La postura de la protección integral tiende a que los niños y adolescentes como sujetos de derechos, puedan gradualmente tener capacidad para ejercer sus derechos independientemente a los adultos.” (Quiroz, 2013: 54). Pero se ha malentendido, que esto implica aislamiento del procedimiento.

En suma, se contempla en primer lugar la protección pero también ante vulneración o amenaza, es decir; cuando falla la prevención, se debe realizar el restablecimiento de derechos, debiendo que tomar las medidas indispensables para que se recupere la dignidad de las personas menores de 18 años, reconstruyendo todas las condiciones para que su vida tome nuevamente el curso normal.

Esto exige mayor acción de la familia, la sociedad y especialmente de las instituciones del Estado. En el procedimiento penal, no solo el establecimiento de la responsabilidad individual en cuanto a la comisión de la conducta delictiva prohibida por la ley, sino también la importancia de reconocer la responsabilidad de la comunidad y del Estado. Siendo así, en el procedimiento se exige una mayor acción del Juez,³⁹ pues generalmente se queda en el establecimiento de la responsabilidad individual,

³⁸ El artículo 10 de la Ley 1098 de 2006, concibe la corresponsabilidad como la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, lo cual implica actuar de manera conjunta para que se satisfagan, como se ha dicho sus derechos.

³⁹ La Corte Constitucional colombiana ha determinado que “nuestro ordenamiento jurídico atribuye a los niños la condición de sujetos de especial protección constitucional, razón por la cual, también deben ser objeto de medidas de discriminación positiva, orientadas a materializar en ellos el fin ulterior del Estado social de derecho.” Corte Constitucional, Sentencia T-796 de 2013, 12 de noviembre de 2013, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

(...) por una parte, resulta obvio y evidente que el nuevo derecho exige una profunda renovación en las filas de los operadores jurídicos (jueces, fiscales, defensores), no resulta tan clara la extensión y profundidad de la renovación, necesaria en el campo de los operadores sociales (pedagogos, asistentes sociales, psicólogos, etc.) (Quiroz, 2013: 18).

Basta con señalar, como ya se ha hecho en los primeros apartados, que la creación de normas, el aumento de las penas, la creación de categorías delictivas, no son suficientes para la garantía de los derechos de las personas menores de 18 años, por lo cual debe tenerse en cuenta que en el sistema jurídico no existen soluciones definitivas para la protección de derechos, pues surgen necesidades y condiciones nuevas para el desarrollo de los mismos, se tiene que existen

(...) leyes que, si bien nadie piensa como instrumentos mágicos, ni mucho menos suficientes para cualquier cambio profundo en las condiciones materiales de la infancia, han servido para ser entendidas como condición sine qua non de la mejora de la situación de niños y adolescentes. (Quiroz, 2013: 18).

Puede parecer una obviedad que las personas menores de 18 años se encuentran en una situación propensa a la vulneración de derechos, por esta razón es que se hace indispensable que:

“La comprensión, aceptación y defensa de los niños y de sus derechos, es impostergable en el sistema colombiano, históricamente dominado por la comprensión civilista del menor como “incapaz” y como titular de derechos de segundo nivel respecto del adulto, en un medio de altísima violencia intrafamiliar.” (Quinche, 2012: 250).

Lo anterior implica garantizar el acceso a servicios públicos, asegurar las condiciones de bienestar y de desarrollo sano e integral, el derecho a ser escuchados y a tener en cuenta su opinión en la toma de decisiones; en cuanto este derecho debe considerarse que “El derecho a ser escuchado, significa también el derecho a ser respetado en su capacidad de orientación autónoma a comenzar con la esfera vegetativa para llegar a la esfera intelectual y moral.” (García, Méndez, 1998: 55), así como el mantenimiento de la unidad familiar, la protección ante cualquier forma de abandono, el deber de velar porque las decisiones administrativas y judiciales que se tomen sean las que más beneficio representen para ellos, la garantía de la primacía de sus derechos y ante una colisión de sus derechos con los de los demás se debe tomar la decisión más favorable.

De otro lado, el respeto por sus libertades y especialmente el acompañamiento para determinar su religión, cultura, identidad de género, cultura, son aspectos que deben ser tomados en cuenta, aspectos incluidos en todos estos postulados que se integran tanto al régimen jurídico interno, como a los tratados y convenios internacionales que sobre los niños se han ratificado en el país.

Los derechos no pueden considerarse de forma aislada, asignándoles a unos rango constitucional y ponderándolos por encima de los demás, sino que debe tenerse en cuenta que estas garantías se tendrán y tendrán un mayor grado de exigibilidad dependiendo de la acción que se exige del Estado. (Quiroz, 2013: 107)

Siendo así,

(...) además de los derechos reconocidos para todos los seres humanos independiente de su edad, los menores de 18 años, por su condición particular de vivir un proceso de maduración física y mental, necesitan de “protección y cuidados especiales” que garanticen el desarrollo de sus capacidades físicas, intelectuales, espirituales, morales y sociales. (Durán, 2010: 39).

No importa qué derecho se considere vulnerado, la primera actuación previa al restablecimiento comporta que la autoridad administrativa o judicial observe si se están accediendo a todos los derechos y en el caso de que no se esté haciendo, se tomen todas las medidas para ello, pudiendo ser anteriores o concurrentes al restablecimiento. Exige esto, entonces, una autoridad proactiva y comprometida con la protección de los derechos de los niños.

Hay que mencionar además que no puede supeditarse la política criminal en delitos sexuales, al aumento de las penas y a la excesiva atención al desarrollo del procedimiento, pues debe reconocerse que la falta de prevención y la poca educación que se da al respecto de la libertad y formación sexual, también tienen que ver con la comisión del delito. Las personas, ignoran, y de qué manera, entre quiénes y cuándo es posible ejercer de forma sana esa libertad. Además debe vencerse el tabú frente a ella, pensando que lo mejor es negar cualquier posibilidad de ejercicio de dicha la libertad. Como lo menciona Huertas, “La prevención del delito, entonces, se constituye como la estrategia idónea para el control de la criminalidad, nadie podría discutir que es mejor evitar la existencia de víctimas a la reparación de estas.” (2019:328)

De donde resulta que la ignorancia frente la libertad sexual impide que cualquier persona, que puede latentemente ser una víctima, pueda detectar cuándo se encuentra en una situación que trasgrede su derecho y cuándo en un desarrollo normal del mismo. Se defiende entonces la idea de que una parte de los delitos podrían evitarse si la posible víctima está en capacidad de reconocer una trasgresión, detenerla y así mismo pedir ayuda sin esperar un resultado indeseable.

Los niños, niñas y adolescentes deben poder hablar con confianza sobre la sexualidad, para que no teman informar que algo extraño ocurre y que trasgrede su integridad, es decir; manifestar la

incomodidad que pueda llegar a ocurrir por tocamientos de un tercero a sus cuerpos. Más que el procedimiento, es necesario fomentar en los menores de 14 años, la autodeterminación, el desarrollo de una conciencia plena, que les permita distinguir entre lo que está bien y lo que está mal. Esto se da por la llamada sexofobia, que niega la sexualidad infantil, sus manifestaciones y que parte de hablar de la sexualidad solamente expresando sus peligros (López Sánchez, 2015: 13).

En resumen, la tarea educativa no puede atribuirse al proceso, pues este sólo delimita desde el punto de vista jurídico cómo se establece la responsabilidad, los medios de prueba que permitirán llegar a ella y si la persona procesada es el responsable penalmente. El procedimiento penal no logra la abstención, ni evita la transgresión de la libertad y formación sexual, ello se precisa con el fin de que no se le exija más allá de lo que realmente puede dar, y para que en el desarrollo de su observación se tenga claridad acerca de qué puede predicarse cuando éste se realiza. Comprender que “el proceso jurídico – penal puede considerarse un verdadero analizador (artificial, ya que es un dispositivo montado técnicamente por los hombres) de la situación de los individuos frente a la ley y de la ley misma”. (Volnovich, 2002: 146).

La norma define restablecimiento de derechos como “la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados.” (Ley 1098 de 2006, Artículo 50).

Entendiendo, además, que es obligación del Estado, es decir; de todas las instituciones, lograr la recomposición de los derechos.

El restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes es responsabilidad del Estado en su conjunto a través de las autoridades públicas, quienes tienen la obligación de informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, las niñas o los adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad. Cuando esto ocurra, la autoridad competente deberá asegurarse de que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar garantice su vinculación a los servicios sociales. (Ley 1098 de 2006, Artículo 51).

Se plantea entonces que, el procedimiento penal en delitos cometidos contra personas menores de 14 años es un proceso de restablecimiento de derechos, de un lado porque es una obligación clara, en virtud de los deberes del Estado, contenida en la ley de infancia y adolescencia y del otro, teniendo en cuenta que en el Código de Procedimiento Penal –Ley 906 de 2004– en su artículo 22, se estipula

que la Fiscalía General de la Nación y los Jueces en los casos en que proceda deben adoptar las medidas que se requieran para la recuperación y/o reconstitución del derecho vulnerado con el delito.

En síntesis, si la primera obligación es la protección y garantía de los niños, en caso de fallar en ese deber, se debe propender por el restablecimiento, el cual incluso está contemplado en la ley procesal penal. Constituye entonces un fundamento para la jurisdicción penal y de obligatorio cumplimiento para la administración de justicia en esta área.

De acuerdo con lo enunciado, quienes administran justicia, como parte del Estado, están obligados al restablecimiento, y como se dijo en el apartado anterior se estableció un procedimiento especial (Ley 1098 de 2006, Artículos 192 – 195) cuando los niños, niñas o adolescentes son víctimas de delitos, ello orienta la actuación del funcionario judicial sin distinción de la rama al derecho a la que pertenece, (Ley 1098 de 2006, Artículo 192) siendo así estos deben:

- Tener en cuenta el interés superior del niño.
- Garantizar la prevalencia de sus derechos.
- Asegurar la protección integral.
- Considerar los derechos que hacen parte del llamado bloque de constitucionalidad.

Para hacer efectivos estos principios, se establece que los funcionarios deben tener en cuenta algunos criterios (Ley 1098 de 2006, Artículos 193 – 194) pensados especialmente para los casos en que los niños son víctimas, se pueden categorizar de la siguiente manera: a). En aquellos se aplican en el curso de las diligencias, b). En lo que se enfocan en la garantía de derechos, c). En cuanto a las obligaciones de las autoridades, y d). En cuanto a la potestad de tomar decisiones de oficio. Se delimitan así:

a). En el curso de las diligencias:

- No exponer al niño frente al agresor.
- Priorizar todas las diligencias, pruebas, actuaciones y decisiones que se deben tomar en los procesos.
- En caso de terminación anticipada por conciliación, desistimiento o indemnización integral velar porque no se vulneren los derechos de los niños.
- Evitar la revictimización y la generación de nuevos daños.

- Informar, orientar y brindar información sobre la finalidad del proceso y las diligencias que se realizan en él.

b). En cuanto a la garantía de derechos debe asegurar:

- El restablecimiento pleno de los derechos garantizando la sanción a los responsables, así como la indemnización de los perjuicios causados.
- El derecho de los niños a ser escuchados, respetando entre otros su derecho a la dignidad e intimidad.
- Garantizar que el niño participe de forma libre en las diligencias en las que se le requiera.
- Que los niños emitan su consentimiento para procedimientos médicos.

c). Como una obligación de abstención por parte de la autoridad:

- Prescindir de aplicar el principio de oportunidad.
- Sustraerse de aplicar ejecución condicional de la pena.
- Inhibirse de decretar detención domiciliaria en los casos en que el imputado sea del núcleo familiar de la víctima.

d). En cuanto al decreto de oficio:

- Citar para que garanticen los derechos a los padres, representantes legales o quien este al cuidado del niño.
- Vincular a la Defensoría de Familia para que garantice los derechos y su restablecimiento.
- Decretar las medidas cautelares que garanticen la indemnización y el pago de perjuicios.
- Acudir ante el Juez de Garantías en caso de que se requiera la práctica de procedimientos médicos y no se haya emitido el consentimiento por parte del niño, sus representantes legales o la Defensoría de Familia.
- Ordenar a las autoridades competentes las medidas que sean indispensables para la garantía de la seguridad del niño o sus familiares.
- Iniciar el incidente de reparación integral.

A las anteriores medidas se le suman reglas especiales cuando el niño, niña o adolescente ha sido víctima de delitos tales como: homicidio, lesiones personales dolosas, secuestro y delitos contra la

libertad, integridad y formación sexual, o como se ha venido desarrollando en el presente escrito, abuso sexual.

Las reglas (Ley 1098 de 2006, Artículo 199) son las siguientes:

- La medida de aseguramiento por excelencia es la detención en establecimiento de reclusión.
- No pueden aplicarse medidas no privativas de la libertad.

No se concede:

- El beneficio de sustitución de la ejecución de la pena.

No procede:

- La suspensión condicional de la ejecución de la pena.
- El otorgamiento de rebajas por sentencia anticipada y confesión.
- La sustitución de la detención preventiva o ejecución de la pena bajo modalidad de detención domiciliaria.
- La aplicación de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad.
- La extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad cuando se ha realizado la reparación integral de los perjuicios.
- La rebaja de penas por preacuerdos o negociaciones.
- El otorgamiento de beneficios, subrogados judiciales o administrativos. Solo aplican en caso de colaboración.

Las anteriores reglas implican que se ha cometido un delito, por ello la autoridad judicial encargada de su aplicación es el Juez penal en el marco del procedimiento que se lleva a cabo cuando una persona menor de 18 años es víctima de delitos contra su libertad, integridad y formación sexual.

Una dificultad importante en la aplicación de las reglas enunciadas, es que éstas no son inmutables, sino que deben armonizarse con el derecho penal y procesal penal. Al respecto, la Ley 1709 de 2014⁴⁰ estableció parámetros a tenerse en cuenta en cuando a las penas y medidas de seguridad, centros de reclusión, labor judicial en este campo, entre otras. Fijó como un derecho la redención de la pena y

⁴⁰ Esta ley reformó en algunas de sus disposiciones la ley 55 de 1985, la ley 65 de 1993 y el Código Penal – Ley 599 de 2000.

que, por lo tanto, una persona privada de la libertad por encontrarse responsable de un delito contra la libertad, integridad y formación sexual, sí puede acceder a los beneficios de descuento de días de prisión por estudio, enseñanza, trabajo, actividades deportivas y artísticas y cualquier otro mecanismo de resocialización.

Conforme se ha dicho, desde el punto de vista constitucional no puede negarse la redención de la pena, y, por tanto, no puede negarse la posibilidad de brindar beneficios o subrogados judiciales o administrativos. Al estudiar esta ley, la Corte Constitucional determinó que:

(...) la posibilidad de redimir pena por estudio, enseñanza, trabajo, actividades deportivas y artísticas, y cualquier otro mecanismo de resocialización que llegare a establecerse en la política criminal estatal, debe guardar consonancia y armonía con los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la sanción, es decir que el descuento de días de prisión física no puede transformar la condena en una medida inocua que desconozca los fines preventivo y retributivo de la intervención penal. En conclusión, esta Corte afirma que los mecanismos de redención de pena previstos en el ordenamiento jurídico son aplicables a los condenados por delitos contra menores de edad.” Sin embargo, advierte que al Estado colombiano le corresponde reevaluar el diseño y ejecución de la política criminal, específicamente en lo atinente al tratamiento penitenciario, a fin de implementar programas de resocialización distintos al estudio, el trabajo, la enseñanza, el deporte y las actividades artísticas, enfocados a lograr la readaptación del infractor penal según la conducta delictiva en que haya incurrido. Esto con el fin de que la fase de la ejecución de la condena produzca resultados eficaces en la rehabilitación de internos según el tipo de delito y disminuya los niveles de reincidencia, para lograr la efectiva resocialización del individuo.⁴¹

Adicionalmente en todos los casos deben tenerse en cuenta no solo los criterios con autoridad⁴² definidos por la Corte Constitucional, sino también los principios y las reglas de procedimiento establecidas en el derecho procesal penal. Entonces, se parte de la hipótesis de que el procedimiento penal que se desarrolla cuando las personas menores de 18 años son víctimas de delitos, no busca sólo establecer la responsabilidad individual, sino también el restablecimiento de derechos, con lo cual, más adelante lo veremos en el estudio se defiende la idea de una justicia procesal penal adaptada a la niñez.

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia T-718 de 2015, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴² Debe recordarse que la Corte en un fallo de constitucionalidad, donde se sometió a estudio el artículo 25 del código Civil, estableció que la interpretación que ella misma realiza de una norma tiene un carácter obligatorio y por tanto se le considera también una interpretación con Autoridad. Corte Constitucional, Sentencia C-820 de 2006, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

2.3. Impunidad. Concepto y mecanismos que impiden el procesamiento.

Previo a definirla, se debe considerar que el derecho procesal penal nos indica el camino que deben seguir todos los actores desde el momento en que se conoce la ocurrencia del delito, por lo tanto la teoría propuesta por Zaffaroni permitirá reconocer si el diseño normativo del procedimiento penal en Colombia, genera o no impunidad. Considera el citado autor que la maquinaria procesal penal actúa bien sea como prevención del delito o como una causa de la impunidad. (Zaffaroni, 1968: 10).

El proceso puede convertirse en un factor que agrava el tratamiento del delito, pues como se verá en un capítulo más adelante, la falta de celeridad en su tratamiento genera desgaste de los funcionarios, pérdida del hilo conductor de las audiencias por no realizarse estas de manera continua, el desgaste de las víctimas y sus familiares, entre otros elementos.

Como se mencionó en la introducción de la tesis, esta investigación parte de concebir que existe una creciente impunidad frente al abuso sexual que sufren las personas menores de 14 años en Colombia, a consecuencia del deficiente diseño del proceso penal, así como del conjunto de prácticas que de forma reiterada desvirtúan la obligación de corresponsabilidad a cargo de la familia, la sociedad y el Estado en la protección de sus derechos, para ello es importante delimitar el concepto de impunidad que sirve de marco a dicha afirmación, pues el concepto de impunidad no atiende sólo a lo normativo y por consiguiente sus dimensiones tienen que ver también con el aspecto fáctico.

Con el fin de justificar la afirmación presentada con antelación, se parte del concepto de impunidad definido por Kai Ambos, entendida como la no recepción de castigo por parte del responsable, o como el escape a dicha sanción ante una falla del sistema. Para el autor, “Se puede entender ‘impunidad’ como ‘ausencia de pena’, ‘no punibilidad’ o ausencia de castigo.” (Ambos, 1997: 29).

Bajo este contexto y de conformidad con la hipótesis planteada, la impunidad en términos generales hace referencia a la falta de castigo ante la ocurrencia de abuso sexual, concepto incipiente por cuanto puede afirmarse, que desde el punto de vista legal está consagrado el castigo y la forma de llevarlo a cabo, pero esto no implica necesariamente que se aplique, pues existen mecanismos que impiden que se lleve a cabo, es decir; que limitan, entorpecen y/o dificultan el desarrollo del proceso penal que busca establecer la responsabilidad frente a la ocurrencia de este delito.

Por lo tanto, debe ampliarse el concepto de impunidad, comprenderlo como un fenómeno más específico, para ello Kai Ambos argumenta que existen dos tipos de impunidad, una de carácter normativo y otra de carácter fáctico, dice el autor:

Por impunidad normativa se entiende toda ausencia de pena, que se invoque directamente en normas, especialmente en disposiciones sobre amnistía e indulto. La fáctica es, por el contrario, el resultado fáctico, los mecanismos que no abarcan lo normativo y que impiden el procesamiento y la penalización. (Ambos, 1997: 30).

Todo ello bajo la comprensión de que la impunidad puede tener causas de carácter jurídico, esto debido a que en el ámbito jurídico pueden existir mecanismos o prácticas que dificultan o impiden el castigo efectivo a las vulneraciones de derechos. Al concepto de impunidad fáctica entendida como una ausencia de denuncia de los hechos, lo complementa el de impunidad procesal, en dos aspectos: el primero debido a la congestión del aparato judicial y el segundo por la existencia de reglas procesales o leyes especiales que impiden que se logre el castigo.

Entonces, para efectos de este estudio, el establecimiento de las reglas especiales de procedimiento por parte de la ley de infancia y adolescencia, no logra el restablecimiento de los niños. Kai Ambos defiende que en los dos casos existe responsabilidad del Estado, “Cada una de estas formas implica un grado diverso de responsabilidad estatal de la impunidad.” (Ambos, 1997: 37).

El autor arguye que esto sucede no sólo por las condiciones sociales y culturales de un país, sino también porque no puede esperarse a que el derecho resuelva todas las problemáticas de un Estado:

El derecho penal se presenta como “un mecanismo poco adecuado para ‘curar’ los graves conflictos sociales; en primer lugar por que actúa de manera más efectiva frente a los débiles sociales que frente a las clases privilegiadas, y se descuida el “crimen de cuello blanco”. Su prevalencia (efectiva), así como la reducción de la “impunidad”, sería por tanto contraproducente, como quiera que se dirige sólo a los débiles sociales y a sus delitos patrimoniales; estos delitos les ayudan empero a sobrevivir y su comisión y no penalización evitan mayores explosiones sociales. (Ambos, 1997: 39).

En definitiva, implica que no puede predicarse la efectividad del derecho penal, pues ésta no logra el cumplimiento del fin para el que fue creada, es decir, no evita la impunidad.

(...) la impunidad es inherente a una problemática sociopolítica, que representa una imagen de las relaciones socioeconómicas y políticas de una sociedad “subdesarrollada”. La “impunidad” comprendida en este sentido implica que en todo caso de ausencia de protección, especialmente de la población no privilegiada, como quiera que ésta no se puede dar ninguna

protección privada. Conduce además a un descrédito de la justicia, cuyo revés es una creciente desconfianza del pueblo respecto de las instituciones estatales.⁴³

Kai Ambos considera también que la impunidad es un hecho de carácter cotidiano y del orden mundial; es decir, que no podría predicarse una ausencia de impunidad, especialmente en cuanto a los derechos humanos; en este punto se resalta que forman parte de esta categoría los derechos de las personas menores de 18 años, es decir, los niños, niñas y adolescentes. Los cuales también se encuentran desarrollados en convenios y tratados que se integran a la legislación interna a partir del llamado bloque de constitucionalidad.

Definitivamente, las causas de la impunidad normativa que defiende el autor en torno a los derechos humanos se aplican a la presente tesis, ya que, para él “las causas de la impunidad son de tipo normativo y fáctico. Por lo general no se procesan judicialmente las violaciones de los derechos humanos porque no existe ni la voluntad ni el interés del régimen involucrado.” (Ambos, 1999: 93).⁴⁴

Se precisa que, de conformidad con los fallos de la Corte Constitucional, se ha definido en la doctrina constitucional que los derechos de los niños, niñas y adolescentes son derechos fundamentales, esta entidad considera:

(1) que sus derechos son fundamentales, (2) que sus derechos son prevalentes, (3) la norma superior eleva a un nivel constitucional la protección de los niños frente a diferentes formas de agresión, como pueden ser el abandono, la violencia física o moral, el secuestro, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral y económica y los trabajos riesgosos, (4) El ámbito normativo constitucional de protección se amplía con las normas internacionales que por disposición de la propia Carta ingresan al régimen de derechos de los niños, (5) Igualmente los infantes y adolescentes en nuestro país, dada su debilidad e indefensión con ocasión de su corta edad, vulnerabilidad y dependencia, han sido considerados sujetos de especial protección constitucional, lo que se traduce en el deber imperativo del Estado de garantizar su bienestar, (6), debe entenderse que los derechos constitucionales consagrados en el artículo 44 C.P. en favor de los niños, se refieren plenamente a toda persona menor de dieciocho años.⁴⁵

Para este estudio, es indiscutible que el Estado debe proteger y garantizar los derechos de las personas menores de 18 años, es una obligación que trae como consecuencia la activación del sistema de protección en cabeza de la administración de justicia, y en el caso de los delitos, obliga a iniciar

⁴³ El autor desarrolla su argumento apoyándose en García y Gayón y en un estudio del Ministerio de Justicia de Colombia. (Ambos, 1997: 40).

⁴⁴ En la Web: <http://nuso.org/articulo/impunidad-derechos-humanos-y-derecho-penal-internacional/>. Fecha de consulta: 18 de enero de 2017.

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia C – 240 de 2009, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

el procedimiento penal, que no solo se busque establecer la responsabilidad individual en la comisión del delito, sino también, como se ha dicho, el restablecimiento de los derechos, en los términos y siguiendo los parámetros que se enunciaron en numerales anteriores.

Aun cuando pueda considerarse que es difícil el logro del restablecimiento, por cuanto la postura del Estado puede verse como antagónica; de un lado, se penaliza la conducta, se establece cómo debe darse el castigo; pero por el otro, no se garantiza la efectividad de las normas que criminalizan la conducta, pues éstas no necesariamente inciden en la disminución de la ocurrencia del delito.

A pesar de que existe la norma esto no es garantía de su aplicación. El Estado la crea pero no se compromete con la prevención y menos a brindar todas las herramientas y mecanismos a quienes administran justicia para que su aplicación se lleve realmente a cabo. Lo anterior, no pretende abordar la discusión acerca de sí la víctima o sus familiares consideran que la pena satisface sus intereses.

Para Kai Ambos, en cuando a la garantía de no impunidad, es importante la reparación a las víctimas, para nuestro caso, el restablecimiento, el autor aduce “hasta donde sea posible hay que tratar de que la víctima vuelva a su situación original, es decir, esforzarse porque tenga algún tipo de restitución natural por medio de compensaciones financieras (...) y otras medidas similares.” (Ambos, 1999: 100).

En cuanto a los abusos sexuales cometidos contra los niños, si bien la impunidad ha sido objeto de discusión, no se ha realizado un estudio consciente sobre el tema, al respecto Rozanski afirma “Las razones de la impunidad no han sido profundamente estudiadas. La verdadera esencia del nivel de impunidad es la relación de poder. La mayoría de las denuncias fracasan.” (Rozanski, 2010, s/p).

La impunidad implica entonces, que el Estado es responsable de investigar la comisión del delito, garantizar los derechos de los involucrados e imponer las penas establecidas por él, no sólo de realizar una adecuación normativa. El sistema, no es sólo un mecanismo dirigido a cumplir con un requisito, sino que debe ser efectivo, e ir más allá y dejar de ser una muestra de voluntad.

En síntesis, se verifica la capacidad el Estado y los recursos que dispone, para cumplir de forma eficaz con la protección de los derechos de los ciudadanos y especialmente en derecho penal y procesal penal, asumir la investigación de los delitos e impartir justicia. En este sentido, volviendo a las cifras presentadas en el primer capítulo, es claro que no se logra atender, por falta de capacidad,

el número de casos que ingresa efectivamente a conocimiento de la rama judicial; el diseño institucional, la falta de autoridades, impiden que se logró investigar el delito, reparar el daño y, en consecuencia, disminuir la ocurrencia de los delitos.

En contraste con lo anterior, el sistema debe ser efectivo, cumplir el objetivo para el cual se creó, investigar, corroborar los hechos denunciados e iniciar el procedimiento sin dilaciones es lo que se espera del Estado, en virtud del principio de corresponsabilidad, partiendo de:

(...) que el abuso sexual ocurre con frecuencia es una realidad, mucho más que una posibilidad. El deber del profesional, en el lugar de la intervención en que se encuentre, tanto por responsabilidad profesional como por responsabilidad ciudadana, es encaminar su tarea de la manera más eficaz posible para establecer si en cada caso denunciado esa realidad se ha dado o no. (Baita y Morero, 2015: 10).

En el procedimiento penal no sólo se debe establecer la responsabilidad, sino también mitigar el impacto que tienen las conductas de acto sexual y acceso carnal abusivo en personas menores de 14 años, el restablecimiento debe ser una de las estrategias para el abordaje del proceso. Con ello se espera que el diseño normativo e institucional se oriente hacia la disminución de los obstáculos que se puedan presentar para la administración de justicia. (González, 2012:34).

En síntesis, y siguiendo la línea de argumentación propuesta, el procedimiento no solo se realiza para establecer la responsabilidad penal, sino también para la garantía del restablecimiento de derechos de la víctima.

Por lo tanto, es relevante tener claridad acerca de los factores que generan impunidad, pues ello facilita la comunicación entre el derecho y la realidad, ello permite fundamentar académica y científicamente la transformación al procedimiento penal de restablecimiento de derechos de los niños niñas y adolescentes menores de 14 años que han sido víctimas de abuso sexual, llevando a que la justicia procesal penal se adapte a la niñez.

Por otra parte, cuando se habla del deficiente diseño normativo e institucional, no se tiene en cuenta lo concerniente a los tipos penales. En principio se parte de considerar que existe un primer consenso en cuanto a las conductas que se consideran abuso sexual, y las formas en que se concretan.

Se destaca que el concepto de impunidad alude también a la exigencia del cumplimiento de las funciones del sistema de administración de justicia, el cual es responsable del restablecimiento de derechos no sólo por mandato legal, sino principalmente porque una vez que se inicia el

procedimiento penal puede tomar determinaciones para la seguridad de la víctima protegiéndola de futuros abusos de la persona acusada o evitando la revictimización en el curso del proceso. Por lo tanto, se afirma que la justicia penal entonces no le compete únicamente el papel de determinar si el delito que fue denunciado ocurrió o no, y si la persona que fue acusada es la responsable del delito.

Es importante reconocer los límites del procedimiento penal y principalmente de los funcionarios judiciales, ya que éstos solo pueden hacerse una noción conceptual del abuso sexual, ya que la verdadera vivencia y el detalle de lo ocurrido lo tiene la víctima, que en muchos casos no logra transmitirla aun en entrevista:

Todos los individuos, en su condición de ciudadanos, saben que existe un sistema judicial, y un orden legal que rige sus vidas en la sociedad que habitan, pero eso no implica necesariamente conocer cómo funciona dicho sistema. Quienes trabajan en él conocen su funcionamiento porque son parte de él, pero a veces pueden pecar de insensibles cuando dan información poco clara a las personas que deben atender. (Baita y Morero, 2015: 263).

Lo anterior desde otro punto de vista, puede implicar una postura conveniente para el funcionario, ya que:

Mantener distancia y ser expeditivos puede ayudarlos a enfrentar enormes cantidades de trabajo, pero también los protege del dolor ajeno, para el cual no necesariamente son preparados. Esta autoprotección puede ser funcional para quien la ejerce, pero puede dejar desprovistos a quienes van a la justicia en busca de ayuda y protección para sus derechos vulnerados. (Baita y Morero, 2015: 263 - 264).

Por ejemplo, una primera medida para el cumplimiento del restablecimiento de derechos es que una vez se conoce acerca de la ocurrencia de la agresión sexual, “la justicia puede actuar haciendo valer una suspensión de contacto” (Baita y Morero, 2015: 39), es decir evitando y/o limitando el acceso que el acusado pueda tener hacia la víctima, con el fin de evitar nuevas agresiones. Para evitar la impunidad en estos casos, a los funcionarios del sistema de administración de justicia, también les compete “tener muy en cuenta las circunstancias que caracterizan los abusos infantiles, a la hora de tomar cada una de las medidas judiciales que corresponden a las distintas etapas por las que atraviesa esa clase de expedientes.” (Rozanski, 2002: 39).

Otra vertiente que genera impunidad, pero que a la vez contribuye a la valoración negativa del proceso, es que las medidas que se adoptan para el legislador pueden tener una alta eficacia simbólica, por ejemplo medidas como el aumento de las penas y el establecimiento de otras sanciones más fuertes en contra de quienes sean condenados por una agresión sexual. Sin embargo, el incremento de penas no tiene el mismo efecto simbólico para la actuación del juez pues, en caso

de que el procedimiento penal no llegue a la convicción de responsabilidad frente al acusado, o que el juez opte, de acuerdo con lo probado en el caso, por aplicar una pena inferior a la máxima posible, contribuye al malestar contra la justicia, generando la percepción de que la administración de justicia no cumple con el mandato del legislador.

De manera semejante, se considera que la forma como se realizó el diseño normativo choca con la realidad, pues como se ha dicho la legislación de infancia introdujo reglas especiales de procedimiento, que no fueron reflexionadas y creadas en coordinación con la justicia penal, ni procesal penal.

Lo dicho implica que unos principios que se supone son transversales al procedimiento penal, como lo son el interés superior, la prevalencia de derechos y la protección integral, tienden a ser desconocidos para cumplir con los principios procesales penales:

(...) en la práctica, la labor de la justicia penal está dirigida en la mayor parte de su actividad al esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables. Por esta razón, en la mayoría de los casos se pierde de vista la obligación de protección del niño (objetivo primario), privilegiándose la represión del delito (objetivo secundario). Así, se direccionan las actuaciones hacia la maraña burocrática donde el bienestar de la criatura pasa a segundo plano, siendo revictimizada una y otra vez en cada etapa del proceso. (Rozanski, 2002: 40)

En este contexto es importante tener en cuenta la carencia en el diseño institucional en cuanto a que no existe una política de intervención articulada con todas las instituciones que tratan con víctimas de abuso sexual, no se tienen funciones coordinadas, se realizan de manera sectorizada, no enfocadas a la prevención y que no dialogan entre sí. Se repelen unas a otras, cuando el ideal es la coordinación y cooperación entre las instituciones.

Siendo de otro resorte, la consideración de que no se garantiza por el Estado igual oferta institucional y de atención en todos los lugares del país. Es decir, territorialmente existen diferencias en cuanto a la administración de justicia, teniendo zonas en las cuales existe toda la oferta institucional y otras donde no. Las carencias del diseño institucional y normativo hacen que se incumpla el deber de protección integral, perjudican el desarrollo del procedimiento penal, teniendo como resultado la impunidad. Estas carencias se concretan en:

- No articulación entre las instituciones que intervienen ante la ocurrencia de una agresión sexual.
- Desconocimiento de la prohibición de realizar más de una entrevista a la víctima, en ocasiones tanto el funcionario de la fiscalía, médico, legista, psicólogo, defensor de familia o trabajador

social indagan a la víctima sobre lo sucedido y por si esto fuera poco, también en muchos casos es llevado al proceso.

- El desconocimiento de las reglas especiales de procedimiento que se establecen para este tipo de delitos.
- La falta de suministro de información suficiente a la víctima y su familia acerca de las etapas y acciones a seguir.

Indiscutiblemente, el tratamiento que se le da a las víctimas de abuso sexual no es, ni debe ser el mismo que se le da a los demás delitos, no solo porque expresamente se prohíbe la revictimización, sino además por ser un sujeto de especial protección constitucional al que, como ya se dijo en el numeral anterior, se le considera tradicionalmente más vulnerable. Es decir, el procedimiento penal en estos casos comporta un área de alta especialización.

Debe tenerse en cuenta que en lo tocante al abuso sexual en los términos del presente escrito, la Convención sobre los Derechos del Niño,⁴⁶ ratificada por Colombia y que hace parte del bloque de constitucionalidad, establece que es deber del Estado adoptar las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas que se requieran para la protección de los niños, niñas y adolescentes contra toda forma de abuso sexual.⁴⁷ Estas medidas, en primer lugar son de carácter preventivo, igualmente establece el compromiso de adoptar procedimientos eficaces que garanticen la asistencia a los niños y la intervención judicial en dichos casos.

Lo más importante es considerar que la anterior obligación no se concreta con el endurecimiento de las penas; es decir, en el aspecto represivo y sancionatorio, sino en el establecimiento de mecanismos eficaces para la prevención del abuso sexual infantil y la garantía del restablecimiento.

Al respecto de lo dicho, se resalta que la penalización de las conductas y el establecimiento del proceso penal cumplen con una función disuasoria; es decir, se espera que los ciudadanos no cometan conductas punibles, pero más allá de eso, se considera que el procedimiento penal, es en sí mismo, un proceso de restablecimiento de derechos. Al tener dicha connotación, cumple una función de protección integral, buscando que cese la trasgresión a los derechos. Así como una función preventiva, en el sentido de que con las medidas que se adopten se espera no vuelva a ocurrir una nueva trasgresión.

⁴⁶ Ratificada en Colombia mediante Ley 12 de 1991.

⁴⁷ Obligación contenida en el artículo 19 de la Convención.

Resumiendo, se esperaría del diseño institucional y normativo, que ante el conocimiento de la ocurrencia del delito, se active el andamiaje institucional, por lo tanto cada entidad, funcionario y responsable del cumplimiento de la norma, debe no sólo estar al tanto de todos los medios que la legislación establece, sino ponerlos en marcha para la efectiva protección de sus derechos; así mismo asegurar la representación y defensa de los mismos. “El propio procedimiento ahonda la afectación personal sufrida con los delitos de los que resultan víctimas, en tanto los operadores del sistema penal procesal determinan y agudizan sus condiciones de desamparo e inseguridad, lo que reafirma su etiqueta de víctimas” (Gallego, 2008: 160).

La optimización de las reglas creadas, de las herramientas jurídicas disponibles tanto para el funcionario judicial, como para quienes se encargan de la protección, deben asegurar la garantía y el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Es probable que surja resistencia a considerar que el procedimiento penal sea también un proceso de restablecimiento de derechos, pero en los términos ya enunciados, de la sola redacción normativa se deduce válidamente su concreción.

Todo lo anterior lleva a que se cambie la forma de pensar el procedimiento penal, teniendo en cuenta no sólo la función de la pena o la mayor punibilidad, sino el restablecimiento, que acompaña la determinación de la responsabilidad penal. Se exige entonces de todo el procedimiento, no sólo del incidente de reparación integral.

Se podría objetar que se pone en entredicho el principio de legalidad, base del derecho penal. Pero si bien los funcionarios que administran justicia están atados a los parámetros establecidos por el legislador, es posible la articulación y el cumplimiento de los principios del derecho de infancia y adolescencia, entendiendo estos últimos como una oportunidad para cumplir con el mandato de protección integral de las personas menores de 18 años en el país.

El presente escrito se propuso evidenciar el desafío al que se está enfrentando el diseño normativo e institucional; esto es, ver el derecho no de forma sectorizada, sino a potenciar la coordinación e integración del mismo. No es cambiar el modelo por otro, sino partir de que el existente se complementa, puede modificarse y por consiguiente fortalecerse. Siendo así, el procedimiento penal en estos casos es especializado y se nutre del derecho de infancia y adolescencia, así como de los desarrollos constitucionales, bloque de constitucionalidad en materia de protección a las personas menores de 18 años, llevando a considerar una justicia procesal penal adaptada a la niñez.

En este sentido, la impunidad se concreta a la vez en que, dada la especialidad de las áreas del derecho, se tienen interpretaciones legales en el procedimiento penal alejadas del ideal de protección y garantía, contenido en la ley de infancia y adolescencia, y esto ocurre no por un capricho del administrador de justicia en el campo penal, sino por su no vinculación al derecho procesal penal como una reforma específica del campo, sino como una creación aislada que se entiende vincula al administrador de justicia en el área de familia. El problema estriba también en el proceso de creación de las leyes.

No se discute que el poder legislativo sea el encargado de realizar estas reformas, y que cuando entran en vigencia vinculan al poder judicial; pero que su producción sea conforme al procedimiento establecido por la autoridad competente, no implica que la ley se ajuste a las exigencias de la realidad. Siendo así, lo que se exige en materia de protección a las personas menores de 18 años, es que se mejore el producto que crea el legislador, que se establezcan límites a la inflación de las penas, teniendo en cuenta que éstas no han sido la solución para el restablecimiento de derechos, así como tampoco para disminuir la ocurrencia de abuso sexual.

Entonces, al derecho procesal penal en estos casos se le debe exigir esa doble función, no solo la disuasiva, sino también de restablecimiento. Ya que es evidente que “otro de los elementos característicos de la legislación actual, la proliferación de leyes simbólicas que contradicen el ideal, según el cual ellas deben producir, al aplicarse, efectos óptimos” (Sarrabayrouse, 2012: 35). Se concluye tácitamente que las reglas especiales de procedimiento establecidas por el derecho de infancia y adolescencia no son efectivas en la práctica.

Por lo tanto, las medidas adoptadas no resuelven el problema que se supone pretende superar, apuntan más bien al capital político del legislador, se convierten en su proyecto bandera para obtener capital votante, pero no logra nada más.

Esta clase de leyes tiene una forma aparente de ley, es decir, desde un principio no apuntan a ser efectivas en la práctica. Pese a que medidas desde su efectividad deben ser consideradas irracionales, puede ocurrir que el legislador les asigne sentido y significado. Así, en algunos casos, el valor de estas leyes se encuentra en el campo político, pues a través de ellas se pretende reafirmar determinados valores. (...) Están dirigidas a la conciencia del grupo social y no se dirigen a obtener alguna clase de comportamiento. (Sarrabayrouse, 2012: 35).

Lo anterior implica que las leyes no llevan a ningún cambio en la situación que justificó su creación. Lo cual obliga a que se exija del legislador un verdadero interés por estudiar las razones que se

aducen para la creación de una ley y propiciar que realmente incida en la transformación de la situación que se pretende superar, ya que, al no realizarse esta tarea, la aplicación de la ley inevitablemente generará mayor impunidad, pues no logra cumplir u obtener el resultado esperado. El Juez debe cumplir con el procedimiento penal diseñado para el abuso sexual cuando la víctima es una persona menor de 14 años, pero estas disposiciones a su vez fueron creadas sin seguir ningún procedimiento de justificación racional, solo un procedimiento formal para su trámite.

Ahora, entendiendo que eso es lo que hay, hasta tanto no se logre el ideal de racionalizar el procedimiento, atendiendo a un fin comprensivo de los derechos de los dos sujetos de especial protección constitucional, debe exigirse la concreción de las reglas especiales de procedimiento, las directrices constitucionales y los postulados establecidos en los tratados y convenios internacionales ratificados por el país en materia de protección a la niñez.

Finalmente, pueden contrarrestarse las ideas presentadas con los estudios sobre el Índice Global de Impunidad, desarrollado por el Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia CESJI, de la Universidad de las Américas de Puebla, que creó dicho índice con el objetivo de medir los niveles de impunidad en el mundo, considerando que: “La impunidad es un fenómeno multidimensional que va más allá del análisis de los delitos susceptibles de ser castigados, como el homicidio. Y ésta tiene tres grandes dimensiones: seguridad, justicia y derechos humanos.” (CESIJ – UDLAP, página web: <https://www.udlap.mx/>)

El concepto enunciado tiene en cuenta la definición de la ONU sobre impunidad, es decir, se considera que existe impunidad cuando no se establece responsabilidad penal, así como tampoco se indemniza el daño causado (ONU, 2005). En el conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, se define esta como:

(...) la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas. (Comisión Colombiana de Juristas, 2007:37)

De acuerdo con este Centro de Estudios, Colombia se ubica dentro de los países con mayores índices de impunidad, encontrándose en esta posición desde el año 2015, fecha en la que se publicó el primer

informe, en el cual el país se ubicó en el tercer puesto con un índice de 75.6. Para el año, 2017, el país ocupó el puesto No. 5 en América Latina, con un índice de 66.57, ubicándose como uno de los países con mayor índice. El cual tiene en cuenta el sistema de seguridad, justicia, dimensión de los derechos humanos, número de policías por cada 100 mil habitantes, capacidad y personal de los centros de reclusión, número de jueces por cada 100 mil habitantes, encarcelados con y sin sentencia, entre otros.

Para el año 2019, el informe tomó como caso de estudio a Colombia, encontrando que el 57% de los departamentos en Colombia tienen niveles altos o muy altos de impunidad, y tan solo el 9% presenta un nivel bajo. (IGI-COL, 2019: Pág. 8).

Si bien, el índice global de impunidad no discrimina los delitos sexuales cometidos contra menores de 14 años, contrastados con las cifras obtenidas de la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico del Consejo Superior de la Judicatura, se evidencia que, considerando las cifras, el nivel de impunidad es alto, especialmente porque no se logra administrar justicia en todos los casos y las investigaciones tampoco logran identificar más allá de cualquier duda al responsable de la comisión del delito; en consecuencia, tampoco se repara a las víctimas.

2.4. Conclusiones

Se planteó al inicio del capítulo que se presentarían los conceptos que permitieron comprender el estudio de sociología procesal penal realizado, y que explican la hipótesis de investigación, así como los aspectos más relevantes que teóricamente deben tenerse en cuenta luego de la observación para afirmar que se genera impunidad, tanto en el escenario institucional como en el procesa, en los casos de acto sexual y acceso carnal en personas menores de 14 años.

Así mismo, de acuerdo con la Ley de Infancia y Adolescencia, si bien existe la exigencia legal, no se aplican o se aplican deficientemente las reglas especiales de procedimiento cuando las personas menores de edad son víctimas. Esa falta de eficacia normativa se relaciona con el desconocimiento de que las reglas especiales se crearon, por un lado, porque los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección constitucional; y de otro lado, porque se buscaba lograr con ellas el restablecimiento de los derechos amenazados o vulnerados. Todo ello en virtud del principio de corresponsabilidad al que están obligados la familia, la sociedad y el Estado. Finalmente, se buscó dar respuesta a si los fines y directrices del derecho procesal penal estaban llamados a cumplirse, bajo el enfoque de infancia.

A partir de estos planteamientos, se pudo ver en el desarrollo del capítulo que la sociología procesal penal es aquella rama de la sociología jurídica especializada que considera al proceso penal como fenómeno social, por lo cual permite que se analice el procedimiento y no las conductas que llevan a que se realice el delito (criminología etiológica), ni las reacciones sociales frente al mismo (criminología de la reacción social). Se parte de que una investigación con este marco conceptual no se centra en el estudio de lo normativo, más sí en la práctica, en la cotidianidad del proceso que no sólo tiene que ver con la norma.

Por lo cual, esta forma de ver el proceso permite que se analice el derecho en su dimensión dinámica, concentrándose en la forma en que se pone en marcha la normatividad y la forma como se dan las interacciones e interpretaciones por parte de quienes participan en él.

El método sociológico que orienta este estudio y el modelo operativo para su realización que se ha planteado, buscan convertirse en una forma de analizar el procedimiento penal que contribuye a las discusiones, reformas y que redundan por lo tanto en la disminución de la impunidad, especialmente en los casos en los cuales los niños, niñas y adolescentes son víctimas de abuso sexual. Especialmente, para que el procedimiento penal responda a las necesidades de protección y restablecimiento de los derechos de la infancia y la adolescencia. Se parte de considerar que:

La finalidad que busca la sociología procesal penal, es demostrar que efectivamente el proceso penal es una forma de regular la conducta social, empero, tomando en cuenta que el derecho es perfectible, es necesario moldear o corregir las formas de procedimiento existentes, en virtud de que las que actualmente se tienen no se ajustan a la necesidad y realidad social. (Martínez Castro, 1997: 149).

Como pudo verse, esto permitió vislumbrar las fortalezas y debilidades del procedimiento y eventualmente proponer acciones de mejora, transformaciones y modificaciones que robustezcan el proceso, superando elementos que lo debiliten y amenacen los derechos de quienes participan en él, especialmente para que se logre el restablecimiento de los derechos de la víctima menor de 18 años.

Se tiene que:

Mediante la sociología procesal penal se tienen las bases para sostener las necesidades de un proceso penal actualizado, pero además de ello y de primer orden, distinguir de su concepto y definición, que lo es de carácter universal, entre sí se trata de un procedimiento penal o bien de un proceso penal. No podemos hablar de una verdadera ciencia cuando unos hablan de géneros y otros de especies, como lo es el procedimiento y el proceso (Martínez Castro, 1997: 150-51).

Partiendo entonces de que el proceso penal es un fenómeno social, se justificó la realización de un análisis científico del procedimiento en los procesos penales cometidos contra personas menores de 14 años, en donde se considere la interacción entre los sujetos que hacen parte del proceso, las particularidades materiales, espaciales, así como los factores negativos, comportamientos, posiciones y conductas de quienes participan del proceso.

Sin olvidar para ello que es indispensable que el observador cuente con un conocimiento previo de la normatividad, así como de la teoría sobre la temática. Sin embargo, esto no implica que su conocimiento no sea necesario, ya que permite indirectamente formular las preguntas teóricas que orientan la investigación, así mismo conocer la naturaleza del espacio que se está investigando (Giddens, 2014: 801).

Teniendo en cuenta ese panorama, se conceptuó que la observación de la realidad interna del proceso penal se realiza teniendo en cuenta que en este escenario confluyen diferentes sujetos, que desde la postura y/o interés que cada uno se busca obtener de la administración de justicia una decisión favorable a su favor. En este sentido desarrolla estrategias enfocadas a ello, las cuales solo se pueden comprender estando en el escenario y no de la lectura de un expediente.

Respecto de lo anterior, debe tenerse en cuenta que no se desestima el análisis del expediente, pues este permite también evidenciar otras posturas, sólo que para el estudio de campo que se propone, no se lograrían los objetivos teniendo como base su consulta, para nuestro caso, esto constituiría un factor más de análisis.

Por lo anterior, se recurrió igualmente a la teoría de la práctica planteada por Hassemer, en la cual defiende que observar críticamente la práctica es indispensable para generar los cambios que esta necesita, por ello plantea específicamente que “un remedio real frente a una justicia que lesiona el derecho, es su observación crítica.” (2003: 43). Pero dicha observación partiendo del conocimiento sobre la justicia de quien la observa.

Aunque es importante tener en cuenta que, con la observación, así como no se desprecia la teoría, tampoco se desestima el análisis de los expedientes, pues este permite también evidenciar otros elementos como son las intenciones teóricas de las partes, sus argumentos frente a la conceptualización en el derecho y la forma en que interpretan también las normas. Con ello se determina que son un factor más de análisis.

Realizada la precisión anterior, y retomando a Hassemer “existiría una “teoría de la práctica” que, naturalmente, de manera informal, contendría, respetaría y, dado el caso, sancionaría, un conjunto de reglas para la comprensión e interpretación de las leyes; este conjunto de reglas se diferenciaría materialmente del de la teoría del método.” (Hassemer, 2003: 25).

Así mismo, podemos concluir que Zaffaroni fue pionero definir el campo de la Sociología Procesal Penal y cómo puede desarrollarse, planteamiento que puede ser complementado veintinueve años después por Martínez Castro, quien tiene a este tipo de sociología como una teoría más especializada y que se concentra en el proceso penal, tomando a este último como una forma de evidenciar la conexión con los hechos sociales y la forma en que se organiza la sociedad “cuyo contenido está investido de juridicidad y que tiene que ver entre hecho social, organización social y proceso penal.”(1997: 90).

Siendo así, no hay en las teorías planteadas un enfoque hacia lo normativo, sino una indagación a los fenómenos jurídicos que se presentan en la práctica, la cotidianidad del proceso. Comprendiendo, de acuerdo con Martínez, que la interrelación con la sociología jurídica en general es muy cercana pues “ambas disciplinas tienen la misma metodología de investigación, toda vez que se trata de ciencias relacionadas con el ser, en completa oposición al mundo del deber ser.” (1997: 97).

A partir de dichas conclusiones debe tenerse en cuenta que el estudio de la hipótesis, busca que el conocimiento de la realidad permita avanzar en un sistema más humano, eficiente y sólido, para quienes participan en él, comprendiendo el escenario del proceso penal, como un espacio de restablecimiento de derechos, en donde se debe superar la idea de que la reparación se circunscribe al campo civil, o se encuentra contemplada en escenario administrativo.

Por lo tanto, se presentan las reglas que contiene el derecho de infancia y adolescencia, con el objetivo de defender que el restablecimiento debe ser un fin en sí mismo del procedimiento penal.

Entendiendo que el procedimiento penal no busca tampoco garantizar los derechos de las personas menores de edad, así como tampoco su protección integral. Determinaciones jurídicas que sí contiene la normatividad de infancia y adolescencia, que, como se ha defendido, hacen parte del procedimiento, entendiendo que:

Las leyes procesales penales no siempre están contenidas, todas ellas, en un cuerpo legal de carácter procesal, pues algunas aparecen en el Código Penal o en leyes predominantemente sustantivas – prevén los diferentes actos– del órgano preciso para efectuar en su momento, con garantías de acierto, un juicio jurídico sobre lo que sea objeto del proceso. (De La Oliva et al, 2004: 29).

Por otro lado, se tiene que “el proceso penal es, como otros tipos de procesos, una realidad que no existe en la vida, en el tráfico jurídico, sino que sólo existe porque la ley lo quiere o lo crea.” (De La Oliva et al, 2004: 29). De esta manera, debe tener en cuenta no solo la norma que lo regula y/o contiene, sino también la que lo complementa y/o adiciona.

Todo ello, para proponer como se hará en el siguiente capítulo, una justicia procesal penal adaptada a la niñez.

Capítulo 3. Justicia procesal penal adaptada a la niñez. Bases para la transformación del derecho procesal penal cuando la víctima es menor de 14 años

En el presente capítulo se reflexionará acerca de las vías para una posible transformación del derecho procesal penal en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual cuando la víctima es una persona menor de 18 años, para lo cual se tendrá en cuenta el análisis de la información que arrojó la observación presentada en el capítulo dos y su finalidad se orientará a que el procedimiento penal no se convierta en un factor más de impunidad. Siendo así, lo que se busca en este capítulo es aportar a la discusión, proponiendo una reconfiguración en el diseño normativo e institucional, pues con el actual, como ya se ha dicho, no se logra el restablecimiento de derechos de los niños.

Dicho lo anterior, la intención del capítulo es defender que la justicia procesal penal incorpore el enfoque de derechos establecido en la ley de infancia y adolescencia y en los instrumentos internacionales donde se proscribe el reconocimiento de la capacidad progresiva de estos sujetos, así como también que se cumpla con el restablecimiento de derechos que se predica tanto del derecho procesal penal, como del derecho de infancia y adolescencia. Todo ello con el fin de adaptar una justicia procesal penal a la niñez.

Así mismo comprender que el abuso sexual infantil es un asunto de derechos humanos, por lo tanto se busca el derribamiento de las barreras institucionales que revictimizan a las personas menores de 18 años. Pero se precisa, que con ello también se defenderá el respeto de los derechos del procesado, pues si bien es importante que se establezca la responsabilidad, el derecho procesal penal tiene su génesis en regular y limitar el *ius puniendi* por parte del Estado, para que no se abuse de él.

Por otro lado, busca que se fortalezcan las instituciones, pero entendiendo que este fenómeno no es solo un asunto de la administración de justicia, que se desarrollen políticas públicas orientadas a la

prevención, ya que se parte de considerar que la meta del Estado no debería ser imponer castigos más severos, sino que este tipo de casos no ocurran y por consiguiente, que no lleguen al conocimiento del sistema de administración de justicia. La verdadera descongestión no se logra con la creación de métodos de descongestión, sino a través de la prevención.

En consonancia con lo expuesto, antes que la punibilidad, el sistema entonces debe tener como carácter prioritario la prevención. Una prevención activa que logre la protección material y no formal de los derechos de las personas menores de 18 años en Colombia. Se parte de considerar que solo propender por el fortalecimiento de administración de justicia, en cuanto al procesamiento por abuso sexual, naturaliza la violencia sexual y pone en evidencia las falencias del Estado frente a la protección de derechos, pues limita las acciones a la atención, a la asistencia, pero esta última llega cuando ya se ha dado la vulneración del derecho.

Por lo tanto, se aclara que los obstáculos o barreras institucionales a superar, no están referidos única y exclusivamente al sector justicia, y tampoco será posible abordarlos todos en la presente tesis, pero el reconocimiento de la existencia de limitantes institucionales es el primer paso para generar un cambio. Una política pública global de protección de los derechos de las personas menores de 14 años, víctimas de delitos sexuales, debe superar la tolerancia social, la inexistencia de datos y estudios objetivos sobre estos casos, la falta de cobertura estatal para la protección de los derechos, la indiferencia ante la revictimización, la impunidad, la reincidencia y la no adopción de medidas de protección e indemnización cuando los niños son víctimas.

Por lo tanto, si bien la propuesta que contiene este capítulo se centrará en los aspectos relacionados con la administración de justicia penal, esto no implica que se desconozca la existencia de otros. Se resalta que desde el enfoque de la política criminal autores como Huertas han planteado un modelo de política criminal sistémica que reconozcan el importante papel de la prevención del delito (2019).

Se ha defendido en esta tesis que dejar toda la responsabilidad a la ley, así como a quienes la aplican, genera mayor impunidad y no logra el restablecimiento de derechos pretendido, así como también que la inobservancia de las reglas especiales de procedimiento que creó la ley de infancia y adolescencia no se da sólo porque existan otras reglas que quienes administran justicia penal, consideran son de mayor jerarquía constitucional, sino por la no correspondencia en cuanto a sus fines perseguidos y los sujetos involucrados, entre el derecho penal y el derecho de infancia y

adolescencia, así como la falta de efectividad de las reglas para lograr realmente el restablecimiento de los derechos vulnerados.

Por otro lado, las reglas están orientadas hacia el proceso y cómo limitar los derechos del procesado, mas no son un mecanismo que conduzca a la garantía y restablecimiento de derechos de las víctimas, siendo así no son alcanzables los efectos deseados de las reglas de procedimiento. Esta conclusión es posible debido al conocimiento reflexivo y riguroso del procedimiento y las entrevistas realizadas, las cuales permitieron tener una conciencia exacta del alcance de la norma, ya que cuando esta es aplicada en su escenario natural y sometida a la interpretación de los diferentes individuos, se puede verificar que la función real no es el restablecimiento, ni mucho menos la disuasión o persuasión a todos los ciudadanos.

En definitiva, es indispensable un cambio de estrategia en cuando al tratamiento del abuso sexual infantil, pues hasta la fecha el Estado ha tratado de resolver este problema por medio de la fuerza, la creación de nuevos tipos penales, pero no se ha demostrado que ello contribuya a la disminución de los casos de abuso. Parece que el Estado no quisiera dar realmente la batalla por reducir la criminalidad, sino centrarse en la asistencia. Debe cambiarse la fórmula, prevención antes que penalización. Así mismo, desde un enfoque de Política Criminal Constitucional, Cáceres refuerza la necesidad de luchar contra el delito a partir de un enfoque preventivo, que tenga en cuenta que “la lucha contra la criminalidad tiene que guiarse por un cuidadoso y claro equilibrio entre el necesario mantenimiento de unos mínimos en materia de seguridad ciudadana y el pulcro respeto a los derechos humanos.” (Cáceres, 2018: 138)

Finalmente, en el presente capítulo se busca concluir que una justicia procesal penal justa, eficaz y humana es aquella que está dirigida no solo a limitar el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado y respeta los derechos humanos del procesado y condenado, sino también el que considera a las víctimas y testigos, especialmente a la niñez, estos deben ser reconocidos por el sistema y tratados con respeto y dignidad, su vulnerabilidad y el deber de protección que se predica del Estado llevarán a reconocer la importancia de una justicia procesal penal adaptada a la niñez.

3.1. Fundamentos internacionales y constitucionales para una justicia procesal penal adaptada a la niñez

Teniendo en cuenta lo planteado en la introducción del este capítulo, luego de presentar la observación del procedimiento penal, se propone la adaptación de la justicia procesal penal a la niñez, para ello deben establecerse cuáles serían las bases y el fundamento de la misma. Para ello, es importante precisar que a nivel internacional ya se ha discutido sobre la adaptación de la justicia a la niñez en aquellas áreas donde se debaten sus derechos, discusión que es ajena al sistema jurídico colombiano, pues si bien existen normas específicas de infancia, se concibe como un área del derecho independiente, que sectoriza la discusión de los derechos y que lleva a considerar que no es asunto de las demás áreas del derecho, salvo la de familia, su tratamiento.

Sea lo primero mencionar que, en los principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica, especialmente en la directriz No. 7, se plantea la necesidad de que el sistema de justicia penal se adecúe con el fin de garantizar a las personas menores de 18 años sus derechos, y especialmente a que las víctimas reciban una adecuada asistencia no solo para la protección de sus derechos, sino acerca de la forma en que participarán en el proceso. Esto implica el deber de proporcionar información adecuada a la edad y grado de madurez de la víctima; así, el principio No. 11 establece que se debe tener en cuenta el carácter prioritario de los casos donde se vean involucrados como víctimas y como testigos. (Naciones Unidas, Resolución 67/187, 2013).

Siendo así, el derecho en general debe orientarse hacia el desarrollo de estrategias que conduzcan al mejoramiento de las condiciones de protección y respeto de derechos de las personas menores de 18 años en el sistema de justicia en Colombia. En esta oportunidad, establecer las bases para una justicia procesal penal adaptada a la niñez, que busque la garantía del interés superior, protección integral y la prevalencia de sus derechos.

No se desconoce con ello, la existencia de reglas especiales de procedimiento, incluidas en la Ley de Infancia y Adolescencia que, como se ha dicho, constituyen derecho procesal penal complementario y especializado para cuando las personas menores de 14 años son víctimas, pero que no se aplican como se espera, ya que en virtud del principio de legalidad en el derecho penal y procesal penal pueden considerarse inútiles. Se conciben inviables para el cumplimiento de los fines propios del sistema de derecho donde se aplican.

En cuanto a la aplicación de las reglas especiales de procedimiento, desde una visión proteccionista de sus derechos, no existe supuesto de hecho que permita negar su aplicación, aun si de proteger los derechos de otros se trata, pero desde un enfoque integral, garantista para el caso penal, su aplicación pone en riesgo los límites alcanzados al *ius puniendi* y llevan a la inseguridad jurídica. Esto ocurre debido a que no se hizo una discusión omnicomprendensiva de estas reglas.

Hoy en día, es claro que se ha modificado la relación de las personas menores edad con el Estado y por lo mismo con el Derecho, y es por ello que se considera viable la existencia de una justicia procesal penal adaptada a la niñez, que promueva el acceso a la justicia, la prevención de la victimización secundaria, y garantice el interés superior y la protección integral. Todo ello, para que exista plena conciencia de la ilicitud de desconocer los derechos de las personas menores de 18 años, que no es un capricho sino que tiene su origen en las profundas transformaciones sociales que se han venido dando para que ellos no se consideren propiedad de la sociedad.

Considerando lo anterior, el proceso penal desde su génesis y luego, en su desarrollo normativo debería encontrarse adaptado a la niñez, en todas sus fases, con la garantía de asistencia jurídica, con sujeción a los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia sobre los derechos de la niñez.

Visto de esta manera, el planteamiento del modelo de justicia sería comprensivo tanto de los principios penales, como del interés superior del niño, lo que llevaría a que se abandone la idea de que la justicia de infancia y adolescencia es un sistema especializado, extraño e incluso invasivo del derecho procesal penal. Así mismo, una organización omnicomprendensiva de estos sistemas, permitiría reducir las tensiones entre uno y otro. En consecuencia, desaparecería la percepción de que las reglas especiales de procedimiento no son válidas ni aplicables en el campo penal, su carácter transgresor. Es un proceso profundo no solo de transformación social, sino del derecho, suelen realizarse las discusiones sobre las modificaciones a los sistemas jurídicos, de forma sectorizada, con poca reflexión acerca de las relaciones con los demás. El espíritu de una justicia procesal penal adaptada a la niñez es ser mejor que la realidad, para que se llegue a una administración de justicia que consolide el ideal de protección a la infancia.

A la fecha, las reglas especiales de procedimiento creadas por la Ley de Infancia y Adolescencia no cumplen con los parámetros de integración y sistematicidad que se predica de las leyes penales, por

lo tanto, no harían parte ni del derecho penal, ni obedecen a la política criminal del Estado. Las tensiones que genera la aplicación de estas reglas se resuelven por vía de ponderación, dando un mayor margen de acción al juez, generando interpretaciones desde diferentes enfoques del derecho, lo que lleva a que se deslegitimen y en muchos casos terminen por no aplicarse; en síntesis hoy en día, terminan siendo perjudiciales para el sistema. No hay que olvidar que existe norma especial para la garantía del acceso a la justicia de víctimas de violencia sexual.

Por la Ley 1719 de 2016, publicada en el diario oficial No. 49.186 del 18 de junio de 2014, se adoptaron medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, especialmente para víctimas del conflicto armado, aun así, en ella se estableció que el objeto estaba dirigido especialmente a las mujeres, niñas, niños y adolescentes. Esta ley es un ejemplo de que ha sido tradicionalmente una preocupación la regulación de la forma de tratar la violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes (Diario Oficial, 2014).

No se trata entonces, solamente de la reorientación del derecho procesal penal adaptado a la niñez, sino la concreción y expansión de los derechos de las personas menores de 18 años. No es solo que exista una norma propia, especial, que regule sus derechos, además porque estos son considerados derechos humanos, así como sus titulares son sujetos de especial protección constitucional.

Teniendo en cuenta la naturaleza de estos derechos, debe recordarse que se cimienta la normatividad interna en la Convención de Derechos del Niño⁴⁸, en el deber de los Estados de tomar medidas para la garantía de los derechos de los niños y especialmente que todas las instituciones públicas y privadas en sus medidas tengan como consideración primordial el interés superior, adoptando las

⁴⁸ La Convención de los Derechos del Niño está en vía de constituirse en norma *ius cogens*, en los términos de la Convención de Viena sobre los tratados suscrita el 23 de mayo de 1969, en primer lugar porque ha sido ratificada por 190 de los 193 Estados soberanos e independientes reconocidos por la ONU, es decir su adhesión por parte de los Estados es casi universal; y en segundo lugar, en la misma vía de argumentación de otros académicos, puede entenderse en sentido lato que es una norma estable y generalizada. Esto lo convierte en mandato para todos los países, la adopción de sistemas adaptados a la niñez.

Así mismo, la convención de Viena, en el artículo 64 establece que: “Si surge una norma imperativa del derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”. En conclusión, la Convención de los Derechos del Niño puede considerarse como una costumbre generalizada, que aún no se constituye como norma imperativa ante la ausencia de un fallo judicial que le otorgue tal carácter, ya que desde el punto de vista cuantitativo ha sido aceptada y reconocida por la mayoría de los miembros de la comunidad internacional, pero en la práctica su cristalización depende de que alguna Corte internacional la reconozca como tal. De considerarse la anterior hipótesis, tendría plena validez la exigencia jurídica de adecuar el sistema jurídico de un Estado como el colombiano, con enfoque de infancia, en aquellas materias que así lo ameriten, lo cual a la vez revierte para el caso penal incluso en una política criminal basada en los derechos humanos.

medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a sus derechos, así como también establece el derecho al acceso a la justicia y asistencia judicial adecuada, todo ello permite afirmar que en los sistemas judiciales, donde directamente se discutan sus derechos bien sea para su garantía o restablecimiento, deben adaptarse a la niñez.

Esta normativa internacional a promovido la reforma de los sistemas jurídicos nacionales, creándose leyes para administrar racionalmente los conflictos de las personas menores de 18 años, políticas públicas con el mismo objeto, y también parámetros claros para la interrelación con sistemas jurídicos, de otras áreas del derecho o cuyo sujeto titular de derechos es un adulto. Los derechos de las personas menores de 18 años no son un comodín, ni es justicia periférica a la procesal penal, más bien se conciben como cercano, que está en el interior del mismo, y utilizando modelos más comprensivos, hacen parte de la base del sistema jurídico político del país.

De forma simultánea, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José- se establece la obligación por parte de los Estados de adoptar las medidas de protección necesarias para proteger los derechos de los niños. Por otro lado, en la resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, se establecen las Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos, se invita en ella a los Estados miembros de las Naciones Unidas a que “Si procede, recurran a las directrices a elaborar leyes, procedimientos, políticas y prácticas para los niños que son víctimas de delitos o testigos en procedimientos penales.” (Naciones Unidas, Resolución 2005/20, 2005)

Conforme a ello, un principio para garantizar la justicia de los niños, desarrollado por otros instrumentos internacionales, es el interés superior, entendiéndose que “Si bien deberán salvaguardarse los derechos de los delincuentes acusados o declarados culpables, todo niño tendrá derecho a que su interés superior sea la consideración primordial, esto incluye el derecho a la protección y a una posibilidad de desarrollarse en forma armoniosa.” (Naciones Unidas, Resolución 2005/20, 2005).

Otro apartado de la resolución relacionada establece el derecho a la participación de los niños, para lo cual indican las directrices que:

Con sujeción al derecho procesal nacional, todo niño tiene derecho a expresar libremente y en sus propias palabras sus creencias, opiniones y pareceres sobre cualquier asunto, y a aportar su contribución, especialmente a las decisiones que le afecten, incluidas las adoptadas en el marco de cualquier proceso judicial, y a que estos puntos de vista sean tomados en

consideración, según sus aptitudes, su edad, madurez intelectual y la evolución de su capacidad. (Naciones Unidas, Resolución 2005/20, 2005).

De igual modo define que cuando se habla de procesos adaptados a los niños, “se entenderá un enfoque en que se tenga en cuenta el derecho del niño a ser protegido, así como sus necesidades y opiniones.” (Naciones Unidas, Resolución 2005/20, 2005).

Por lo tanto, es admisible la consideración de la transformación de la justicia procesal penal adaptada a la niñez. Estas directrices comprenden el derecho a:

- Intimidad,
- Seguridad,
- Reparación,
- Ser informado,
- Una asistencia eficaz,
- Un trato digno y comprensivo,
- Medidas preventivas especiales,
- Protección contra la discriminación,
- Ser oído y a expresar opiniones y preocupaciones,
- Ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia.

Así pues, la justicia procesal penal adaptada a la niñez en general deberá, de un lado, desarrollar las convenciones y tratados internacionales sobre los derechos de los niños ratificados por Colombia y especialmente orientarse por las reglas, directrices y resoluciones que desarrollan y/o proponen estrategias para adaptar la justicia a los niños. Y por otro lado, se propondrá la adecuación, teniendo en cuenta los resultados obtenidos de la observación en el capítulo II del presente estudio.

Al mismo tiempo, en el Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas de las Naciones Unidas, se considera que debe asignársele un rol dentro del proceso, así como una especial atención a las personas menores de 18 años cuando sus derechos se enfrentan con intereses antagónicos, de ahí que se considere que:

Proteger el interés superior del niño no consiste únicamente en proteger al menor de la victimización secundaria y situaciones difíciles mientras participa en el proceso de justicia

como víctima o testigo, sino también en mejorar la capacidad del niño de contribuir a dicho proceso. (Laucci, 2010: 8).

Se podría objetar que una justicia procesal penal adaptada a la niñez no es compatible con la salvaguarda de los principios de la administración de justicia, especialmente el derecho a la defensa, pero no es así, en razón a que no se desconocen los intereses y derechos de los procesados y/o condenados, sino que deben adecuarse los escenarios para que se tengan en cuenta también sus derechos, que en caso de conflicto prevalezcan y que se valide su participación en el proceso, a pesar de la prohibición de victimización secundaria, ya que se suele considerar que el niño no tiene derecho ni siquiera a decidir acerca de su participación en el proceso.

Para simplificar, no es que se considere que la normatividad de infancia y adolescencia sea de mayor jerarquía, sino que debe tenerse en cuenta que algunos de sus principios, por su especialidad, deben primar. Dichos criterios tendrán que ser estudiados por la autoridad judicial. Ya han sido objeto de estudio de constitucionalidad en varias oportunidades, y la Corte Constitucional ha definido que existen al menos tres criterios hermenéuticos para solucionar conflictos entre leyes: jerárquico, cronológico y de especialidad⁴⁹, por los cuales puede predicarse cuando una norma aplica en un campo del derecho que está regulado por otra norma, todo ello para precisar que el estudio acerca de cuándo aplica la normatividad de infancia y la adolescencia en el campo del procedimiento penal, depende hoy en día de la actividad judicial, la idea es que ello no esté sometido a la discrecionalidad.

Desde otro punto de vista, la ausencia del niño del procedimiento penal hoy día se justifica en evitar la revictimización secundaria, pero desconoce la adquisición progresiva de capacidad del niño y especialmente su opinión. Al iniciarse el procedimiento o previo a él, no se le explica con suficiencia al niño lo que está ocurriendo y sus consecuencias, solo se le lleva a entidades o profesionales

⁴⁹ En diferentes sentencias de Constitucionalidad se han definido estos criterios, entre ellos la Sentencia C-005 de 1996, C-054 de 2016, C-451 de 2015, C-439 de 2016. En la C-451 de 2015, la Corte dijo; “Existen al menos tres criterios normativos para solucionar los conflictos entre leyes: (i) el criterio jerárquico, según el cual la norma superior prima sobre la inferior, (ii) el criterio cronológico, que reconoce la prevalencia de la norma posterior sobre la anterior, y (iii) el criterio de especialidad. (...) El criterio cronológico, como es fácil advertir, se halla estrechamente ligado a los conceptos de vigencia y derogatoria. La vigencia se refiere “al hecho de que la norma formalmente haga parte del sistema, por haber cumplido los requisitos mínimos para entrar al ordenamiento” (...) el criterio de especialidad permite reconocer la vigencia de una norma sobre la base de que regula de manera particular y específica una situación, supuesto o materia, excluyendo la aplicación de las disposiciones generales. (...), puede configurarse por incompatibilidad con el contenido de una nueva norma (lex posteriori derogat priori) o ante la existencia de una regulación integral que la subsume.” Corte Constitucional, Sentencia C-451 de 2015.

encargados de dictaminar si el niño es o no víctima y posterior a ello, aun sin consideración de su derecho a recibir información, es llevado a rendir testimonio.

En este contexto, hoy en día, se desconoce que es parte del proceso la protección y el restablecimiento de sus derechos, como factor determinante y protagonista del proceso, y no como un efecto secundario y accidental del mismo. Respetar los derechos del niño implica que este pueda decidir si participa activamente en el proceso o solo acude cuando sea estrictamente necesaria su comparecencia.

Sintetizando, se puede afirmar que el legislador colombiano sigue considerando al niño como un objeto de protección y no como un sujeto de derechos, a pesar de que con la Ley 1098 de 2016 se pretendía transformar dicha situación. Se podría objetar esta idea, de mayor participación de las personas menores de 18 años en el proceso, bajo el entendido de que implica continuar vulnerando sus derechos, revictimizándolo, pero todo lo contrario, es hacerlo parte de su propio restablecimiento, apoyarlo en su proceso de superación del daño, además de su participación. Es imperativo que la participación de los menores de 18 años deberá realizarse teniendo en cuenta la forma adecuada para su edad, pues no se puede equiparar la participación de una víctima de 4 años a una víctima de 13.

Como se afirma arriba, no se trata de involucrar presencial ni plenamente al niño en un escenario procesal penal, sino que se tenga en cuenta la posibilidad de que tendría el niño de decidir si participa del proceso o al menos conocer qué es lo que ocurre, ya que hoy en día, los funcionarios informan del procedimiento a los representantes legales⁵⁰ de la persona menor de 18 años, quien no es titular del derecho vulnerado. Es el titular quien tiene derecho a ser informado y escuchado. La explicación del procedimiento debe adaptarse a él y tener en cuenta que éste, como víctima, va adquiriendo madurez intelectual, este desarrollo es lo que se conoce como capacidad evolutiva (Lansdown, 2005: 32-38).

Debe subrayarse que la edad es relevante para su participación en el procedimiento penal, pues hay que tener en cuenta la forma en cómo expresa lo ocurrido, dependiendo de ella; no se puede pedir,

⁵⁰ Prueba de ello es que se solicita el consentimiento a los representantes legales y este es un punto específico de los dictámenes periciales, o cualesquiera otro procedimiento que se realice frente al niño, en este consentimiento no hay un espacio donde se deje constancia que la persona menor de 18 años fue informada del proceso y que también emitió su consentimiento.

por ejemplo, el uso de palabras técnicas, concretas, que utilicen el nombre adecuado para las partes de su cuerpo a alguien de 4 años, pues es posible que los adultos hayan enseñado otra forma de llamarlos, pero ello no le resta validez ni credibilidad al testimonio, solo en razón a que no ha cumplido la mayoría de edad. Así mismo, no puede justificarse la exclusión de la persona menor de 18 años solo basándose en ese criterio, pues debe hacerse un análisis de todo el contexto.

No es fácil determinar cuándo podría ingresarse a este campo, pero con ayuda de la psicología, psicopedagogía y otras ciencias, podría consensuarse este hecho, no es un asunto solo de profesionales del derecho. El orden establecido, que es realizado por mayores de 18 años, genera una sobreprotección frente a la persona menor de 18 años, que lo invalida, así mismo, legitima estructuras verticales y autoritarias pues todo le es impuesto y nada le es consultado.

En una justicia con enfoque de infancia adaptada a la niñez, el menor podrá decidir participar en el proceso. Si un niño es capaz de comprender, siempre y cuando se le explique en un lenguaje adecuado, la naturaleza y/o razón por la cual se está realizando un procedimiento, puede participar en él. En el sentido indicado, los funcionarios y sujetos que participan en el procedimiento penal serían quienes tendrán que formarse para adecuar sus actuaciones a partir de este enfoque, abandonando las prácticas inquisitivas e incluso adversas, bajo la comprensión de que el niño no es la contraparte en el proceso, es la víctima a la que se le busca restablecer sus derechos.

Por otro lado, puede verse también que el Estatuto de Roma⁵¹ establece en su artículo 68, el deber de protección a las víctimas y la garantía de participación en las actuaciones judiciales que se realicen, con la obligación de adoptar por parte de la autoridad correspondiente las medidas necesarias para el bienestar de las víctimas, concretamente cuando de la celebración de las audiencias por violencia sexual se trata, dice expresamente el artículo citado:

“En particular, se aplicarán estas medidas en el caso de una víctima de violencia sexual o de un menor de edad que sea víctima o testigo, salvo decisión en contrario adoptada por la Corte atendiendo a todas las circunstancias, especialmente la opinión de la víctima o el testigo” (Naciones Unidas, 1998).

⁵¹ Suscrito por Colombia y aprobado mediante Ley 742 de 2002, dicha ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 578 de 2002, del 30 de Julio de 2002, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Debe tenerse en cuenta que las víctimas o los testigos menores de 18 años pueden manifestar sus opiniones en cualquier fase del juicio. Este postulado también es desarrollado en el artículo 25 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Resolución 55/25 y sus protocolos, en la cual cada Estado parte se compromete a escuchar las opiniones y preocupaciones de las víctimas, sin que ello menoscabe los derechos de la defensa. (Naciones Unidas, 2014)

Así mismo, en el Protocolo complementario a la Convención previamente citada, para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, se garantiza el respeto pleno de los derechos de la víctima, así como la posibilidad de crear las medidas indispensables para la protección de sus derechos, información y asistencia. Las personas menores de 14 años tienen derecho a decidir a partir de la información suministrada por los funcionarios y las autoridades.

Se recalca que esta propuesta se fundamenta en que si bien el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con reglas especiales de procedimiento, estas no se conciben como parte del procedimiento penal en delitos contra la libertad, integridad y formación sexual en personas menores de 14 años; siendo así, no logran la garantía esperada, así como la protección de los derechos, e incluso pueden considerarse más lesivas, ya que la pena al ser inamovible en estos casos hace que se opte por proseguir el proceso, pues evitarlo no constituye ninguna diferencia. Evitar el proceso no disminuye el impacto de la declaratoria de culpabilidad.

Lo anterior no implica que se defienda la no existencia de reglas especiales de procedimiento, por el contrario, en una justicia procesal penal adaptada a la niñez se espera que existan, el punto está en hacerlas parte de todo el procedimiento procesal penal y no en un escenario jurídico independiente, que se considera aislado y cuyos propósitos le son extraños al sistema procesal penal.

De acuerdo con la idea ilustrada, las reglas también generan revictimización, en tanto que a pesar de que se busca que la víctima no concurra al proceso, en la práctica concurre para rendir su testimonio, y así mismo, previo al juicio es indagado en diferentes ocasiones y por diversos profesionales, que después irán al proceso a corroborar con su experticia el relato de la víctima⁵².

⁵² En uno de los casos observados, concretamente el 080016008768201200329, la víctima, un niño de 10 años fue escuchado antes del juicio en al menos cuatro (4) ocasiones, tuvo entrevistas con la psicóloga adscrita a la Defensoría de Familia, con el médico forense con ocasión al dictamen sexológico, con el funcionario que realizaba funciones de policía judicial y otra con psicología forense. Además debe tenerse en cuenta que el

Entonces la revictimización de la que habla la ley⁵³, solo está creada para el momento del juicio, es decir; se hace referencia al testimonio y no a la llamada entrevista forense, pero antes del juicio no se evita, ni existe regla mediante la cual se busque evitar, que pueda ser indagado, llevado ante diferentes peritos, sin límite, siendo auscultado e indagado por el número de profesionales que arbitrariamente decidan la autoridad que desarrolla la labor investigativa⁵⁴.

Por lo tanto se justifica la creación de un derecho procesal penal adaptado a la niñez, así se evita que, de un lado, exista un derecho de infancia que tenga como objeto la garantía del interés superior y la protección integral de los niños y, del otro, un derecho procesal penal que busque esclarecer las circunstancias como ocurrieron los hechos y proteger al procesado.

Se parte de la idea de que estos sistemas de derechos de los que se ha venido hablando en toda la tesis, no se contradicen *per se*, en sus fines, es indiscutible que la justicia procesal penal, tiene como principal responsabilidad “(...) armonizar, por un lado, el interés del procesado en la búsqueda de la verdad y, por el otro, el interés del procesado en la salvaguarda de sus derechos individuales.” (Roxin, 2000: 121). Pero también, busca que los daños causados con la ocurrencia de un delito se reparen, por consiguiente, es posible armonizar los dos sistemas buscando además el restablecimiento de los derechos de los niños.

De ahí que, bajo la comprensión de que las reglas especiales de procedimiento que se establecieron generan mayor impunidad, la estrategia está no en crear más disposiciones, sino en reflexionar a partir del procedimiento penal y los principios de protección a la infancia, como podría lograrse un verdadero restablecimiento que no sacrifique los derechos de la víctima y los del acusado, entendiendo que:

Para poder desarrollar estrategias para controlar la criminalidad centradas en las consecuencias es necesario disminuir la emotividad que a menudo acompaña los debates sobre el crimen, y además, que nos hagamos una pregunta muy simple: ¿Qué es lo que está en juego cuando se trata de control de la criminalidad? (Kleiman, 2015: 1-2).

niño seguía un proceso terapéutico ante la red de apoyo y atención a la crisis. Luego en la etapa de juicio fue entrevistado una vez más, siendo previamente citado pero no realizada la entrevista.

⁵³ Mediante Ley 1652 de 2013, se establecieron las disposiciones acerca de la forma en que puede realizarse la entrevista forense y el testimonio en procesos penales donde las personas menores de 14 años son víctimas de delitos. Con dicha distinción, se permite auscultar en un sinnúmero de oportunidades a la víctima.

⁵⁴ La Corte Suprema de Justicia mediante auto interlocutorio, radicado 48198, precisó la diferencia entre entrevista forense y testimonio rendido en juicio.

Para el objeto de estudio, la respuesta a la anterior pregunta es: los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia, su integridad sexual, la posibilidad de que puedan llegar a la edad de consentimiento y determinar la forma en cómo quieren desarrollar su libertad sexual, sin verse vulnerados en sus derechos, buscando el mejor interés del niño.

Explorar la idea de una reflexión conjunta, puede llevar a generar los cambios que se buscan en cuanto al restablecimiento de los derechos de los niños, ya que partir de la idea de que no se admite ningún enfoque no lleve al castigo más severo, está generando estrategias del litigio que terminan por generar mayor revictimización como se vio en el capítulo II.

Al respecto de lo anterior se parte de comprender que “Tratar de controlarlo todo y a todo el mundo –el duro enfoque de “tolerancia cero”– redundan en que se produzcan castigos esporádicos y tardíos, a medida que el sistema se sobrecarga. ¿El resultado? Una gran cantidad de castigos, buena parte de estos severos, y un control sobre nada y sobre nadie, excepto sobre aquellos que ya están tras las rejas. En suma, un mal negocio.” (Kleiman, 2015: 4).

La pretensión de adaptar la justicia procesal a la niñez, parte entonces de que el procedimiento penal tenga una función dual, de un lado el esclarecimiento de los hechos, proteger al procesado y procurar que el delito no quede impune; y del otro lograr el restablecimiento de los derechos de las víctimas, por lo tanto el procedimiento debe ser adaptado para que se combine la persecución del injusto, pero a la vez, para buscar la reparación efectiva, esta última no en términos económicos, sino que siempre sea posible considerar que la reparación del daño comporta la realización y culminación efectiva del proceso.

Resumiendo, la primera medida de reparación, que incluso en algunos casos podría considerarse la única, es llevar a cabo el proceso sin dilaciones, evitando la excesiva concurrencia del niño a rendir entrevista forense para dictámenes, vincular e informar al niño sobre el proceso para que pueda emitir su opinión, pues se parte de considerar que reconocer la capacidad progresiva del niño e incluirlo en la toma de decisiones garantiza el desarrollo pleno de sus derechos.

Teniendo en cuenta que:

La reparación es un derecho que debería concederse a todas las víctimas. Se refiere a las medidas adoptadas para reparar el daño que las víctimas hayan podido sufrir como

consecuencia de delitos cometidos contra su persona. Las reparaciones ayudan a las víctimas a recuperarse. (...) Recibir reparación también puede servir para transmitir a los niños víctimas que se ha obtenido cierto grado de justicia, a pesar de haberse cometido un delito y de que es posible que nunca se recuperen completamente del daño que se les ha infligido. (Laucci, 2010: 98).

Para quienes piensan que ello no es posible, se puede responder que el proceso penal tiene en su génesis el restablecimiento de derechos, tal y como ya se ha anunciado previamente. Si así lo establece la ley penal, esto lleva a que consecuentemente con él, se beneficien las víctimas. El ordenamiento procesal penal actual, ya que el código de procedimiento penal en su artículo 22, establece que las autoridades “deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal.” (Código de Procedimiento Penal, 2013)

Lo que se buscaría entonces es que el presupuesto antes mencionado no sea optativo, sino que se erija como un pilar del procedimiento penal adaptado a la niñez, el cual tendrá como fin el restablecimiento de los derechos del niño, después de haber sido vulnerados por la comisión de un delito. Escuchar a los niños, consultarlos, pues siempre se parte de lo que los adultos deciden por y para ellos.

Esto es parte de la cultura “adultocéntrica”, el “adultocentrismo” que:

“indica que existen relaciones de poder entre los diferentes grupos de edad que son asimétricas en favor de los adultos, es decir, que estos se ubican en una posición de superioridad. Los adultos gozan de privilegios por el solo hecho de ser adultos, porque la sociedad y su cultura así lo han definido.” (Rodríguez Tramolano, 2013: 18).

Es probable que se discuta la procedencia de un procedimiento penal adaptado a la niñez, pero no debe olvidarse que aun cuando el ejercicio del poder punitivo lo detenta el Estado, el delito lesiona principalmente a la víctima, especialmente en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, es por ello que la víctima, en este caso un niño o niña, debe tener un mayor protagonismo en el proceso mediante la protección a sus derechos. El daño que se causa con la agresión sexual puede ser reparado no solo con la privación de la libertad, sino también parte desde el primer momento de la aceptación de culpabilidad, que comporta no solo que se acelere la administración de justicia, sino que se evite que la víctima, si no lo desea, tenga que comparecer innecesariamente al proceso.

En conclusión, se parte de la idea de que con el desarrollo de un procedimiento penal adaptado a la niñez, rápido y eficaz, que permita la participación de las personas menores de 14 años, si así lo desean, y teniendo en cuenta su capacidad, donde se les informe los pasos a seguir, así como que evite la revictimización, es posible entender que se realiza un verdadero restablecimiento de los derechos que les fueron vulnerados, más allá de la consecuente reparación económica que se pudiera llegar a recibir a continuación del establecimiento de la culpabilidad.

3.2. Acceso a la justicia y corresponsabilidad

Llegados a este punto, en el cual se ha justificado la procedencia a la luz de los derechos humanos de un procedimiento penal adaptado a la niñez, y por ende de comprender que es admisible para todo un sistema de justicia, es importante precisar, que esta adaptación implica el cumplimiento del deber que tiene el Estado de garantizar el acceso a la justicia a los niños, es decir; el Estado es corresponsable de esta garantía, con el fin de lograr un proceso penal que restablezca los derechos y que no se concentre sólo en la persecución del delito. El fin de esta justicia adaptada a la niñez es reparar el daño causado a la víctima, entendiendo que el restablecimiento es parte del proceso y no el resultado final del mismo.

Por supuesto, para poner en marcha una justicia penal adaptada a la niñez debe partirse de la consideración de que ésta no es un medio para evitar que se cometan crímenes contra los niños, niñas y adolescentes, es un mecanismo para el restablecimiento del derecho ya vulnerado. Por otro lado, y no menos importante, que con ella no se previene el abuso sexual infantil, la prevención debe ser un objetivo de las políticas públicas dirigidas a la niñez y no de la política criminal del Estado.

Por lo tanto, el marco legal para establecer un proceso penal adaptado a la niñez lo que busca es eliminar o reducir los obstáculos legales que pueden llegar a presentarse por la tensión de derechos de sujetos de especial protección constitucional, así como velar por la garantía del interés superior del niño, compaginando la protección de los derechos del procesado con la de las víctimas.

En el ordenamiento jurídico interno, específicamente en el artículo 229 de la Constitución Política, se estipula el derecho que tiene toda persona a acceder a la administración de justicia, la Corte Constitucional acerca del alcance de este derecho preceptúa:

El derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, el cual se traduce en la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de

justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. (Corte Constitucional, C – 426 de 2002).

Acorde con el texto anterior, se destaca que el derecho al acceso a la justicia para la Corte Constitucional, es inherente al ser humano, pues es un instrumento esencial para la garantía de sus derechos, así mismo se constituye en un mecanismo para lograr el restablecimiento de los derechos de las personas, el cual espera sea protegido por las autoridades judiciales. Lo cual se traduce, para el caso objeto de estudio de la investigación, en que el acceso a la justicia de los niños, cuando han sido vulnerados en su integridad, libertad y formación sexual, no solo se orienta a la garantía de derechos, sino como ya se ha dicho, al restablecimiento, y en virtud de su capacidad progresiva en la adquisición de derechos, sus opiniones deben ser tenidas en cuenta para determinar el resultado de los procesos mediante los cuales acceden a la justicia.

Para comprender mejor lo dicho, se precisa que la misma Corte constitucional ha establecido que las obligaciones de los Estados frente a los habitantes de sus territorios se dividen en tres categorías: de respeto, protección y realización. Por lo tanto, en cuanto al acceso a la justicia, estas obligaciones se ven como:

La obligación de respetar el derecho a la administración de justicia implica el compromiso del Estado de abstenerse de adoptar medidas que tengan por resultado impedir o dificultar el acceso a la justicia o su realización. Asimismo, conlleva el deber de inhibirse de tomar medidas discriminatorias, basadas en criterios tales como el género, la nacionalidad y la casta. En segundo lugar, la obligación de proteger requiere que el Estado adopte medidas para impedir que terceros interfieran u obstaculicen el acceso a la administración de justicia del titular del derecho. En tercer lugar, la obligación de realizar implica el deber del Estado de (i) facilitar las condiciones para el disfrute del derecho y, (ii) hacer efectivo el goce del derecho.” (Corte Constitucional, T – 283 de 2013).

En síntesis, el derecho de los niños víctimas de delitos sexuales engloba la adopción de mecanismos para la protección de sus derechos en condiciones de igualdad, así como para evitar injerencias innecesarias a los derechos, y finalmente la garantía de goce efectivo de este derecho, es decir; la concreción de la posibilidad de acceder a la justicia, garantizándole ser parte de un proceso que le permita demandar la protección y el restablecimiento de los derechos de los que es titular.

No sobra advertir que los mecanismos deben ser idóneos, adaptados a las características del niño; como sujeto de especial protección constitucional. Por lo tanto, el Estado está llamado a impedir que de cualquier forma los funcionarios y/o el modelo institucional impidan a los niños acceder a la

justicia, pues no solo es acceder a ella, sino que efectivamente pueda participar de todo el procedimiento y restablecer sus derechos.

Visto de otra manera, el derecho de acceso a la justicia se concibe como:

(...) un conjunto de derechos y garantías que los Estados tienen que asegurar a sus ciudadanos, sin ningún tipo de distinción, para que puedan acudir a la administración de justicia a resolver un conflicto y obtener una sentencia justa, de conformidad con el ordenamiento jurídico. Se aplica a todas las jurisdicciones y tiene un contenido amplio, siendo concreciones del mismo la asistencia jurídica y la defensa por un abogado totalmente independiente, la especialización de la justicia, la eliminación de barreras arquitectónicas, la protección de las víctimas y testigos, la gratuidad, la asistencia de un intérprete, si fuera necesario, así como las garantías del debido proceso. (Conde, 2017: 191).

Dicho esto, se reconoce como un derecho humano a acudir a la administración de justicia para que se garanticen los derechos, se respeten y protejan de todas las personas, en el caso de esta tesis para que los menores de 14 años, víctimas de un delito contra su libertad, integridad y formación sexual puedan opinar de forma activa en la investigación, con un pleno respeto de sus derechos y con posterioridad decidir acerca de su participación en el desarrollo del procedimiento penal, todo ello para lograr el restablecimiento de sus derechos.

Un verdadero restablecimiento de derechos debe buscar la integración de la víctima en todos los procesos y etapas que se adelanten con ocasión del daño que se le causó y con el fin de reparar dicho daño. Su exclusión o inclusión no debe ser objeto de discrecionalidad por parte de funcionarios o autoridades, sino la persona menor de 14 años, como titular del derecho vulnerado.

Ello, a la vez, permite brindarle a la víctima la oportunidad real de ser el protagonista principal en la garantía y restablecimiento de sus derechos, y no el sujeto que requiere de un adulto para su exigibilidad, pues como ya se ha mencionado, es una visión adultocéntrica, concretando así el verdadero sentido de la concepción del niño como sujeto de derechos y no como objeto de protección. Partiendo de la premisa, de que si bien el sistema debe evitar la revictimización, es una forma de revictimización no brindar información al niño adaptada a su edad, acerca de todo lo que ocurre, como serán los procedimientos que se adelanten y la posibilidad que le asiste para participar en el proceso, enfocado siempre a que sus padres o instituciones del Estado son facilitadores y acompañantes para la toma de decisión en este proceso, mas no quienes deciden por él.

Del mismo modo, un proceso penal adaptado a la niñez deriva del principio de corresponsabilidad, que le es exigible a la familia, la sociedad y el Estado, especialmente de los compromisos

internacionales e internos de protección integral a los niños. Una vez comprendida la responsabilidad del Estado en cuanto a la obligación de garantía y protección especial a los menores de 14 años, ante cualquier circunstancia de abuso, abandono, explotación, discriminación y cualesquiera otra que atente contra su desarrollo, lo que sigue es crear mecanismos de intervención cuando se han vulnerados los derechos, adoptando medidas especiales de prevención por un lado, así como la integración a la legislación de principios que orienten los procesos, entre ellos, el penal.

En pocas palabras, la corresponsabilidad entendida como un principio que; “al establecer una obligación solidaria entre la familia, la sociedad y el Estado, en búsqueda de bienestar de los niños y adolescentes –tanto material como jurídica–, para que puedan desarrollarse en un ambiente de bienestar social, espiritual, moral; que se les garantice su salud física y mental; lo cual implica que a los niños hay que propiciarles una vida digna.” (Quiroz, 2013: 118).

De donde se infiere que el Estado tiene no solo el deber de garantizar los derechos, sino que concretarlos, lo cual, aplicado al campo del Derecho, implica que este debe orientarse hacia el desarrollo de estrategias legales que conduzcan al mejoramiento de las condiciones sociales, culturales y económicas de la niñez, en todos los ámbitos de la vida social en los que participan.

De manera puntual, la corresponsabilidad en cuanto a los deberes del Estado y en el campo del procedimiento penal, está llamada a garantizar el acceso a la justicia de la niñez, este se concibe como:

(...) un conjunto de derechos y garantías que los Estados tienen que asegurar a sus ciudadanos, sin ningún tipo de distinción, para que puedan acudir a la administración de justicia a resolver un conflicto y obtener una sentencia justa, de conformidad con el ordenamiento jurídico. (Conde, s/f; 193).

Una de las formas en que esto se concreta, es en la especialización de la justicia.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se habla de la igualdad de todos los seres humanos ante la ley, lo cual efectivamente incluye a los niños, niñas y adolescentes, así como especialmente en cuanto al acceso a la justicia, se estipula que todas las personas sin distinción tienen derecho a igual protección ante la ley, -artículo 7-derecho al amparo efectivo de sus derechos fundamentales, -artículo 8-, derecho a ser oído en condiciones de plena igualdad, -artículo 10-, así como el derecho a la efectividad de los derechos -artículo 28-. (Naciones Unidas, 1948).

Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en general el acceso a la justicia de todas las personas sin ninguna discriminación y específicamente en el caso de las víctimas en el -artículo 14- la igualdad ante la ley y el derecho a ser escuchado, adicionalmente a la protección e igualdad ante la ley -artículo 26-. (Naciones Unidas, 1969).

Desde otro punto de vista, más especializado, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución No. 40/34, define lo que se entiende por víctima y precisa que la declaración es aplicable a todas las personas sin discriminación y especialmente sin tener en cuenta su edad, en ella destaca el acceso a la justicia y al trato justo de las víctimas, siendo importante la reparación del daño que han sufrido -declaración 4-, y para el caso objeto del presente estudio, esto es; una justicia adaptada a la niñez, en dicha declaración se establece la necesidad de facilitar la adecuación de los procesos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas -declaración 5-, esta adecuación comporta el derecho y acceso a la información, derecho de las víctimas a ser oídos, adopción de medidas de protección, evitación de dilaciones y demoras innecesarias, así como el establecimiento de medidas de reparación, -declaración 6-. (Naciones Unidas, 1985).

Por otro lado, al igual del acceso a la justicia y la reparación, se encuentra el derecho de asistencia material, médica, psicológica y social a las víctimas, teniendo en cuenta que esta atención debe estar adaptada a las necesidades especiales que tengan algunas de ellas, -declaraciones 14 a 16-. (Naciones Unidas, 1985).

Acorde con los instrumentos relacionados, en la Declaración de Bangkok, sobre Sinergias y respuestas: alianzas estratégicas en materia de prevención del delito y justicia Penal, realizado por las Naciones Unidas, se exhorto a los Estados a desarrollar y mantener instituciones de justicia penal justas y eficientes -declaración 8-, así como al abordaje de estrategias de prevención del delito amplias y eficaces que aborden las causas y los factores de riesgo de delincuencia y victimización -declaración 10-, reconocimiento de la importancia de las víctimas de delitos con el compromiso de prestar apoyo a las víctimas -declaración 17- y especialmente el exhorto a la adopción de medidas para promover el acceso a la justicia y facilitación de asistencia jurídica para que todas las personas puedan hacer valer sus derechos en el sistema de justicia penal -declaración 18-. (Naciones Unidas, 2005).

En cuanto al restablecimiento de derechos, en la Declaración de Bangkok, -declaración 32- se reconoce la importancia de elaborar políticas, procedimientos y programas en materia de justicia

restaurativa, y en cuanto a los derechos de la niñez, la importancia de garantizar la prestación de servicios de justicia a los niños víctimas de delitos que tengan en cuenta sus derechos y condiciones de vida -declaración 33-.

De manera puntal, en la Resolución A 67/458, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, se han establecido los principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal, en ella se establece que es un elemento esencial de la justicia penal la asistencia jurídica y destaca que es también un derecho de las víctimas, pues un sistema de justicia jurídica eficaz puede proteger y salvaguardar sus derechos -numeral introductorio 3-, así mismo, cada Estado está llamado a adoptar las medidas que fortalezcan y logren un sistema de justicia penal eficaz y que garantice el acceso a la justicia, -numeral introductorio 11-, especialmente teniendo en cuenta grupos más vulnerables como los niños, -numeral introductorio 12 y 13-.(Naciones Unidas, 2013).

De ahí que se establezcan como principios en la citada resolución, especialmente la responsabilidad del Estado -principio 2-, para el cual la prestación de asistencia jurídica es un deber y una responsabilidad, teniendo en cuenta que este servicio debe ser asequible, eficaz, sostenible y digno de crédito, también comporta el deber de que el Estado informe sobre los derechos de las personas y sus obligaciones. En cuanto al tema que se viene desarrollando, esto es, un procedimiento penal adaptado a la niñez, se establece que sin perjuicio de los derechos del acusado es deber del Estado prestar asistencia jurídica a las víctimas de delitos -principio 4- sin discriminación por edad -principio 6-, asegurando que ésta se preste de manera eficaz y rápida en todas las etapas del proceso penal -principio 7- (Naciones Unidas, 2013).

Para la justicia penal adaptada a la niñez existen algunos principios dirigidos específicamente a la protección y garantía de sus derechos, como se ha dicho respecto de otros instrumentos; es importante el derecho de los niños a ser informados, la citada resolución concreta como un principio ese derecho, -principio 8-, asegurando también la equidad en el acceso a la asistencia jurídica para los niños -principio 10-, así como la protección del interés superior del niño -principio 11-, siendo prioritario en este sentido que la asistencia jurídica sea asequible, adecuada a la edad, multidisciplinaria, eficaz y que se adapte a las necesidades jurídicas y sociales de los niños (Naciones Unidas, 2013).

De acuerdo con los principios se establecen directrices para asegurar el cumplimiento del deber de asistencia jurídica por parte de los Estados, resaltando en cuanto a los niños que estos están siempre exentos de la condición de que carezcan medios de vida, -directriz 1, literal c-, así como también la información sobre este derecho debe encontrarse disponible para todas las personas y responder a las necesidades de los niños, para quienes la información debe ser adecuada a su edad y grado de madurez -directriz 2, literal d-, se resalta ello pues es claro que se requiere una adecuación del lenguaje y nivel de información a efectos de que realmente un niño, niña o adolescente pueda acceder a la asistencia jurídica, no teniendo que ser traducida dicha información por sus padres, sino como un deber directo del Estado (Naciones Unidas, 2013).

Acorde con ello, se establece que se deben adoptar medidas para que a lo largo de todo el proceso penal se preste asistencia jurídica a las víctimas, que prevenga su revictimización y específicamente para los niños, el derecho a ser informados y asesorados sobre su participación en el proceso penal, -directriz 7, literal b, c y d-. Las directrices establecen el deber de adoptar medidas especiales para los niños, con el fin de promover su acceso efectivo a la justicia y evitar efectos negativos cuando ellos entran en contacto con el sistema de justicia penal, -directriz 10-(Naciones Unidas, 2013). De estas para las víctimas se resaltan:

- Garantía de asignación de un abogado y asistencia jurídica en cualquier etapa del proceso,
- Garantía de acompañamiento de los padres o representantes legales durante el proceso,
- Derecho del niño a consultar libre y confidencialmente a sus padres o representantes,
- Derecho de información suficiente y adecuada con su grado de madurez, la información debe ser directa y no alternativa a la que se le brinde a los padres,
- Adoptar las medidas para que en cualquier momento de las actuaciones se escuche a los niños,
- Protección a la intimidad y los datos personales de los niños.

Estas directrices también contienen un llamado a transformar el sistema de asistencia jurídica de los Estados, especialmente establece que se deben adoptar medidas para que estos sistemas estén adaptados a los niños, a que se tengan en cuenta sus especiales circunstancias y la evolución de sus capacidades, -directriz 11, numeral 58-. (Naciones Unidas, 2013). Al respecto de ello hace un llamado para que se:

- Creen mecanismos especiales para dar asistencia especializada y adaptada a los niños, incluso con el deber de quienes trabajen el tema de contar con formación específica en derechos de los niños y sus conexos.
- Apruebe legislación, políticas y reglamentos sobre asistencia jurídica explícita en cuanto a los derechos de los niños, regulación de su derecho a ser escuchados, garantía del interés superior, derecho a la intimidad y protección de datos personales.
- Creen códigos de conducta para la prestación de asistencia jurídica adaptada a los niños, controlando, de ser necesario, a quienes provean asistencia jurídica.
- Promuevan programas especializados de capacitación interdisciplinaria en derechos de los niños y sus necesidades de acuerdo con la edad, medidas para la defensa de los niños, protección a minorías, acompañamiento psicológico.
- Establezcan planes de asistencia jurídica a nivel nacional y un órgano y/o autoridad que coordine y vigile estos servicios de asistencia, el cual debe ser independiente, libre, no sometido a intimidación y/o control financiero, con amplias facultades.
- Elaboraren estrategias que permitan a largo plazo la evolución y sostenibilidad de la asistencia jurídica.

Dicho de otra manera, se encuentra sustento en diferentes instrumentos internacionales, desde los tratados que establecen obligaciones concretas para los Estados, como de instrumentos que orientan la forma como se deben orientar los deberes del Estado, así como contribuyen a un efectivo desarrollo de las medidas para la garantía de los derechos de las personas, de la necesidad de establecer en general un sistema jurídico adaptado a la infancia, y en particular, una justicia procesal penal adaptada a la niñez.

Con el propósito de que se cumplan las obligaciones del Estado en cuanto a la garantía y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia y especialmente para que, luego de haber sufrido una vulneración a su libertad, integridad y formación sexual, se logre el restablecimiento de derechos, se realice la justicia y no se genere mayor impunidad.

3.3. Restablecimiento de los derechos de los niños y justicia restaurativa

Con el propósito de delimitar aún más las bases para una justicia procesal penal adaptada a la niñez, debe precisarse, como se ha realizado en capítulos anteriores, que se concibe al procedimiento penal en estos

casos, no solo como una forma del ejercicio del poder punitivo por parte del Estado que busca establecer la responsabilidad, sino que se entiende que este contiene una obligación adicional, dual: primero, por su propia naturaleza el objetivo genérico es establecer la responsabilidad, respetando todos los derechos y formas procesales, y segundo, el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Para quienes piensan que esta idea no es susceptible de ser aplicada, se podría responder diciendo que no se contradicen o excluyen dichas finalidades, recordemos que el propio código de procedimiento penal colombiano establece que en los casos donde sea procedente, las autoridades podrán adoptar las medidas para que cesen los efectos producidos por el delito y que las cosas vuelvan al estado anterior a su comisión, buscando el restablecimiento de los derechos quebrantados con independencia de la responsabilidad penal. (Código de Procedimiento Penal, 2006; Artículo 22).

Para el caso particular, entendiendo que se ha hablado del proceso penal, como un proceso de restablecimiento de derechos, teniendo en cuenta principalmente la legislación de infancia y adolescencia, así como el mandato procesal que contiene la norma procesal penal en cuanto al llamado a buscar el restablecimiento del derecho, es importante precisar que se entiende por justicia restaurativa, su principio, ante lo cual sea lo primero precisar que la justicia restaurativa no se considera nueva, ni tampoco es una práctica que propicia una eliminación de las penas privativas de la libertad, sino más bien una práctica que se puede desarrollar y que orienta el procedimiento que no modifica necesariamente el encarcelamiento.

Una de las finalidades de este apartado es exponer que la justicia restaurativa busca ir más allá de la justicia tradicional, en el sentido de que el fin último no es aplicar un castigo, sino que el responsable del delito asuma su responsabilidad y que la víctima tenga la oportunidad de que a través de la participación en el proceso, con las previsiones de protección necesarias para un menor de 18 años, de informarse sobre el procedimiento, involucrarse hasta donde lo decida y lograr disminuir el impacto del delito, no desde el aislamiento, sino desde la conciencia precisa de que la experiencia del delito no le resta dignidad, a pesar de haber estado afectada durante la comisión del delito, y que le es posible recomponerla.

Conviene subrayar entonces lo que se entiende por justicia restaurativa, se entiende que:

La justicia restaurativa es un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, las necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños posibles de la mejor manera posible. (Zehr, 2006: 45)

Siendo así, los efectos del delito se tornan relevantes para el desarrollo del proceso y se espera a su vez, que su realización lleva a que se reparen los daños que el delito causó.

Para Braithwaite, la justicia restaurativa es una alternativa menos punitiva, considera, citando a Marshall, que es el “proceso a través del cual todas las partes que tienen una participación de la ofensa particular deben resolver de manera colectiva las consecuencias de la ofensa y sus implicaciones.” (Braithwaite, 2002: 11) Este autor también menciona que el control del proceso deja de estar en cabeza del Estado, pues la víctima y el ofensor son quienes lo estructuran y tienen el control de lo que en él se discute.

El citado autor parte de considerar que el concepto se encuentra limitado en tanto que no establece quién tiene el deber de restaurar, así como tampoco define los valores de este tipo de justicia, considerando entonces que debe complementarse, dándole a quienes sufren la ofensa un papel principal, por lo tanto, “la justicia restaurativa consiste en restaurar a las víctimas, restaurar a los delincuentes y restaurar a las comunidades.” (Braithwaite, 2002: 11).

Así mismo, considera Braithwaite que son todos estos actores los que, teniendo en cuenta el contexto específico, definen qué es restaurar. Dicho de otra manera, entendiendo que un concepto más académico vincula también la restauración al ofensor, la justicia restaurativa puede tomarse como “un proceso para resolver el problema de la delincuencia enfocándose en la compensación del daño a las víctimas, haciendo a los delincuentes responsables de sus acciones y también, a menudo, involucrando a la comunidad en la resolución del conflicto.” (Naciones Unidas, 2006: 9).

Se propende por un modelo de justicia restaurativa, pues se sigue la hipótesis defendida por Zehr de que:

El hecho de sufrir un castigo no implica una responsabilidad activa real. Esta responsabilidad activa requiere que el ofensor reconozca el mal que ha causado. Implica, además motivarle para que comprenda el impacto de sus acciones (los daños ocasionados) e instarle a dar pasos concretos para reparar los daños en la medida de lo posible. Esta responsabilidad activa, según se afirma, es mejor para las víctimas, para la sociedad y para los ofensores. (Zehr, 2006: 22).

Sintetiza el citado autor que:

(...) el interés de los sistemas legales o de justicia penal gira en torno a ofensores y castigos, velando porque los ofensores reciban el castigo que merecen. La justicia restaurativa se centra más en necesidades: las necesidades de las víctimas, los ofensores y sus comunidades. (Zehr, 2006: 24).

Precisamente el objetivo de una justicia procesal penal adaptada a la niñez es considerar que, si bien el proceso penal implica el ejercicio del poder punitivo del Estado a nombre de la sociedad, están involucrados en él, además de la defensa de la sociedad en general, la protección de los derechos de dos sujetos de especial protección constitucional: el procesado y la persona menor de 14 años como víctima del delito. Fomentar que el proceso penal tenga un enfoque hacia el restablecimiento de los derechos del niño, implica reconocerlo más que como una víctima ausente, como un protagonista de su propio proceso de recuperación y de la recomposición de la dignidad que le fue afectada con el delito.

Braithwaite al respecto establece que no puede considerarse restaurativo un modelo de justicia donde solo exista mediación sin contacto directo entre las partes, pues es necesario que se den los valores restaurativos como son, la disculpa, la reparación del daño, el perdón y la reconciliación (Braithwaite, 2002: 12).

Al examinar lo expuesto con antelación se encuentra que la idea es cambiar la perspectiva en cuanto a que el crimen no es solo una trasgresión de una norma que prohíbe la realización de determinada conducta y que genera la acción del Estado, sino considerar que la realización del delito se dirige hacia las personas, por lo tanto la acción del Estado no es solo castigar, sino enmendar el daño cometido a la víctima.

Ahora bien, autores como Braithwaite consideran que el concepto de justicia restaurativa no implica la imposición de un castigo menos severo (2002: 12), lo cual es problemático si se atiende al abuso sexual en los términos que se propone en la presente tesis, dejando por sentado entonces, que el modelo que aquí se propone no busca eliminar el castigo, sino lograr a través de todo el proceso el restablecimiento de derechos de las personas menores de 14 años. En este sentido es más importante restaurar que castigar, en esto último, coincido con el autor, aun cuando la propuesta no busca que se prescinda del todo del castigo.

Al respecto de lo anterior menciona el autor, “Lo que necesitamos es deliberar acerca de una regulación donde tengamos claridad acerca de los valores que esperamos la justicia restaurativa realice.” (Braithwaite, 2002: 15) Por lo cual no debe esperarse que estos valores sean equiparables y convertirse en una compensación de igual valor que el daño basado en el concepto de retribución, lo cual lleva a concluir, de la lectura de las ideas del autor, que puede predicarse la justicia restaurativa de todo tipo de delitos y no solo de delitos pequeños (2015: 16).

Siendo así, tampoco debe ser el objetivo disuadir a toda la comunidad para que no cometan delitos, Zehr plantea en este sentido que:

(...) reducir la reincidencia criminal no es la razón de ser de los programas de justicia restaurativa. La reducción de la tasa de reincidencia es un subproducto; pero la justicia restaurativa se implementa antes que nada debido a un imperativo moral. Las necesidades de las víctimas deben ser atendidas, los ofensores deben ser motivados a asumir su responsabilidad, las personas afectadas por un delito deben tener participación en el proceso, independientemente de si los ofensores recapitan y disminuyen la frecuencia de los delitos. (2006: 14).

Es posible que se manifieste oposición a la participación de los niños en estos procesos, defendiendo la salvaguarda de sus derechos y la obligación de evitar la revictimización, entonces, una pregunta clave es: ¿Cómo podemos involucrar a las víctimas menores de 14 años en el proceso?, la respuesta es sí, entendiendo que existe una capacidad progresiva en la adquisición de sus derechos, no debe invalidarse por estructuras verticales y autoritarias basadas en el *adultocentrismo*.

Pero debe entenderse que una justicia procesal penal adaptada a la niñez, no implica que el niño esté obligado a comparecer de forma directa durante el curso del proceso, sino que en se le brinde a él, de acuerdo con su edad, no a sus padres, la información sobre el procedimiento que se va a realizar, la posibilidad de participar en él si así lo quiere, la adopción de medidas que eviten la revictimización, tales como; encuentros directos con el agresor y no en los casos donde se hace imperativa su asistencia a un estrado judicial, realmente la forma como se haga sea sensible y empática con su condición de víctima, evitando la realización de entrevistas repetitivas, exámenes excesivos y del uso de calificativos que busquen desacreditarlo como sujeto, ya que no es relevante su comportamiento para justificar la realización de un delito en su contra, precisamente porque la condición de protección que la misma ley le ha asignado prohíbe expresamente que pueda emitir su consentimiento.

De igual modo, podría afirmarse que en el proceso ya se encuentra consagrada la posibilidad de iniciar la reparación del daño, inmediatamente se termina la etapa de juicio y se profiere condena; sin embargo, la reparación es más una aspiración que puede ocurrir o no, su inicio depende del impulso de la actuación de la parte interesada. El incidente de reparación se inicia con la ejecutoria de la sentencia condenatoria, se concibe como un mecanismo que tiene la víctima para obtener la reparación integral de los daños causados, pero es potestativo y solo se lleva a cabo al finalizar el procedimiento.

En cambio, como se ha mencionado a lo largo del texto, el objetivo de los procesos judiciales y administrativos que se realizan para la protección de los derechos de los niños, conforme a la ley de infancia y adolescencia, es en sí mismo, un proceso de restablecimiento de derechos.

El propósito de que el proceso penal se adapte a la niñez radica en que el objetivo no sea solamente castigar al responsable de un delito, sino enmendar el daño causado, no como una alternativa luego de culminado el proceso, sino como un objetivo directo e inmediato del procedimiento, debe recordarse que “un elemento central de la justicia restaurativa es la idea de enmendar el daño causado.” (Zehr, 2006: 35).

Para simplificar, lo que se pretende con esta propuesta es que en el procedimiento penal se busque el equilibrio entre los intereses de todos: los procesados, las víctimas y la sociedad representada por el Estado. Así mismo, teniendo como objetivo la reparación del daño, debe tenerse en cuenta que “Esta reparación tiene dos dimensiones: 1. El tratamiento de los daños ocasionados, y 2. El tratamiento de las causas de esos daños, incluidos aquellos daños del pasado que contribuyeron a engendrar los actuales.” (Zehr, 2006: 40).

Braithwaite considera que la justicia restaurativa funciona mejor que algunos modelos de justicia criminal, restablece a las víctimas y las satisface, así como también al ofensor como a la comunidad. Para el autor, es una filosofía de este modelo empoderar a las víctimas y la clave de todo el proceso (Braithwaite, 2002: 45).

De manera que también es exitosa para la rehabilitación del ofensor, pues de un lado reduce la estigmatización, le permite recuperar su dignidad y del otro, le permite reflexionar sobre las consecuencias de su conducta y participar en programas que le permitan comprender y rehabilitarse (Braithwaite, 2002: 96-97).

Pero también puede conducir a que la sociedad reconozca y discuta acerca del abuso sexual infantil y asuma una política de prevención, pudiendo ser las prácticas restaurativas una buena estrategia para avanzar en la erradicación de este flagelo, entendiendo que es un proceso paso a paso, que se enfoca primero en que la justicia avance hacia la consideración de la importancia del restablecimiento de los derechos de las personas menores de 14 años víctimas de abuso, y del otro, que se convierta en una forma en que las comunidades y el Estado asuman su responsabilidad frente a este fenómeno, y se deje de considerar solamente como una responsabilidad de quienes administran justicia. Para que opere debe transformarse el sistema legal, invitación última que también hace Braithwaite cuando llama a reflexionar que no es una utopía considerar los procesos restaurativos (2002: 246).

En cuanto a las causas, como se ha dicho, debe exigirse la creación de una política clara de prevención al abuso sexual infantil, especialmente porque, como se ha dicho a lo largo del texto, la reacción del Estado se ha enfocado en aumentar las penas de los delitos, mas no en atacar las causas, por lo que se propone que sea un objetivo de la política educativa, la enseñanza del autocuidado, educación sexual y un enfoque en el tratamiento de la salud mental, en cuanto a esto último, de la salud mental de los ofensores, así como de las secuelas que el abuso genera en las víctimas.

Podemos condensar lo dicho hasta aquí, bajo la comprensión de que la justicia penal adaptada a la niñez debe tener como objetivo el restablecimiento de los derechos de los niños, esto implica esforzarse por reparar el daño, equilibrar los intereses de las partes, brindar información suficiente y adecuada a la edad de las víctimas, utilizar correctamente los mecanismos diseñados para evitar la revictimización y crear los que se requieran, acelerar el juzgamiento y la ejecución de la pena cumpliendo realmente los principios de concentración y celeridad, aumentar la probabilidad de castigo, auspiciar un programa de salud mental tanto para los ofensores, como para las víctimas.

Es importante subrayar que la justicia procesal penal, a simple vista, gasta más en la atención y cuidado del presunto responsable de la acción penal, que de la víctima, sin entrar en detalles, al no ser el objeto de la tesis, la prisión preventiva, el traslado del procesado, los gastos de funcionamiento de las cárceles, está más destinado hacia quien comete o se presume cometió el delito que a quien fue el destinatario de la ofensa penal. Algunos como Oudshoorn, et al (2015: 3), analizando el caso de Estados Unidos, defienden el enfoque restaurativo con varios argumentos, entre ellos, el considerar que la mayor parte de los recursos financieros y las maquinarias de la justicia penal se invierten en los procesados, no en las víctimas.

Todo lo anterior para alcanzar los efectos deseados del proceso y cumplir con el mandato de protección integral de los niños, así como también de garantía y respecto de los derechos de los sujetos de especial protección constitucional que participan en el proceso. Dado a que el castigo no repara el daño causado, ni tampoco hará que la sociedad sea más segura para las personas menores de 14 años, si no hay restablecimiento por un lado y asunción del daño por el otro, el condenado volverá a integrarse a la sociedad pero sin la garantía de que ha entronizado las consecuencias de su acción y por consiguiente, nada garantiza que no reincidirá (Oudshoorn, et al, 2015: 28).

Avanzando en este razonamiento, la justicia restaurativa plantea como principios restaurativos para lograr enmendar las ofensas y los daños:

1. Centrarse en los daños y en las consiguientes necesidades de las víctimas, pero también de las comunidades y de los ofensores.
2. Atender las obligaciones que estos daños conllevan, tanto para los ofensores como para las comunidades y la sociedad.
3. Usar procesos incluyentes y colaborativos.
4. Involucrar a todos aquellos que tengan un interés legítimo en la situación, lo que incluye a las víctimas, los ofensores, otros miembros de la comunidad y a la sociedad en general.
5. Procurar enmendar el mal causado (Zehr, 2006: 40-41).

Por otro lado, también se plantea que un enfoque restaurativo en el proceso puede lograr una reducción del crimen y la reincidencia, esto en cuando a que involucra también que el ofensor se enfrente a la comunidad y pase por un proceso de vergüenza, estigmatización y/o desaprobación, que lo lleve a la convicción de que afrontar este proceso es más costoso emocionalmente, por lo tanto Braithwaite (2002: 73-77) defiende que es una mejor teoría para reducir el crimen, en otros términos, es más eficiente.

Ahora, la finalidad de este escrito no es implementar el modelo de justicia restaurativa, tal y como ha sido planteado por diferentes académicos, sino adaptar precisamente este modelo a la justicia procesal penal, la cual a su vez, tendrá un enfoque de protección y garantía de los derechos de la niñez, que reconozca la especial condición de la víctima y no la aisle, porque como pudo verse en el capítulo segundo, el aislamiento aparente de la víctima en pro de su no revictimización, termina generando una victimización secundaria, pues es entrevistado y llevado al proceso de forma indiscriminada, bajo la apariencia de que está siendo protegido porque no se le lleva físicamente a la sala de audiencias.

En conclusión, con una justicia procesal penal adaptada a la niñez, se busca cambiar la perspectiva, dejando de lado la clásica consideración del niño como objeto de protección e implementar definitivamente la idea del niño como sujeto de derechos. Se considera que es imposible resolver un problema antiguo con teorías o doctrinas antiguas, está visto que el aumento de la punibilidad, el aislamiento del niño y la amenaza de una limitación extrema de garantías procesales penales, no ha servido para evitar o disminuir la ocurrencia de abuso sexual infantil.

Es probable que se objete la adopción de un modelo de justicia restaurativa en delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de los menores de 14 años, pero en primer lugar, se defiende la idea de adoptar la justicia restaurativa en sus principios y frente a su técnica podía pensarse en el desarrollo de un modelo de justicia restaurativa que escuche a las partes, especialmente a la víctima y que se oriente en el trabajo con el condenado precisamente hacia el interés de la víctima, ya que no siempre la justicia restaurativa tiene como consecuencia el encuentro directo entre las partes.

En cuanto a la justicia restaurativa para casos de abuso sexual, Oudshoorn, Kackett y Stutzman (2015: 32) han defendido su práctica bajo la comprensión de que brinda información, seguridad, empoderamiento a las comunidades y a las víctimas, en cuanto a las primeras porque asumen su responsabilidad, y las segundas pueden recuperar la confianza que les fue quebrantada, así mismo su voz y credibilidad se restablecen. Para los autores es importante porque el procesado u ofensor rinde cuentas de lo ocurrido, reconoce su falta y comprende el impacto del abuso sexual, hechos estos que lo llevan al cambio.

La justicia procesal penal adaptada a la niñez, que se propone se enfoca más en los principios de justicia restaurativa que en su técnica, ya que las llamadas conferencias o círculos restaurativos, en el caso de la niñez, solo podría ejecutarse en casos excepcionales y si y solo si, la víctima así lo quiere, por lo demás se parte de que:

No todos los programas de este tipo incluyen encuentros directos entre la víctima y su respectivo ofensor. En lugar de ello, algunos programas funcionan como una forma de rehabilitación para ofensores basada en las necesidades e intereses de las víctimas. Como parte de este tratamiento, se motiva a los ofensores para que comprendan plenamente lo que han hecho y asuman la responsabilidad por sus acciones (Zehr, 2006: 65).

Subsiste en lo dicho la idea de que todo daño debe ser reparado, y la reparación no se realiza con la imposición de una condena, este es solo un elemento que puede generarle tranquilidad a la sociedad, pero no a la víctima, siendo así, el daño puede ser reparado no solo con la condena, sino además con la aceptación de la verdad y la participación voluntaria en un tratamiento psicológico por parte del ofensor. En esta misma línea argumentativa, no se puede partir de que el Estado al investigar, imputar y gestionar el proceso sustituya a la víctima, su tarea está delimitada, actúa en cumplimiento de un deber, mas no porque hubiere sido dañado.

Hasta la fecha, el sistema se encarga de hacer cumplir la condena, pero es pertinente preguntarse nuevamente, ¿qué pasa cuando el condenado sale del establecimiento carcelario?, si no se ha realizado un proceso de confrontación y abordaje del hecho que generó el daño, ¿tiene tranquilidad la víctima y se siente protegido sabiendo que quien causó el daño, cumplió su condena y se encuentra en libertad? Olvidar esto hace que realmente no se obtenga mayor beneficio con la privación de la libertad, ni para el procesado, ni para la víctima. Por ello es que se propone un modelo de justicia penal con una orientación restaurativa, tal como ya se concibe per se, en la legislación de infancia y adolescencia.

Probablemente, la dificultad radique en asimilar un proceso penal comprensivo de diferentes propósitos y que aun más allá de ello, también respete los derechos del procesado, pues con la dilación del procedimiento se afectan los derechos de todos los involucrados y de dos sujetos de especial protección constitucional como lo son, la víctima por un lado que para el caso al ser menor de 14 años también puede gozar de otras características que lo hacen más vulnerable como pertenecer a una minoría étnica o ser mujer; y del otro, el procesado.

Por lo tanto, lo que se busca al defender que el procedimiento penal adaptado a la niñez tenga un enfoque restaurativo es que en lugar de protegerse el secretismo y auspiciar el ocultamiento de lo ocurrido, pues en teoría, evita la revictimización de las personas menores de 14 años que han sufrido este delito, se les empodere y se permita una relación más saludable frente a lo ocurrido, donde no prime el secretismo, lo negativo, pues esto no permite superar el trauma. Pues sitúa al Estado y a la sociedad en la necesidad de combatir los mitos sociales y crear conciencia sobre el abuso sexual (Oudshoorn, et al, 2015: 37).

Será preciso demostrar que la idea clásica de defensa de los intereses de la sociedad que se abroga el Estado en este tipo de procesos, debe ceder y dar paso más allá de ello a la defensa de los derechos de la víctima y de la protección al procesado para evitar que durante el ejercicio de la acción penal, la presunción de inocencia se vea afectada. Es claro que, con independencia de lo reprochable socialmente que sea un delito contra la libertad, integridad y formación sexual, las garantías procesales en el campo penal también están instituidas para el procesado y que este no pierde su condición de ser humano. La justicia procesal penal también debe estar disponible para las víctimas.

Conviene subrayar que estas últimas afirmaciones tienen sus cimientos en que las prácticas actuales en el campo de estudio, tal y como se dejó por sentado en el capítulo II, dejan ver que:

(...) la labor de la justicia penal está dirigida en mayor parte de su actividad al esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables. Por esta razón, en la mayoría de los casos se pierde de vista la obligación de protección del niño (objetivo primario), privilegiándose la represión del delito (objeto secundario). Así, se direccionan las actuaciones hacia una maraña burocrática donde el bienestar de la criatura pasa a segundo plano, siendo revictimizada una y otra vez en cada etapa del proceso. (Rozanski, 2002: 40).

El actual sistema lleva a la impunidad, pues dice proteger, pero no lo hace, tampoco es expedito, a pesar de que tiene la obligación normativa de dar prioridad a estos casos, un procedimiento que debe evitar la revictimización y que al menos, desde el punto de vista estático, contiene disposiciones que llevan a creer en la garantía y el restablecimiento de derechos de los niños. Pero

que, desde el punto de vista dinámico, en la práctica, no cumple estos postulados, ya que la estructura misma del sistema penal acusatorio no permite la garantía de los derechos de los niños, ni siquiera existe la planta física que así lo permita, y mientras procesados y niños sigan ingresando por la misma puerta a los despachos judiciales y pudiendo cruzarse en el camino, no se avanzará en el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia, por lo tanto, el resultado es impunidad.

Exploremos la idea de que establecida la directriz normativa para la protección de los niños y dirección del procedimiento cuando son víctimas de delitos, especialmente delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, no existe otra obligación que cumplirla, tal y como ocurre hoy en día. Pero enfrentada la situación fáctica que define el supuesto de hecho normativo, con la práctica, vimos cómo su reiterada obligación de contar lo ocurrido a diferentes profesionales, la insistencia de acudir al proceso y rendir testimonio en la Cámara de Gesell, la suspensión de las sesiones de audiencia en más de una ocasión, en nada siguen la directriz normativa, la norma y la práctica están escindidas.

Probablemente, si se atendiera al criterio de que los jueces analicen las declaraciones de la víctima tomadas en el marco de la investigación, así como el material probatorio que se recaudó en el marco de la etapa de juicio y las pruebas periciales y dictámenes rendidos, no tendría que hacerse un auscultamiento nuevamente en el proceso de la víctima. Se debe ser más exigente y más estricto en la primera y ojalá única declaración que se le tome a la víctima, con aras a protegerla realmente y garantizar su interés superior.

El reto es entonces pensar en un procedimiento que, sin afectar los derechos del procesado, evite la revictimización, que la normativa vigente sea coherente con la realidad y la práctica y que se adecúe la estructura para que la normatividad garantice los derechos y en consecuencia su restablecimiento al ser encontrados vulnerados, pues aun cuando la responsabilidad no se encuentre probada, sí existe una víctima que ya sufrió una lesión a su libertad, integridad y formación sexual, siendo esta la primera verdad conocida del proceso y por lo tanto, una que debe protegerse.

Podemos condensar lo dicho hasta aquí, pues ha sido una justificación para defender la necesidad de una justicia procesal penal adaptada a la niñez, de la cual continuaremos delimitando su sentido. En suma, se busca que esta tenga un fuerte componente restaurativo, donde se cumpla con los principios del procedimiento sin olvidar que el restablecimiento de los derechos que le fueron vulnerados a la víctima

son la prioridad, pues partiendo de la presunción de inocencia, no necesariamente el procesado es quien cometiera el delito, pero se reitera, llegado al juicio, se entiende que sí existe certeza de que el delito ocurrió.

Es necesario recalcar que esta adaptación parte de la idea de que en razón de la protección integral al menor se le excluye casi por completo del proceso penal y se le tiene solamente en cuenta como testigo, se requiere probar que ocurrió el hecho sancionado en la norma y por ende que se justifica el castigo, pero no interesa el restablecimiento de su derecho, pues pareciera que se concibe que el restablecimiento se logra con la imposición de la pena. En el actual sistema:

Las víctimas están fuera del sistema penal. Para la actual justicia retributiva importa más que se ha vulnerado la norma creada por el Estado que el hecho en sí mismo, es decir, haber causado daños a una persona. El sufrir un delito lleva aparejado, además de un daño material y moral, unas necesidades que se reclaman de la justicia y que generalmente no se obtienen: recuperar el sentimiento de seguridad, información de lo que va sucediendo con su caso, contar lo vivido como medio para poder ir incorporando el delito como un aspecto más de su historia vital y recuperar el control sobre su vida. También existe la necesidad de reivindicarse: sentir que su humillación por sufrir el delito se transforma en honor y respeto (Domingo de la Fuente, 2017: 73-74, 90).

El objetivo de una justicia penal adaptada a la niñez es promover el acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes, prevenir la victimización secundaria y cualquier otro efecto negativo hacia el menor de edad que tenga contacto con el sistema de justicia penal. Esto lleva a que las necesidades de las víctimas también se tengan en cuenta en el proceso penal, teniendo en cuenta que gozan del derecho a ser informados sobre el proceso y a lo que se puede esperar de él, así como a manifestar sus necesidades (Oudshoorn, et al, 2015: 78).

Lo que se evidencia en la actualidad es su total aislamiento y el carácter secundario del restablecimiento de sus derechos. Esto exige a la vez un sistema de administración de justicia más preparado para abordar, comprender y apoyar la superación del delito, no solo en las víctimas, sino también en el procesado o declarado responsable penalmente. El abuso sexual, si se atiene a las cifras presentadas en el primer capítulo, es un problema social, que histórica y culturalmente se encuentra presente en la sociedad colombiana y debe ser reconocido como tal, no solo desde el aumento de las penas, sino desde la acción judicial, que debe ser reparadora.

Al respecto de la justicia que se propone, se considera que cuando ya se han ejecutado los actos de investigación y comprobado la afectación a la libertad, integridad y formación sexual de los niños, es decir; cuando se tiene certeza de que ha ocurrido el delito, debe enfocarse en restablecer el daño, con independencia del desarrollo del procedimiento, ya que se parte de considerar que la imposición de la

pena al ofensor no cumple con dicho propósito, se concibe entonces que “En un sistema restaurativo, las acciones para atender las necesidades de la víctima e involucrarla en el proceso deben iniciarse inmediatamente después del crimen, independientemente de si se ha aprehendido o no al ofensor.” (Zehr, 2006: 68).

Realizada ya la presentación del concepto de justicia restaurativa y su justificación para tener el restablecimiento como una meta de la justicia penal adaptado a la niñez, es importante precisar que no se pretende que en Colombia se implemente un modelo de justicia restaurativa tradicional, con promoción de encuentros entre las víctimas y los ofensores, sino que el enfoque de la justicia sea restaurativo, adoptando los principios que la particularizan y especialmente, que deje de considerarse el proceso como una formalidad para determinar si se impone o no la sanción, sino como una forma de dar y llevar respeto, seguridad y reparación a la víctima.

La finalidad de una justicia penal adaptada a la niñez es que se repare el daño causado al niño, que se deje de ver el delito solo como algo abominable que debe ser castigado con la mayor pena posible y que se transforme hacia la consideración de que la víctima no puede ser aislada del proceso, debe permanecer informada, debe estar acompañada y respetada durante el desarrollo del mismo, en este enfoque entonces, la justicia no se encarga solamente de procesar, sino de restablecer el daño causado con independencia del castigo que se espera aplicar.

Además, este modelo de justicia tiene la aspiración, al igual que la justicia restaurativa, de que quien ha cometido el delito, pueda reflexionar acerca del daño que causó y por consiguiente no reincida en la conducta. En síntesis, lo que se busca con el enfoque restaurativo es “reconocernos los unos a los otros como seres humanos, dando la oportunidad para estrechar las relaciones entre todos nosotros, fomentando el respeto y la responsabilidad por nuestras acciones.” (Domingo de la Fuente, 2017: 83,73-90).

El propósito con este enfoque es mejorar el sistema penal actual y lograr el ideal de protección integral, prevalencia de derechos e interés superior del niño, así como empezar a reconocer el desarrollo progresivo de su capacidad. Especialmente porque a partir de la consideración del delito como una ofensa pública que debe ser contenida por el Estado, se ha olvidado la dimensión humana del delito; el reduccionismo hacia el procedimiento ha llevado a que la víctima sea un testigo más del proceso donde se dicen defender sus derechos.

Lo más importante de la propuesta de una justicia penal adaptada a la niñez, es que la reparación sea una meta del procedimiento, no el castigo, este sería secundario, pues se parte de considerar que en cuanto a la restauración:

La pena puede cumplir esa tarea sólo de una forma simbólica y no especialmente convincente, porque es difícil comprender cómo puede ser compensado y eliminado del mundo un hurto, por ejemplo, encerrando al ladrón durante seis meses. Y con ello tampoco se cambia en nada, en la realidad, el perjuicio de la víctima. (Roxin, 1999: 9).

Varios autores, entre ellos Roxin, defienden la idea de innovar la justicia penal, complementándola, dejando atrás la consideración de que el proceso solo se desarrolla entre el Estado y el imputado, dice el autor:

Y esto significa que el proceso contradictorio tradicional debe ser complementado con reglas independientes para un proceso consensuado, pues en un proceso así hay que llegar a acuerdos cuya conclusión, licitud, contenido y límites tienen que ser determinados legislativamente mediante un apartado especial de reglas. (Roxin, 1999: 15).

Indiscutiblemente, generar una conexión directa y no subsidiaria entre la justicia procesal penal tradicional y la justicia de infancia y adolescencia, en pro de la protección de los derechos de los sujetos de especial protección que se encuentran en cada una de ellas, resulta tensionante, especialmente en cuanto al tratamiento de delitos sexuales, pues deben superarse primero todos los prejuicios sociales que el delito genera y centrarse en la protección de los derechos y la superación del daño causado con la ocurrencia del delito, más que en imponer el castigo.

El enfoque restaurativo en la justicia procesal penal adaptada a la niñez que se ha propuesto aquí, deberá tener en cuenta los principios básicos de la justicia restaurativa, los cuales son:

- Centrarse en el daño y las necesidades. La preocupación de la justicia debe ser la persona humana, no la infracción a la ley. “Uno de ellos es en el daño que se ha cometido y en que este daño genera necesidades. Este primer principio nos dice que se requiere atender esos daños y las necesidades resultantes.” (Zehr, s/f: 3)
- Importancia de asumir la responsabilidad. No es solo centrarse en que el agresor reciba su castigo, sino que el ofensor comprenda el daño que ha causado. “Tiene que ver con que la persona que ha ocasionado un daño, tiene una obligación al respecto.” (Zehr, s/f: 3)
- Compromiso. Implica la participación en el proceso de impartir justicia de todas aquellas personas que tienen un interés en él. “Las personas que fueron impactadas o que de alguna

manera tienen alguna participación en la situación, tendrían que ser parte de la resolución.”
(Zehr, s/f: 3)

Pues se parte de considerar que “lo que verdaderamente hace que una respuesta particular a un delito sea “restaurativa”, no es tanto una práctica o proceso específico, sino la adherencia a un conjunto de objetivos amplios que proporcionan una base común para la participación de las partes para dar respuesta a un incidente delictivo y sus consecuencias.” (Naciones Unidas, 2006: 12). Retomando las ideas expuestas, y evaluadas para su aplicación en procesos donde la víctima es un menor de 14 años, implican que:

- Desde el primer momento de ocurrencia del delito, se le brinde a la víctima información suficiente acerca del proceso, adaptada a su edad y atendiendo sus necesidades.
- No anular a la víctima y tramitar todo el proceso con sus padres y/o representantes legales, la víctima debe ser reconocida como protagonista del proceso que se va a llevar a cabo.
- Evitar, realmente frenar y poner un límite a las entrevistas, declaraciones, auscultaciones de lo ocurrido a la víctima, una buena entrevista, amplia, libre, debería ser tenida en cuenta por todos los profesionales que atienden a la víctima y así evitar preguntar nuevamente toda la historia y revictimizarlo.
- En caso de que la víctima quiera comparecer al proceso, el ambiente debe ser adecuado, sin que se intimide con el enfoque directo de cámaras o la realización indiscriminada de preguntas, entre otras situaciones que pueden perturbar a la víctima.
- Realizar un acompañamiento terapéutico tanto para la víctima, como para su familia.
- Brindar la posibilidad al procesado para que participe de un proceso terapéutico, desde su inicio, no para que asuma la responsabilidad, sino que incluso para que pueda abordar el impacto que la realización del proceso genera en su vida y entorno familiar.
- Permitir la asunción de la responsabilidad, y con el beneficio de rebaja de penas, si y solo si, se asume un proceso restaurativo, es decir; la rebaja de penas no está supeditada a que se acepte la responsabilidad, sino que se quiera reparar el daño y participar en un proceso terapéutico.
- Involucrar a la familia en el proceso de restablecimiento de derechos, enseñar pautas de conducta y tratamiento dirigidas a que puedan asumir el daño causado y la responsabilidad de acompañar y direccionar la reparación, pues el ocultamiento de lo ocurrido no permite avanzar en la recuperación.

- Capacitar a los funcionarios que participan de todo el proceso, es importante que asuman la responsabilidad de que sus actuaciones también inciden en el proceso de forma positiva o negativa.
- Exigir a la defensa del procesado respeto por las víctimas y sus historias de vida, las cuales no pueden ser usadas como detonadores, eximentes, excusas, o argumento para poner en tela de juicio la ocurrencia del delito y por consiguiente del daño.

Todo lo anterior comporta un compromiso previo del Estado para impulsar la prevención y reducir el crimen, es decir; transformar la idea de que en política criminal todo se resuelve con el aumento de las penas. Al existir problemas estructurales, como la falta de una ética de cuidado de los niños, niñas y adolescentes en Colombia, la violencia de género, el no reconocimiento de la capacidad, que no son resueltos por medio de una política pública educativa y social, no se logrará la disminución del abuso sexual infantil. Un mayor enfoque en la prevención beneficia el control del delito, logra la protección y garantía de los derechos de la niñez y evita la necesidad del castigo.

Para ser más específicos, el enfoque actual de la justicia procesal penal y de infancia y adolescencia, no logra la garantía, protección y restablecimiento de derechos en caso de vulneración, es decir, no son alcanzables los efectos ideales deseados de las normas, para el caso, no son alcanzables, ni se logra nada positivo, con las reglas especiales de procedimiento creadas por la justicia de infancia y adolescencia, pues ellas solo han logrado que como estrategia del litigio, el procesado decida continuar con el proceso, pues no perderá más con la realización del proceso, pero sí puede ganar con el mismo, pues algún defecto en el procedimiento le podría evitar el castigo.

De igual modo, se recalca que para evitar el abuso sexual infantil, se deben tener en cuenta los factores demográficos, sociológicos e históricos del país, cambiar la perspectiva de enfocarse en el castigo y en aumentar las penas, pues como se dejó por sentado en los anteriores capítulos, una mayor punibilidad no genera una menor ocurrencia del delito. Atender realmente el abuso sexual infantil, no el delito como infracción a la ley. Esto también ocurre, realmente porque el Estado no ha podido resolver en diferentes escenarios los problemas materiales de los niños, esto es, su vulnerabilidad y exclusión, pues no existe realmente un compromiso real de garantía, solo formal y de consagración legal.

Si aceptamos que el delito no es solamente la infracción a la ley, sino que es una acción que vulneró los derechos de otra y por consiguiente le causó un daño, el centro del proceso no es probar el responsable de vulnerar la ley, sino de causar el daño, con el fin de repararlo y no simplemente de aplicar una sanción, para ejemplificar se entiende entonces que el enfoque restaurativo deriva de que:

(...) la Justicia Restaurativa es una justicia que pone su mayor interés en comprender y transformar las bases que subyacen al delito y la violencia apelando a la creación de un pacto social y de una ética de convivencia, atiende las personas inmersas en el conflicto, pues reconoce que los conflictos y delitos son entre personas y no la fría interpretación o transgresión de un código o norma, y sobretodo reconoce que en cada conflicto, delito, y manifestación de violencia hay una historia, y una serie de elementos de orden estructural y cultural que lo complejizan. (Britto Ruiz, 2010: 22).

Una objeción que podría presentarse es la atinente a que defender la participación de la víctima menor de 14 años, implica su revictimización, lo cual puede ocurrir, en el caso de que no se maneje bien el proceso y su involucramiento sea solamente llevándolo a participar en él sin ninguna preparación de por medio, pero la víctima necesita recuperar la dignidad que le fue quebrantada con el delito, comprender que no es su responsabilidad la ocurrencia del mismo y que, por consiguiente, si bien no decidió el ejercicio de su libertad sexual, sí puede decidir enfrentarse a su agresor y ser protagonista del proceso, con el único fin de enaltecer su dignidad, quitarse la vergüenza y verificar que el proceso se realiza precisamente para restablecer su derecho y no para generar más vergüenza.

Siguiendo el argumento anterior, el aislamiento aparente en que se tiene a la víctima en la actualidad, no logra el restablecimiento de sus derechos. Pues se trae al proceso solo a través de peritajes, entrevistas, relatos de sus padres o terapeutas, reconstruyendo lo que pudo decir o sentir, se le escucha en el proceso, pero realmente no se analiza, ni existe preparación para hacerlo, de la forma como se evidencia en la víctima el delito, “La recolección de información (contar lo que pasó) por su calidad meramente repetitiva, no tiene efecto de elaboración de la situación traumática, sino que solamente reactiva el recuerdo doloroso sin buscar integrarlo, comprenderlo o significarlo.” (Gallego, 2008: 157).

Se parte de considerar que:

En la práctica, la mayoría de los magistrados no valoran el delito sexual en su real dimensión y prescinden del sufrimiento de las víctimas y de la consideración de que la mayoría de éstas

son niñas, niños y adolescentes menores de edad. Tampoco existe una conciencia sobre cómo se originan los procesos de revelación en las víctimas y las etapas que éstas transcurren antes y durante la investigación. Por todo ello, encaran la investigación con la misma metodología que se utiliza para investigar un robo, sin tener en cuenta el tipo de traumas que esta especie de delitos desencadenan. (Gallego, 2008: 154-55).

Es por ello, y por los demás elementos evidenciados en el segundo capítulo, que se hace necesario un enfoque restaurativo, en una justicia procesal penal adaptada a la niñez.

Para terminar el argumento que se ha venido desarrollando, dejar al niño por fuera del proceso, como en apariencia se hace, revictimiza más, porque o se le silencia y aísla, o con las múltiples evaluaciones que se le realizan por fuera del escenario del proceso lo que se genera es una mayor dificultad para elaborar el duelo, lo cansa hasta el punto de que al no estarse restableciendo realmente su derecho, la víctima termina negando lo ocurrido, para no verse convocado de la manera tan agresiva al proceso:

(...) el proceso de desgaste y descalificación de las víctimas y el abandono de éstas por parte del Estado, convertido a menudo en pasivo testigo del palmario desequilibrio de fuerzas sustanciales contrapuestas en esta clase de pleitos, facilitan y coadyuvan al desarrollo del proceso perverso de inducción a la retractación. (Gallego, 2008: 160).

El aislamiento y la protección aparente en que se tiene a las víctimas hoy en día, en nada contribuyen al restablecimiento de sus derechos. En suma, defender la idea de perfeccionar la justicia procesal penal adaptándola a la niñez, constituiría un avance importante en la garantía de sus derechos.

3.4. Conclusiones

En este capítulo se determinó que es posible la transformación del derecho procesal penal en los delitos libertad, integridad y formación sexual cuando la víctima es una persona menor de 18 años, partiendo de la existencia de factores institucionales y procedimentales que inciden en el proceso y generan impunidad.

A lo largo de su desarrollo se realizaron aportes a la discusión, y se propuso una reconfiguración en el diseño normativo e institucional, mediante la consideración de una justicia procesal penal adaptada a la niñez, que tenga en cuenta la garantía de sus derechos, como lo es a ser escuchado y que sus opiniones sean tomadas en cuenta, así como también a que progresivamente las personas menores de edad van adquiriendo capacidad.

Con la incorporación del enfoque de infancia se respeta no solo la normatividad interna que sitúa al niño en una posición de especial protección, sino que desarrolla los compromisos internacionales que en el marco de los derechos humanos, hacen un llamado para que en los procesos de abuso sexual contra personas menores de 14 años se respeten sus derechos humanos, no desconociendo que también deben respetarse los del procesado.

Esta visión, más allá de proteger a la infancia de forma exclusiva, busca incluir elementos que logren llevar al restablecimiento de derechos de las personas menores de 14 años y al mismo tiempo fortalecer las instituciones y el proceso penal. Sin desconocer que antes de la criminalización, debe preferirse la prevención.

Siendo así, la labor del legislador no debería concentrarse en el aumento de las penas o la imposición de otros castigos más severos, sino en lograr una verdadera materialización de la justicia que lleve a que los procesos que efectivamente ingresan a la rama judicial terminen con una decisión de fondo, la cual; fundamentada, hace efectivo el sistema.

De igual manera, se discutió acerca de la necesidad de que la justicia procesal penal sea justa, eficaz y humana, dirigida no solo a limitar el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado y el respeto los derechos humanos del procesado y condenado, sino también a considerar a las víctimas y testigos, especialmente a la niñez, reconociendo su vulnerabilidad, pero también el empoderamiento que estos, a través del reconocimiento y garantía de sus derechos van desarrollado de forma progresiva.

Por otro lado, se mencionó la importancia de una justicia procesal penal adaptada a la niñez, que reconozca que el crimen no es solo una trasgresión de una norma que prohíbe la realización de determinada conducta y que genera la acción del Estado, sino de comprender que la realización del delito se dirige hacia las personas, por lo tanto la acción del Estado no es solo castigar, sino enmendar el daño cometido a la víctima.

Se dejó claro que la adaptación a la niñez no implicaba que el niño estuviera obligado a comparecer de forma directa al proceso, sino que dentro del mismo se le brinden de acuerdo con su edad, no a sus padres, la información sobre el procedimiento que se va a realizar, la posibilidad de participar en él si así lo quiere, la adopción de medidas que eviten la revictimización, tales como; encuentros directos con el

agresor y que no en los casos donde se hace imperativa su asistencia a un estrado judicial, realmente la forma como se haga sea sensible y empática con su condición de víctima, por un lado.

Por el otro, evitando la realización de entrevistas repetitivas, exámenes excesivos y del uso de calificativos que busquen desacreditarlo como sujeto, ya que no es relevante su comportamiento para justificar la realización de un delito en su contra, precisamente porque la condición de protección que la misma ley le ha asignado prohíbe expresamente que pueda emitir su consentimiento.

Todo ello para lograr el restablecimiento de los derechos de las personas menores de 14 años víctimas de abuso sexual, que en el procedimiento penal se busque el equilibrio entre los intereses de todos, los procesados, las víctimas, la sociedad representada por el Estado, bajo la comprensión de que la reparación tiene dos dimensiones, una frente a la forma como se tratan los daños ocasionados y otra frente a las causas de dichos daños.

Con esta adaptación, se busca un cambio de perspectiva, dejando de lado la consideración del niño como objeto de protección, materializando la comprensión del niño como sujeto de derechos.

Capítulo 4. Conclusiones generales

La inclusión del enfoque de infancia como una variable para adaptar la justicia procesal penal a la niñez busca que se logre el restablecimiento de los derechos de las víctimas menores de edad, cuando hayan sido quebrantados con cualquiera de los supuestos de hechos constitutivos de delitos en Colombia, pero a priori en esta tesis, la libertad, integridad y formación sexual.

Parte de considerar que quien sufre las consecuencias directas del delito es la víctima, no la sociedad, evidencia también las consecuencias de la condena y el camino para llegar a ella, con ello se quiere decir que si bien el destinatario de la condena será encontrado responsable penalmente, no por ello se pueden olvidar las personas que sufrieron el daño. En cumplimiento del deber de corresponsabilidad que se le exige a la familia, la sociedad y el Estado, el procedimiento penal debe convertirse en una herramienta para evitar la impunidad y lograr así el verdadero restablecimiento de derechos.

El procedimiento penal actual, que fue observado para el objeto de esta tesis, así como el estudio breve de la dogmática, dejan entrever que la división del proceso en sesiones influye, afecta, la condición de la víctima, supedita la superación del daño en el tiempo y expone a las personas menores de 14 años a trámites prolongados, a que la memoria de lo que ocurrió se diluya y a que cada vez que se le lleva a rendir una entrevista o testimonio en el desarrollo de las investigaciones y el proceso, se le hace revivir el hecho generador del daño.

El diseño de estrategias basadas en la inclusión de las personas menores de 14 años permite que estas asuman que de una u otra manera tienen el control y construyan las bases para la superación del daño, permite así mismo fortalecerlos, como también dicho diseño podría resolver las falencias que tiene el derecho para resolver los problemas materiales de los niños, para dejar de considerar solo el aspecto de su vulnerabilidad y lograr que la adquisición de la capacidad progresiva de los niños se

realice no desde un enfoque *adultocentrista*. Es decir; se aumenta la participación de las personas menores de 14 años en los ámbitos en que se discuten sus derechos.

Es una nueva forma de cambio social y cultural que considera al niño como objeto de protección, cambio que apunta a la inclusión, promueve su participación y logra la efectividad de las normas que consagran su derecho a ser oídos y que además contempla que sus decisiones sean tenidas en cuenta, así como también se constituye como medio para garantizar el verdadero restablecimiento de sus derechos, el cual debe ser garantizado por toda la sociedad.

Concebir el proceso penal como un proceso de restablecimiento de derechos, se considera conveniente para mejorar el bienestar de todas las personas menores de edad, siendo así, se logra definir lineamientos claros para una justicia procesal penal con enfoque en la infancia, también desarrolla el derecho al acceso a la justicia, ya que en la actualidad con el diseño normativo e institucional actual, como se ha dicho, no son alcanzables los efectos deseados con la incorporación de reglas especiales de procedimiento, pues no se integran al procedimiento penal al ser concebidas como aisladas y creadas para el contexto del derecho de infancia y adolescencia.

Con la observación del procedimiento fue posible evidenciar que la principal dificultad del actual diseño normativo e institucional es la ausencia de herramientas indispensables para que el proceso se desarrolle de forma rápida, sin solución de continuidad, esto en la medida de lo posible, entendiendo que por el volumen de pruebas y en cumplimiento de la ritualidad que de los procesos se predica, la extensión en días, es inevitable, pero si es posible evitar la división excesiva del proceso en sesiones, se evidenció que el juicio en un proceso por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual puede tardar más de un año.

Lo anterior, no solo por el diseño del procedimiento, sino porque las condiciones de la administración de justicia actual, la ausencia de espacios, la falta de herramientas técnicas para recolectar el testimonio de la víctima, así como para que los testigos y peritos puedan incluso esperar al desarrollo de la audiencia, lleva al agotamiento y desorden del proceso en la práctica.

Esta afirmación parte de que durante la investigación se evidenció que los testigos, peritos y familiares de las víctimas debían esperar horas en los pasillos, hecho que genera ya de por sí un agotamiento, que puede incluso llegar a influir al momento en que está exponiendo su conocimiento sobre lo que ocurre en el escenario del juicio, además de que puede llegar a estar viciado, pues al

encontrarse esperando a las afueras de la sala de audiencia, cuyas puertas están abiertas normalmente, se puede escuchar lo que acontece en la sala.

La observación reflexiva del procedimiento demostró que al momento la mayor punibilidad, el establecimiento de reglas especiales de procedimiento, no logra que se realicen las garantías establecidas para las víctimas, especialmente porque durante él no se restablecen sus derechos, al no ser un criterio que orienta el proceso en sí mismo, el diseño actual solo busca cumplir las etapas para establecer la responsabilidad, dejando de lado cualquier consideración hacia la víctima.

Las reglas especiales de procedimiento se aplican solamente en el aspecto de mencionar a la víctima por sus iniciales, y que su testimonio no se recepciona en la sala de audiencias donde están los demás sujetos procesales, sino en la sala dispuesta para este fin, esto último incluso sin mayor efectividad pues al entrar al complejo judicial está expuesta públicamente y al encuentro con el acusado y sus familiares.

Planteó incluso que con el diseño actual sería importante emplear un mayor esfuerzo en reducir la brecha de tiempo entre la ocurrencia del delito y su procesamiento, debido a que su prolongación en el tiempo constituye un defecto del sistema que puede llevar a que, por ejemplo, en caso de una probada culpabilidad de la agresión sexual, no se reciba castigo, un proceso demasiado largo y diluido en el tiempo arriesga la realización de justicia.

Adicionalmente un reto del Estado frente a la administración de justicia es dual, de un lado cambiar el imaginario de que es el medio principal para controlar el crimen en Colombia. Y del otro, la comprensión de que las consecuencias del delito no las sufre la sociedad que pide mayor punibilidad, sino la víctima. Impulsar la idea de prevenir para reducir la criminalidad implica aunar esfuerzos para cambiar la idea de que todo se resuelve aumentando las penas.

Para simplificar lo dicho hasta aquí, en caso de que se cometa un delito contra la libertad, integridad y formación sexual contra una persona menor de 14 años, es relevante que se acelere el juzgamiento y ejecución de la pena, pues es basta la literatura que justifica que el aumento de la probabilidad de castigo genera mayor disuasión, pues a mayor capacidad de hacer cumplir el castigo real, menor será la necesidad de castigar. “Cuando más coincidente sea la amenaza, menos a menudo habrá que hacerla cumplir.” (Kleiman, 2015: 43).

Así mismo, la celeridad en los procesos no debe estar mediada por la zona del país donde se cometa el delito, ni por la presión de instituciones o medios de comunicación. “Un sujeto perfectamente racional nunca incumplirá una regla si está seguro de recibir un castigo. (...) la amenaza perfecta nunca tiene que ser cumplida. Contar con más castigos disponibles puede significar que se impongan menos castigos reales” (Kleiman, 2015: 62).

Por otro lado, es importante generar procesos concretos y dirigidos específicamente a atender la salud mental de los agresores sexuales. Incluso desde el primer momento en que son internados en prisión y aún no se ha establecido su responsabilidad en la comisión del delito. Esta atención tiene no solo un carácter preventivo, sino también disuasivo.

De igual modo, la reparación no debe ser pensada solamente en términos de privación de la libertad o indemnización, debe considerarse la perspectiva de la víctima. Se debe replantear y cambiar el imaginario de que el principio de oportunidad y la aceptación de cargos en estos casos se establecen en pro del posible agresor sexual, pues más bien constituyen una forma para evitar la revictimización y para proteger los derechos de la persona menor de 14 años que ha sido víctima, si el procesado acepta cargos y pre acuerdo con la fiscalía, realmente se obtiene un beneficio mayor y es evitar que la víctima deba comparecer al proceso y sea sometida a entrevistas por los diferentes profesionales que intervienen en él.

De acuerdo con lo anterior, lo que podría plantearse es que este proceso implique la participación de la víctima, quien debe tener la posibilidad real de manifestarse frente al acuerdo, pues en la actualidad no se le involucra este trámite pues se considera que es revictimizante, pero realmente no se indaga a la persona menor de 14 años, siendo así, es una estrategia vertical y autoritaria, que se deja a la discrecionalidad de los funcionarios y autoridades y no tiene en cuenta al titular del derecho vulnerado.

Aumentar la capacidad y rapidez de la respuesta en todos los casos, no aquellos sobre los que se ejerza algún tipo de presión externa. Por un lado, las autoridades encargadas de la protección para restablecer de forma inmediata el derecho de la víctima y del otro de las actividades judiciales para castigar a quien contraviene la ley y ejerce un atentado contra la libertad y formación sexual de un niño.

Existe entonces, un conjunto de causas tanto internas como externas que dificultan que en el procedimiento penal se realicen las garantías establecidas para la protección de los derechos de las

personas menores de 14 años, que hacen difusa su concreción, siendo insuficiente promover la aplicación estricta de las reglas especiales de procedimiento, pues podría intuirse que esto solo demoraría el proceso, y afecta el acceso y la realización pronta de la justicia.

Una oportunidad excepcional para crecer en el ámbito de la concreción de los derechos de la infancia y la adolescencia, es transformar la justicia procesal penal y adaptarla a la niñez, un debate que debe ser dinámico y conjunto, no solo con quienes defienden el proceso penal con un enfoque garantista, sino la prevalencia y protección integral de los derechos de las personas menores de 14 años. Así mismo, cuando la meta sea realmente erradicar el abuso sexual infantil y por consiguiente garantizar realmente la protección integral, se comprenderá que lo efectivo es prevenir, no castigar.

Por otro lado, sería importante pensar en la creación de un sistema de penas accesorias y/o alternativas a la privación de la libertad, estas tendrían como objetivo brindar apoyo terapéutico al procesado y/o condenado con miras a que reconozca las circunstancias que lo llevaron a cometer el delito. La creación de un sistema de apoyo psicoterapéutico que se inicia desde la vinculación formal al proceso, podría llevar en principio a que se evalúe el impacto del procedimiento penal en el sujeto procesado, y en segundo lugar, para que luego de proferida la condena permita que el condenado evalúe las circunstancias que llevaron a cometer el delito, y así mismo pueda adquirir herramientas para el mejoramiento de su salud emocional y para evitar que una vez terminada la pena, vuelva a incurrir en conductas relacionadas con la pena ya infligida.

También, permitirá al Estado conocer, siempre respetando la confidencialidad de la información personal, cuáles son los perfiles del abusador sexual de niños, niñas y adolescentes en Colombia, los factores de riesgo que auspician el abuso, y con ello crear una verdadera política criminal y de prevención del abuso sexual infantil en Colombia.

Podría pensarse que la propuesta anterior contiene un enfoque utilitarista, pero si se auspicia el sometimiento voluntario a estos procesos terapéuticos, no solo puede ser más efectivo en términos de no reincidencia, sino que puede ayudar a cambiar la percepción frente al crimen, permite apreciar en conjunto la conducta del procesado y/o condenado y permitir el diseño, verificados los resultados, de una política criminal basada en las evidencias, perfiles y verificación de las condiciones en que se dan frecuentemente estos delitos.

En síntesis, la identificación de variables reiteradas en varios casos puede llevar a cambiar la perspectiva frente a la prevención y persecución del delito. Es indispensable para una delimitación de las acciones que deberían emprenderse en cuanto a la protección y garantía de los derechos de los niños.

El objetivo de lo anterior es comenzar a preguntarse realmente ¿Cómo se determina la pena en Colombia?, y a consecuencia de ello, ¿A qué responde dicha determinación de la pena?, puesto que si el objetivo no solo es el castigo, sino la reinserción social, la determinación y el fin de la pena deberían conducir a que, de un lado, se disuada de no vulnerar los derechos de las personas menores de 14 años; por ende, a que no se atente contra su libertad, integridad y formación sexual, y por el otro, quien ha sido declarado culpable, puede tener la posibilidad de reinsertarse socialmente mediante el acompañamiento psicoterapéutico y que dicho proceso le permita realizar la revisión de la ejecución de su pena y obtener como beneficio la posibilidad de obtener una libertad vigilada, por ejemplo.

Debemos pensar en que el objetivo de la legislación procesal penal, más que seguir siendo una utopía hasta ahora en cuanto al restablecimiento de derechos de los niños, pues carece de eficacia práctica, debe ser la protección de los derechos, desde el escenario disuasivo. En este contexto, el Estado ha fracasado, pues prohibir una conducta implica también trabajar en su garantía y en la prevención, la tarea se queda corta por cuanto la acción se limita solo a lo punitivo.

Se propone una estrategia escalonada, teniendo en cuenta el escenario penal actual y la necesidad de transformar el sistema, que sea severo pero certero. Que se busque cumplir efectivamente con el fin para el que fue creada la pena y que se juzgue de manera oportuna.

Por otro lado, que se dé la aceleración del juzgamiento y la ejecución de la pena, que una vez se denuncia, el tiempo de investigación debería sea corto, siendo así, la imputación no debería realizarse a un lapso superior a los 12 meses, en el caso más extremo.

Es importante que se aumente la probabilidad de castigo. Debe acabarse con la idea de que el proceso penal al ser lento y estar sometido en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, a la integración de tantas instituciones, puede dar lugar a defectos de procedimiento, que solo convienen a la defensa del procesado, dando lugar a que el caso quede impune.

Por supuesto, que no puede olvidarse que los espacios de audiencia deben estar realmente adaptados a la infancia, no con tener un espacio aislado donde solo está la víctima con el defensor de familia que realiza las preguntas, se garantizan los derechos, esta garantía va desde el momento cuando se brinda información a la víctima, hasta que el ingreso al complejo judicial no lo exponga al procesado y a sus familiares.

Se sugiere, además, que esta adaptación tenga en cuenta el uso de un lenguaje y entrega de información adaptada a los niños, partiendo de la realidad y es que no en todas las edades se está en plena capacidad para asimilar el sentido del proceso; así mismo, de que la capacidad se va adquiriendo de forma progresiva. Se recomienda que este trabajo sea realizado por un equipo interdisciplinario, no solo por abogados, sino por personas que hayan hecho parte de estos procesos como víctimas.

Realmente no se conocen las cifras del abuso sexual infantil en Colombia, no solo porque se tengan diferentes formas de medición, sino porque muchos de los casos nunca son conocidos o develados por las víctimas e incluso por la falta de educación frente al autocuidado y las conductas lesivas para los niños, puede que muchas de las víctimas ni siquiera estén en la posibilidad de reconocer que lo que les ocurre sea abuso sexual infantil.

Así mismo, garantiza la efectividad del sistema que se creen mecanismos de seguimiento continuo del procedimiento penal, con miras a identificar los defectos del procedimiento y establecer estrategias de corrección, no desde un enfoque estático, sino desde el análisis de la práctica. Un seguimiento ordenado, minucioso y responsable puede generar oportunidades, y la estabilización que el sistema necesita para el adecuado restablecimiento de los derechos de las víctimas menores de 14 años, pues con la investigación se detectó que este objetivo no se cumple, el proceso se queda en el establecimiento de la responsabilidad.

Se parte de considerar que las personas menores de 18 años son sujetos de especial protección constitucional, este hecho permite justificar su tratamiento especial y la intervención del procedimiento penal, pues de no hacerse, se incrementa su nivel de vulnerabilidad y se expone tal y como se evidenció, a que se revictimice bajo el mando de disposiciones legales que lo auscultan, como por ejemplo decir solo es posible recolectar un testimonio, pero callar frente al sin número de entrevistas forenses que pueden realizarse durante la investigación y previo al inicio del proceso.

La estructura entonces del proceso penal no garantiza el acceso a la justicia de las personas menores de 14 años, por el contrario las excluye por una falsa idea de protección, pero que no sea llevado a una sala de audiencias, no los libera de la revictimización, pues lo que existe alrededor del proceso son oportunidades de vulneración y no de restablecimiento.

Así mismo, esta tesis no desconoce que se han formado imaginarios acerca de cómo manejar la política criminal en torno a los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, bajo el entendido de que se considera importante y válido el aumento de las penas y el establecimiento de medidas más severas para quienes cometen un delito de esta categoría; por lo tanto, también deben ser analizados y evaluados detalladamente estos elementos, para crear herramientas dirigidas hacia la sociedad, que logren la comprensión de que la prevención debe ser el horizonte, así como también que es la familia, la misma sociedad y el Estado, los que han fallado en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Dentro de todo este escenario, se destaca la ausencia de los niños, niñas y adolescentes en el debate sobre la protección, concreción y restablecimiento de sus derechos; ellos, como titulares de los derechos que fueron quebrantados, tienen derecho a ser oídos por todos los funcionarios y autoridades en el proceso judicial, la administración de justicia debe evitar su exclusión. Son sus derechos los que se discuten, por lo tanto, tienen todo el derecho a participar y ser informados del procedimiento.

Hay que despojarse de la idea de que el régimen legal es perfecto, y comenzar a conocer sus imperfecciones para mejorar y transformar el derecho, realmente esto es lo que logrará un verdadero restablecimiento de los derechos de las víctimas menores de 14 años, pues la función del diseño normativo e institucional no se revela al momento de su creación, sino de su aplicación.

Anexos:

Anexo A. Formato de seguimiento y control de la audiencia.

Fecha		Hora de Inicio		Hora de terminación	
Tipo penal					
Juzgado			Duración Audiencia		
Nro. Participantes					
Nro. Procesados			Género	M	F

1. Generalidades de la audiencia

¿La audiencia inició a tiempo?		Sí		NO	TIEMPO DE RETRASO											
Presentes en la Audiencia		J		F	DP		V		P		MP		DV			
TD		TF		PD		PF		FV		FP		AA		EJ		I
Convenciones. J(Juez) - F(Fiscal) - DP(Defensa del Procesado) – V(Víctima) – P (Procesado) MP (Ministerio Público) – DV (Defensor de Víctima) – TD (Testigo Defensa) – TF (Testigo Fiscalía) – PD (Perito Defensa) – PF (Perito Fiscalía) – FV(Familiares Víctima) – FP (Familiares del Procesado) – AA (Auxiliares Abogados) – EJ (Equipo del Juzgado) – I (INPEC)																
Se escucha bien al interior		Sí		No	Sí es (-), ¿Por qué?											
Se escuchan ruidos externos		Sí		No	Sí es (+), ¿De qué tipo?											
Se realizan recesos durante		Sí		No	Sí es (+) ¿Por qué?											
El mobiliario es suficiente		Sí		No	Sí es (-), ¿Por qué?											
El mobiliario es cómodo		Sí		No	Sí es (-), ¿Por qué?											
Hablan los abogados entre ellos antes de la audiencia		Sí		No	Sí es (+), ¿Es acerca de la teoría del caso?											
Observaciones a la pregunta anterior.																
Se ha suspendido la audiencia		Sí		No	Sí es (+), ¿Por qué?											

2. Frente a la víctima

Edad a la fecha de los hechos		Edad a la fecha de la audiencia	
Tiene parentesco con el procesado	Sí	No	¿Cuál?

3. Frente al procesado

Edad a la fecha de los hechos		Edad a la fecha de la audiencia	
Tiene parentesco con familiares de la víctima	Sí	No	¿Cuál?
Es vecino de la víctima			
¿Tenía posición de garante frente a la víctima?	Sí	No	¿Por qué?

4. Frente a los testigos

Nro. Testigos Procesados		Nro. Testigos Fiscalía	
Alguno es familiar(es) del procesado	Sí	No	Sí es (+), ¿Qué parentesco?
Observaciones			

Alguno es familiar(es) de la víctima	Sí		No		Sí es (+), ¿Qué parentesco?
Observaciones					
Conocido de V o P	Sí		No		Sí es (+), ¿De quién?
Observaciones					

5. Frente a los peritos

Nro. Peritos Fiscalía				No. Peritos del procesado		
Tipo de peritaje en C/U	Peritos Fiscalía			Peritos Procesado		
Hubo Preguntas de la contraparte y/o Juez	Sí		No			
Observaciones						

6. Frente a la defensa del procesado

Género	Femenino		Masculino		
Asisten a la audiencia con personal de apoyo	Sí	No			Sí es (+), ¿Para qué?
Utilizan un lenguaje técnico/jurídico adecuado	Sí	No			Sí es (-), Precise ¿Por qué?
Observaciones					

7. Frente a la fiscalía

Género	Femenino		Masculino		
Asisten a la audiencia con personal de apoyo	Sí	No			Sí es (+), ¿Para qué?
Utilizan aparatos electrónicos durante la audiencia	Sí	No			Sí es (+), ¿Cuáles?
Utilizan un lenguaje técnico/jurídico adecuado	Sí	No			Sí es (-), Precise ¿Por qué?
Observaciones					

8. Frente a la atención del Juez

Género	Femenino		Masculino		
Asisten a la audiencia con personal de apoyo diferente a quien maneja los recursos técnicos	Sí	No			Sí es (+), ¿Para qué?
Utilizan aparatos electrónicos durante la audiencia	Sí	No			Sí es (+), ¿Cuáles?
Utilizan un lenguaje técnico/jurídico adecuado	Sí	No			Sí es (-), Precise ¿Por qué?
Observaciones					

9. Frente a la defensa de víctimas

Género	Femenino		Masculino		
Asisten a la audiencia con personal de apoyo	Sí	No			Sí es (+), ¿Para qué?
Utilizan aparatos electrónicos durante la audiencia	Sí	No			Sí es (+), ¿Cuáles?
Utilizan un lenguaje técnico/jurídico adecuado	Sí	No			Sí es (-), Precise ¿Por qué?
Observaciones					

10. Frente al Ministerio Público

Género	Femenino		Masculino		
Asisten a la audiencia con personal de apoyo	Sí	No			Sí es (+), ¿Para qué?
Utilizan aparatos electrónicos durante la audiencia	Sí	No			Sí es (+), ¿Cuáles?
Utilizan un lenguaje técnico/jurídico adecuado	Sí	No			Sí es (-), Precise ¿Por qué?
Observaciones					

11. Observaciones generales

Anexo B. Entrevista semiestructurada

Fecha		Género	M		F	
Rol actual dentro de este tipo de procesos						
Experiencia en años en delitos sexuales						
Nro. Aprox. Audiencias que atiende al día						
¿Ha actuado en el rol contrario?	Sí		No		¿Cuál?	
Observaciones						
¿Se desempeña en otra área del derecho?	Sí		No		¿Cuál?	

1. Frente al espacio físico

¿Son cómodas las salas de audiencias?	Sí		No		Sí es (-), ¿Cómo mejorar?
Observaciones					

2. Frente al desarrollo de la audiencia

¿Inician siempre las audiencias a tiempo?	Sí		No		Sí es (-), ¿Por qué?
¿Afecta el juicio cuando se divide la audiencia en varios momentos?	Sí		No		Sí es (+), ¿Por qué?
¿Discute su teoría del caso minutos antes de la audiencia con los demás sujetos?	Sí		No		Sí es (+), ¿Con quiénes?
¿Considera que el juicio debe realizarse en un solo momento?	Sí		No		¿Por qué?
¿Deben darse recesos en las audiencias?	Sí		No		Sí es (+), ¿Por qué?
Observaciones					

3. Frente a la práctica jurídica

¿Tiene algún argumento o estrategia que utilice siempre en este tipo de procesos?	Sí		No		¿Cuáles?
¿Solo atiende este tipo de delitos?	Sí		No		Sí es (+), ¿Por qué?
¿Lo acompaña a la audiencia un auxiliar/dependiente/abogado junior como respaldo?	Sí		No		Sí es (+), ¿Para qué?
¿Puede señalar algún aspecto negativo del procedimiento penal en delitos sexuales?	Sí		No		Sí es (-), ¿cuáles?
¿Es relevante conocer las prácticas y/o decisiones en otros casos del despacho cuando inicia una defensa?	Sí		No		¿Por qué?
Considera que deben aplicarse de forma estricta las reglas especiales de procedimiento que estipuló el CIA	Sí		No		Sí es (-), ¿Por qué?
Observaciones					

4. Frente al diseño normativo

Debilidades	Fortalezas
Sugerencias para la mejora del procedimiento penal	

5. Otros

Anexo C. Entrevista semiestructurada Juez(a)

Fecha				Género	M	F
Nro. aprox. audiencias que atiende al día						
¿Ha actuado otro de los roles del proceso?	Sí	No	¿Cuál?			
Observaciones						
¿Se desempeñó en otra área del derecho?	Sí	No	¿Cuál?			

1. Frente al espacio físico

¿Son cómodas las salas de audiencias?	Sí	No	Sí es (-), ¿Cómo mejorar?
Observaciones			

2. Frente al desarrollo de las audiencias

Inician siempre las audiencias a tiempo	Sí	No	Sí es (-), ¿Por qué?
¿Afecta el juicio cuando se divide la audiencia en varios momentos?	Sí	No	Sí es (+), ¿Por qué?
Discute su teoría del caso con su equipo de trabajo del despacho	Sí	No	Sí es (+), ¿Con quiénes?
Considera que el juicio debe realizarse en un solo momento	Sí	No	¿Por qué?
¿Deben darse recesos en las audiencias	Sí	No	Sí es (+), ¿Por qué?
Influye que el juicio se inicie años después de los hechos	Sí	No	Sí es (+), ¿Por qué?
Influye la cantidad de tiempo utilice para llevar a cabo una audiencia	Sí	No	Sí es (+), ¿Por qué?
¿Cómo determina el tiempo para que cada abogado presente sus alegatos?			

¿Lo acompaña a la audiencia un auxiliar/dependiente/abogado junior como respaldo?	Sí	No	Sí es (+), ¿Para qué?
¿Puede señalar algún aspecto negativo del procedimiento penal en delitos sexuales?	Sí	No	Sí es (-), ¿cuáles?
Considera que deben aplicarse de forma estricta las reglas especiales de procedimiento que estipuló el CIA	Sí	No	Sí es (-), ¿Por qué?
Observaciones			

3. Frente al diseño normativo

Debilidades	Fortalezas
Sugerencias para la mejora del procedimiento penal	

Anexo D. Respuesta Derecho Petición Unidad de Análisis y Desarrollo Estadístico UDAEO18-1035



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura
Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico

UDAEO18-1035

Bogotá, D. C., 28 de junio de 2018

Doctora
JULIE MARCELA DAZA ROJAS
Docente
Universidad Nacional de Colombia
jmdazar@unal.edu.co

Asunto: "Histórico 1996 a 2016 delitos contra la libertad, integridad y formación sexual en menores de 14 años."

Doctora Julie:

De conformidad con su solicitud referente al movimiento de procesos en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual en menores de catorce años, desde el año 1996 hasta el año 2016, adjunto en archivo Excel la información solicitada de conformidad con el reporte realizado por funcionarios judiciales en el Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial –SIERJU, del año 2007 al 2017, teniendo en cuenta que para los anteriores años no hay desagregación por este tipo procesal.

Finalmente, como parte de nuestra estrategia orientada a la mejora continua, respecto del proceso de Gestión de la Información Estadística, agradecemos su colaboración y tiempo empleado en el diligenciamiento de la encuesta adjunta, la cual puede remitir por correo electrónico a la dirección udaestadistica@cendoj.ramajudicial.gov.co, donde también se recibirán sugerencias sobre el proceso de información estadística, en particular frente a la atención de las solicitudes de información.

Cordialmente,

LUZ MARINA VELOZA JIMÉNEZ
Directora

CMHG/HRR/correo electrónico

Adjunto archivo Excel

Calle 12 No. 7 - 65 Conmutador - 2 841945 www.ramajudicial.gov.co



No. SIC700 - 4

No. GP 693 - 4



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura
Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico

Ficha Técnica Versión 2.0	
Descripción	<p>La información relacionada corresponde al movimiento de procesos de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual en menores de catorce años en los despachos permanentes y de descongestión.</p> <p>Definiciones a tener en cuenta:</p> <p>Frente a los ingresos es importante mencionar que desde el año 2012 en adelante la información corresponde a la demanda efectiva o nueva de justicia esto es, que no se tienen en cuenta los ingresos por reingresos, los ingresos por otros reingresos, los ingresos por descongestión, los ingresos por pérdida de competencia, los ingresos por cambio de radicación, los reingresos por nulidad, los reingresos por exclusión y los ingresos por renovación de actuaciones. Es decir, no se tienen en cuenta los procesos que han pasado de un despacho judicial a otro.</p> <p>En cuanto a los egresos, éstos corresponden a las salidas del despacho judicial, el término efectivo corresponde a un auto o decisión que pone fin a la instancia, esto es, que no se tienen en cuenta las siguientes salidas como efectivas: Egreso para descongestión, Egresos remitidos a otros despachos, Egresos por Autos Desiertos o Desistidos, Egresos por Art. 9 Ley 1395, Egresos Pérdida de Competencia, Egresos por rechazados o retirados y los Egresos Cambio de Radicación. También aplica el término efectivo a partir del año 2012.</p> <p>Los egresos por sentencia corresponde a los procesos que terminan con una sentencia judicial.</p> <p>El índice de evacuación parcial efectivo corresponde a la razón entre egresos efectivos y los ingresos efectivos y muestra el porcentaje de procesos evacuados en relación con los ingresos.</p> <p>Las variables correspondientes a condenados y absueltos, hace referencia a la cantidad de personas, no a las sentencias condenatorias o absolutorias, toda vez que en una misma decisión pueden haber varias personas condenadas y absueltas, es por tal razón que una sentencia no se califica como condenatoria o absolutoria.</p> <p>Condenados con aceptación de cargos: se aceptan cargos al momento de la imputación,</p>
Fuente de la información	CSJ - UDAE - SIERJU

Nivel de desagregación	La información se entrega desagregada por Año, Tipo de Proceso y Sección. Se entregan las estadísticas del movimiento de procesos correspondiente a Ingresos efectivos, Egresos efectivos, egresos por sentencia, total inventario final, índice de evacuación parcial efectivo, el número de personas condenadas (con o sin aceptación de cargos y el número de personas absueltas.
Periodo	Años 2007 a 2016
Fecha del corte de la información	Año 2007: Corte 24/06/2010
	Año 2008: Corte 10/03/2010
	Año 2009: Corte 10/03/2010
	Año 2010: Corte 17/02/2011
	Año 2011: Corte 30/01/2012
	Año 2012: Corte 06/02/2013
	Año 2013: Corte 29/01/2014
	Año 2014: Corte 26/01/2015
	Año 2015: Corte 03/08/2016
Año 2016: Corte 02/02/2017	
Destinatario	Doctora JULIE MARCELA DAZA ROJAS Docente Derecho de Familia Universidad Nacional de Colombia jmdazar@unal.edu.co
Radicado	Solicitud a través de correo electrónico
Elaboró	UDAE/LMVJ/CMHG/HRR
Fecha de la consulta	26 de junio de 2018

Anexo E. Respuesta Derecho Petición Unidad de Análisis y Desarrollo Estadístico UDAEO19-1224



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura
Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico

UDAEO19-1224

Bogotá, D. C., 19 de junio de 2019

Señora
JULIE MARCELA DAZA ROJAS
Docente de derecho de familia
Universidad Nacional de Colombia
jmdazar@unal.edu.co

Asunto: "Estadística de delitos sexuales contra menores de catorce años 2017 – I Trimestre 2019"

Respetada señora Julie Marcela:

En atención a su solicitud relacionada con la información estadística de los delitos sexuales contra menores de catorce años, cordialmente comparto la información en el archivo formato Excel adjunto, de conformidad con el reporte realizado por los funcionarios judiciales en el Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial – SIERJU para el periodo 2016 a enero – marzo de 2019.

Es importante precisar que en la información compartida se relaciona la cantidad de personas condenadas y absueltas, mas no las sentencias condenatorias, toda vez que en una audiencia se pueden presentar personas condenadas y absueltas, lo cual dificulta el procedimiento para clasificar la sentencia en condenatoria o absolutoria.

Finalmente, como parte de nuestra estrategia orientada a la mejora continua, respecto del proceso de Gestión de la Información Estadística, agradecemos su colaboración y tiempo empleado en el diligenciamiento de la encuesta adjunta, la cual puede remitir por correo electrónico a la dirección udaeestadistica@cendoj.ramajudicial.gov.co, donde también se recibirán sugerencias sobre el proceso de información estadística, en particular frente a la atención de las solicitudes de información.

Cordialmente,

CLARA MILENA HIGUERA GUÍO
Directora (E)

HRR/Correo electrónico.
Anexo archivo formato Excel.

Calle 12 No. 7 - 65 Conmutador - 2 841945 www.ramajudicial.gov.co





Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura
Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico
División de Estadística

Ficha Técnica Versión 2.0	
Descripción	<p>En este archivo se presenta la información relacionada con los delitos contra menores de 14 años, presentando la información de ingresos efectivos y egresos efectivos, considerando los siguientes aspectos.</p> <p>Definiciones a tener en cuenta:</p> <p>Frente a los ingresos es importante mencionar que la información corresponde a la demanda efectiva o nueva de justicia esto es, que no se tienen en cuenta los ingresos por reingresos, los ingresos por otros reingresos, los ingresos por descongestión, los ingresos por pérdida de competencia, los ingresos por cambio de radicación, los reingresos por nulidad, los reingresos por exclusión y los ingresos por renovación de actuaciones. Es decir, no se tienen en cuenta los procesos que han pasado de un despacho judicial a otro.</p> <p>En cuanto a los egresos, éstos corresponden a las salidas del despacho judicial, el término efectivo corresponde a un auto o decisión que pone fin a la instancia, esto es, que no se tienen en cuenta las siguientes salidas como efectivas: Egreso para descongestión, Egresos remitidos a otros despachos, Egresos por Autos Desiertos o Desistidos, Egresos por Art. 9 Ley 1395, Egresos Pérdida de Competencia, Egresos por rechazados o retirados y los Egresos Cambio de Radicación.</p> <p>Finalmente en cuanto a condenados, se presenta la información correspondiente a la cantidad de personas condenadas, mas no a la sentencia, dado que en una sentencia pueden presentarse condenados y absueltos y no se podría clasificar.</p>
Fuente de la información	CSJ - UDAE - SIERJU
Nivel de desagregación	La información se presenta por año, tipo de delito, ingresos, egresos, cantidad de personas condenadas y absueltas.
Periodo	2016 - I trimestre 2019
Fecha del corte de la información	Año 2019: Corte 30/04/2019
	Año 2018: Corte 04/02/2019
	Año 2017: Corte 30/01/2018
Destinatario	Señora JULIE MARCELA DAZA ROJAS
Radicado	Correo electrónico
Elaboró	HRR
Fecha de la consulta	18/06/19

Anexo F . Respuesta derecho petición grupo control, vigilancia y gestión estadística. Dirección Nacional de Defensoría Pública.



Julie Marcela Daza Rojas <jmdazar@unal.edu.co>

RESPUESTA DERECHO DE PETICIÓN

1 mensaje

Martha Moreno <mmoreno@defensoria.gov.co>
Para: "jmdazar@unal.edu.co" <jmdazar@unal.edu.co>

4 de julio de 2018, 19:03

Señora
JULIE MARCELA DAZA ROJAS
Docente Derecho de Familia
Estudiante Doctorado en Derecho
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Universidad Nacional de Colombia

En atención a su solicitud de información relacionada con los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual en menores de 14 años, atentamente me permito enviar la información con que cuenta esta oficina respecto del punto No. 1 "**Número de solicitudes que se han recepcionado en los últimos 5 años para la defensa de procesados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual en menores de 14 años, discriminado por regiones a nivel nacional**". , por ser de nuestra competencia.

Cordialmente

Martha Mireya Moreno Pardo

Responsable Grupo Control, Vigilancia y Gestión Estadística

Dirección Nacional de Defensoría Pública

Defensoría del Pueblo

Bogotá, D.C. Carrera 13 N° 55 - 60

mmoreno@defensoria.gov.co

PBX. (57 1) 314 4000 Ext. 2717

Anexo G. TABULACIÓN FORMATO NO. 1. SEGUIMIENTO Y CONTROL DE LA AUDIENCIA (SE TIENEN EN CUENTA TODAS LAS SESIONES)

Tipo penal	Inicio a Tiempo	Escucha al interior	Ruidos Externos	Sesiones de la audiencia de juicio	Recesos durante las sesiones	Mobiliario de las salas de audiencias	Dialogo Previo Audiencia	Frente a la Víctima	Frente a los testigos	Frente a los peritos	Frente a la defensa del procesado	Frente a la Fiscalía	Frente a la atención del Juez	Frente a la Defensa de víctimas	Frente al Ministerio Público	Anotaciones (Apuntes de diferentes sesiones)	Elementos comunes
Actos Sexuales Abusivos	NO	Regular	Permanentes	4	Si	Suficiente	Si	9 años. Sin parentesco con el procesado	Familiares del procesado y Jefe del procesado	Médico y Psicólogo del Instituto de Medicina Legal y Ciencias forenses	Apoderado de Confianza. Asiste con auxiliares. Adecuado lenguaje Técnico/Jurídico	No asiste con personal de apoyo. No utiliza medios electrónicos. Adecuado Lenguaje Técnico/Jurídico	No asiste con Personal de Apoyo. No utiliza Medios Electrónicos. Adecuado lenguaje Técnico/Jurídico	No	No	Fiscalía llega a preparar en la audiencia la teoría del Caso Se evidencia desorganización en el manejo del Caso Los hechos descritos en la teoría del caso no coinciden con el testimonio de los testigos principales, ni con lo redactado en la resolución de acusación - improvisación Hay estipulaciones probatorias que son obvias y se dan en todos los casos/ Plena identidad víctima y el procesado	Es una práctica normal, generalizada e intronizada que el juicio se realice por sesiones y que estas estén distantes en el tiempo. Ruido Constante que afecta la atención en la sala de audiencia, bien sea de la calle o de los pasillos. Quienes participan en la audiencia están acostumbrados. Aumenta el ruido al transcurrir las horas, en la mañana a primera hora de inicio de la jornada es más silencioso a medida que avanza el día se intensifica, uno o dos policías que recorren los pisos suelen llamar la atención y retirar las personas de los pasillos, están deben esperar en los pasillos que comunican las torres o en las zonas de descanso de las escaleras. No hay pausas que permitan descansar durante la sesión. Pueden transcurrir 4 horas continuas sentados. Generalmente solo el juez (a) puede acceder a hidratación durante la sesión. Juzgado suele fijar más de una sesión de audiencia al día.
Acceso Camal Abusivo	NO	Bien	Permanentes	7	No	Suficiente	Si	11 años. Prima.	Familiares del procesado. Familiares de la Víctima.	Médico y Psicólogo del Instituto de Medicina Legal y Ciencias forenses. Funcionario Investigador CTI.	Defensor Público. No asiste con auxiliares. Adecuado Lenguaje Técnico/Jurídico.	No asiste con personal de apoyo. No utiliza medios electrónicos. Adecuado Lenguaje Técnico/Jurídico	No asiste con Personal de Apoyo. No utiliza Medios Electrónicos. Adecuado lenguaje Técnico/Jurídico	Defensor Público. No utiliza Medios Electrónicos. No asiste con personal de apoyo.	No utiliza Medios Electrónicos. No asiste con personal de apoyo.	El hecho no se prueba con los elementos probatorios que se han recaudado Defensa alega que no es suficiente con lo dicho de la víctima La víctima sufre trastornos psicológicos No hay precisión e individualización de los delitos Se parte de suposiciones víctima es manipulada Protocolo SATAC es obsoleto	Complejo judicial no cuenta con suficientes salas especializadas para realizar videoconferencias. Testigos/Peritos/Investigadores no tienen un espacio adecuado para permanecer mientras corresponde su turno. Se extienden demasiado algunos testimonios, testigos deben volver en ocasiones más de una vez. Defensor de Confianza tiene más herramientas a su disposición, suele contar con recursos para contratar peritajes alternos y/o que debatan el de la fiscalía, auxiliares que apoyan su labor, medios tecnológicos. Se evidencia un cruce de audiencias frecuente de los abogados y fiscalía. Es
Acceso Camal Abusivo	NO	Bien	Permanentes	5	No	Suficiente	No	9 años. Tío.	Familiares del procesado. Familiares de la Víctima.	Médico y Psicólogo del Instituto de Medicina Legal y Ciencias forenses. Funcionario Investigador CTI.	Defensor Público. No asiste con auxiliares. Deficiente Lenguaje Técnico/Jurídico.	No asiste con personal de apoyo. No utiliza medios electrónicos. Adecuado Lenguaje Técnico/Jurídico	No asiste con Personal de Apoyo. Si utiliza Medios Electrónicos. Adecuado lenguaje Técnico/Jurídico	Defensor Público. No utiliza Medios Electrónicos. No asiste con personal de apoyo.	No utiliza Medios Electrónicos. No asiste con personal de apoyo.	Apología al descuido de los padres excesiva libertad de la víctima dictamen presenta balencias víctima es mitómana compulsiva Falta de educación de la menor excesiva libertad a la menor desacreditar a la víctima por los dichos de otros familiares En este caso la última sesión fue solo para presentar alegatos y sentido del fallo	Complejo judicial no cuenta con suficientes salas especializadas para realizar videoconferencias. Testigos/Peritos/Investigadores no tienen un espacio adecuado para permanecer mientras corresponde su turno. Se extienden demasiado algunos testimonios, testigos deben volver en ocasiones más de una vez. Defensor de Confianza tiene más herramientas a su disposición, suele contar con recursos para contratar peritajes alternos y/o que debatan el de la fiscalía, auxiliares que apoyan su labor, medios tecnológicos. Se evidencia un cruce de audiencias frecuente de los abogados y fiscalía. Es

222 El proceso penal en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual cuando la víctima es menor de 14 años

Actos Sexuales Abusivos	NO	Bien	Permanentes	6	No	Suficiente	Si	8 años. Alumna del Procesado	Familiares del procesado. Docentes/ Rector del Colegio Privado.	Médico y Psicólogo del Instituto de Medicina Legal y Ciencias forenses. Policía Judicial.	Apoderado de Confianza. Asiste con auxiliares. Adecuado lenguaje Técnico/Jurídico	No asiste con personal de apoyo. No utiliza medios electrónicos. Adecuado Lenguaje Técnico/Jurídico	No asiste con Personal de Apoyo. No utiliza Medios Electrónicos. Adecuado lenguaje Técnico/Jurídico	No	No	Delitos muy solitarios Poco Público en las audiencias Mucha información escrita - expedientes - documentos No hay espacio adecuado para los testigos Las puertas no se cierran por lo tanto se escuchan ruidos externos testigos afuera permanecen de pie Falta de cuidado de los padres - Vacío de amor de la víctima.	decir; se tiene que aplazar o fijar fecha alejada por estos motivos. Normalmente ocurre en Defensores de Víctimas, defensores públicos y Fiscalía. Familiares de la víctima solo concurren a las sesiones cuando son testigos del procesado y/o son llamadas como testigos. Normalmente los cercanos al procesado si concurren. En cuanto a las reglas especiales de procedimiento (Ley 1098 de 2006). No se evidencia especialmente: 1. Que se de prioridad a las actuaciones. 2. No se evidencia atención en la indemnización y restablecimiento de Derechos Vulnerados. 3. No se verifica que se tenga en cuenta la opinión de las víctimas. Se evidencia confusión y por lo mismo la discusión no es tan especializada en aspectos como la retractación, las razones por las que se dan detalles en el testimonio en diferentes oportunidades, manejo de las emociones de las víctimas.
Actos Sexuales Abusivos	NO	Regular	Permanentes	4	Si	Suficiente	Si	10 años.	Familiares del procesado. Familiares de la Víctima.	Médico y Psicólogo del Instituto de Medicina Legal y Ciencias forenses. Funcionario Investigador CTI.	Defensor Público. No asiste con auxiliares. Deficiente Lenguaje Técnico Jurídico.	No asiste con personal de apoyo. No utiliza medios electrónicos. Adecuado Lenguaje Técnico/Jurídico	No asiste con Personal de Apoyo. Si utiliza Medios Electrónicos. Adecuado lenguaje Técnico/Jurídico	Defensor Público. No utiliza Medios Electrónicos. No asiste con personal de apoyo.	No utiliza Medios Electrónicos. No asiste con personal de apoyo.	Solo se encuentra con el testimonio directo de la víctima Se pone en duda la credibilidad del menor, se presume que oculta algo La víctima no se maneja en sociedad bien Las versiones de la víctima cambian, pues en cada testimonio se agregan cosas nuevas	Para evitar revictimización la víctima es aislada del proceso. Es común que en los alegatos de conclusión se centren en la víctima. Desestimando sus dichos por su comportamiento, descalificando o juzgando por aspectos personales, más que centrarse en la prueba.
Acceso Carnal Abusivo	NO	Bien	Permanentes	5	No	Suficiente	Si	12 años. Vecino.	Familiares del Procesado. Vecinos y miembros de la comunidad . Familiares de la víctima.	Médico del Instituto de Medicina Legal y Ciencias forenses. Técnico Investigador del CTI.	Apoderado de Confianza. No asiste con personal de apoyo. Adecuado Lenguaje Técnico/Jurídico.	No asiste con personal de apoyo. No utiliza medios electrónicos. Adecuado Lenguaje Técnico/Jurídico	No asiste con Personal de Apoyo. No utiliza Medios Electrónicos. Adecuado lenguaje Técnico/Jurídico	Defensor Público. No utiliza Medios Electrónicos. No asiste con personal de apoyo.	No utiliza Medios Electrónicos. No asiste con personal de apoyo.	Pone en tela de juicio la vida sexual de la víctima víctima está manipulada por la familia Conducta de la menor es resultado del resentimiento falta de técnica en la presentación de los alegatos, sueltos, sin hilación Se ve en la teoría del caso y los alegatos apelación a las emociones, en tanto que el abogado de la defensa manifiestan que en su fuero personal tienen la convicción más profunda de la inocencia del procesado. Que se ve en la víctima un interés inusual por temas sexuales, así mismo que ha tenido muchas conductas de este tipo en el colegio y en el ámbito familiar.	

Actos Sexuales Abusivos	NO	Bien	Permanentes	7	Si	Suficiente	Si	8 años. Sobrina del Procesado	Familiares del procesado. Familiares de la Víctima.	Médico y Psicólogo del Instituto de Medicina Legal y Ciencias forenses. Psicólogo perito de la defensa. Investigador Defensa.	Apoderado de Confianza para cada procesado. Asiste con auxiliares. Utilizan medios electrónicos. Adecuado enguaje Técnico/Jurídico	No asiste con personal de apoyo. No utiliza medios electrónicos. Adecuado Lenguaje Técnico/Jurídico	No asiste con Personal de Apoyo. No utiliza Medios Electrónicos. Adecuado lenguaje Técnico/Jurídico	Defensor Público. No utiliza Medios Electrónicos. No asiste con personal de apoyo.	No utiliza Medios Electrónicos. No asiste con personal de apoyo.	Se concibe que al ser un familiar cercano y de buena reputación y con un trabajo intachable (Tío Paterno Militar) no es posible considerar que este causó un daño a la víctima. Se alega que una cosa es tener un interés por la víctima demostrado y otra realizar actos sexuales abusivos. Se alega por la defensa que los argumentos de la Fiscalía son suposiciones, no se prueba la ocurrencia del delito con los elementos que existen, por lo tanto no se verifica que los presupuestos del tipo penal se cumplan. Se presenta al acusado como una persona con una conducta intachable, que nunca ha sido objeto de discusiones o peleas con los vecinos.
Actos Sexuales Abusivos	NO	Regular	Permanentes	6	No	Suficiente	No	6 años.	Familiares del procesado. Familiares de la Víctima.	Médico y Psicólogo del Instituto de Medicina Legal y Ciencias forenses. Policía Judicial.	Defensor Público. No asiste con auxiliares. Adecuado Lenguaje Técnico Jurídico.	No asiste con personal de apoyo. No utiliza medios electrónicos. Adecuado Lenguaje Técnico/Jurídico	No asiste con Personal de Apoyo. No utiliza Medios Electrónicos. Adecuado lenguaje Técnico/Jurídico. Habla muy rápido al inicio de las sesiones, poco comprensible. Se exaspera con facilidad.	Defensor Público. No utiliza Medios Electrónicos. No asiste con personal de apoyo.	No utiliza Medios Electrónicos. No asiste con personal de apoyo.	Los testigos permanecen a fuera de la sala y de pie, es difícil considerar si alguna persona del público que es familiar de la víctima o testigos transmite la información sobre lo que se ha recaudado en la audiencia antes de rendir testimonio pues algunos de ellos salen y conversan con los testigos previamente. Las puertas no se cierran por lo tanto se escuchan ruidos externos. Solo se cierran cuando se va a realizar la entrevista a la víctima, en ella no se permite ingreso de público, aunque con posterioridad se facilitan los CD con la entrevista

Actos Sexuales Abusivos	NO	Bien	Permanentes	8	No	Suficiente	Si	7 años. Esposo de una prima.	Familiares del procesado. Familiares de la Víctima.	Médico y Psicólogo del Instituto de Medicina Legal y Ciencias forenses. Funcionario Investigador CTI.	Defensor Público. No asiste con auxiliares. Adecuado Lenguaje Técnico Jurídico.	No asiste con personal de apoyo. No utiliza medios electrónicos. Adecuado Lenguaje Técnico/Jurídico	No asiste con Personal de Apoyo. No utiliza Medios Electrónicos. Adecuado lenguaje Técnico/Jurídico	Si	No utiliza Medios Electrónicos. No asiste con personal de apoyo.	Se evidencia en el caso que al no acudir algunos testigos citados, se suspendió en tres ocasiones la audiencia, porque se justificaba la imposibilidad de la misma, por los argumentos acerca de la importancia de los testigos se aplazó en la última ocasión pero condicionado a que si no asistían se continuaría con los demás testigos y se prescindiría de los que no asistieran. La víctima tenía una conducta solitaria, aislada. Se verifica que la falta de cuidado de los padres, es decir, su negligencia, puede llevar a que la víctima se encuentre en peligro y que cualquier persona haya podido acceder a ella, no necesariamente el victimario. Se evidencia en este caso que una estrategia de la defensa es hacer evidentes las contradicciones entre la defensa de las víctimas, la fiscalía y el ministerio público
Actos Sexuales Abusivos	NO	Regular	Permanentes	6	No	Suficiente	No	7 años. Sobrina.	Familiares del procesado. Familiares de la Víctima.	Médico del Instituto de Medicina Legal y Ciencias forenses. Técnico Investigador del CTI.	Apoderado de Confianza. Adecuado lenguaje Técnico/Jurídico	No asiste con personal de apoyo. No utiliza medios electrónicos. Adecuado Lenguaje Técnico/Jurídico	No asiste con Personal de Apoyo. No utiliza Medios Electrónicos. Adecuado lenguaje Técnico/Jurídico	No	No utiliza Medios Electrónicos. No asiste con personal de apoyo.	Se desacredita la víctima, se menciona que es mentirosa y que su conducta es resultado del resentimiento. La falta de educación de la menor es un argumento para alegar el poco conocimiento que tiene sobre la acusación que realiza, otros familiares testifican que la víctima es grosera, que no hace caso. Los alegatos son desordenados, no sugen un orden de sucesión de lo transcurrido en juicio, se salta de la teoría del caso a pruebas, vuelve a retomar hechos y no se verifica un análisis de porque debe considerarse la ausencia de responsabilidad. La fiscalía retoma los argumentos de la acusación olvida hacer referencia a los testimonios recaudados en juicio que refuerzan su teoría del caso.

Actos Sexuales Abusivos	NO	Regular	Permanentes	4	Si	Suficiente	Si	10 años.	Familiares del procesado. Familiares de la Víctima.	Médico del Instituto de Medicina Legal y Ciencias forenses. Técnico Investigador del CTI.	Defensor Público. No asiste con auxiliares. Adecuado Lenguaje Técnico Jurídico.	No asiste con personal de apoyo. No utiliza medios electrónicos. Adecuado Lenguaje Técnico/Jurídico	No asiste con Personal de Apoyo. No utiliza Medios Electrónicos. Adecuado lenguaje Técnico/Jurídico	No	No utiliza Medios Electrónicos. No asiste con personal de apoyo.	La víctima tiene problemas sociales y comportamentales, no se relaciona fácilmente con los demás. La fiscalía preparo la audiencia al llegar a ella, no tenía claro quienes eran los testigos y el orden. El apoderado de la defensa, lee los alegatos, siendo así se verifican preparados sin tener en cuenta lo que ocurrió en la audiencia, más que lo ocurrido en otras sesiones.
Acceso Carnal Abusivo	NO	Bien	Permanentes	6	No	Suficiente	Si	12 años. Sobrina por afinidad del procesado.	Familiares del Procesado. Vecinos y miembros de la comunidad. Familiares de la víctima.	Médico y Psicólogo del Instituto de Medicina Legal y Ciencias forenses	Apoderado de Confianza. Asiste con auxiliares. Adecuado enguaje Técnico/Jurídico	No asiste con personal de apoyo. Utiliza medios electrónicos. Adecuado Lenguaje Técnico/Jurídico	No asiste con Personal de Apoyo. No utiliza Medios Electrónicos. Adecuado lenguaje Técnico/Jurídico	Defensor Público. No utiliza Medios Electrónico s. No asiste con personal de apoyo.	No utiliza Medios Electrónico s. No asiste con personal de apoyo.	Caso donde la víctima tenía 12 años cuando ocurrieron los hechos, ahora es mayor de edad, se discute que la víctima ejercía la prostitución en su barrio y que varios vecinos accedían a ella. Un alegato de la defensa es que la víctima aceptaba las relaciones y buscaba a los presuntos responsables. Debe tenerse en cuenta que la víctima era menor de 14 años. Al existir varios procesados, también se verifica la existencia de varios abogados defensores, en estos casos se dificulta el espacio, pues la sala se divide en dos partes, una primera para quienes hacen parte del proceso y otra para el público, obliga al traslado de sillas de otras salas y no es suficiente el espacio para el uso del micrófono por lo cual deben constantemente levantarse y cambiarse de lugar.
Acceso Carnal Abusivo	NO	Bien	Permanentes	5	No	Suficiente	No	11 años. Sobrina del Procesado.	Familiares del procesado.	Médico y Psicólogo del Instituto de Medicina Legal y Ciencias forenses. Psicóloga Clínica de la víctima.	Apoderado de Confianza. No asiste con personal de apoyo. Dificultad para formular preguntas.	Si asiste con personal de apoyo. No utiliza medios electrónicos. Adecuado Lenguaje Técnico/Jurídico	No asiste con Personal de Apoyo. No utiliza Medios Electrónicos. Adecuado lenguaje Técnico/Jurídico	No	Si utiliza medios electrónicos (Celular). No asiste con personal de apoyo. Adecuado lenguaje Técnico/Jurídico.	Se ha aplazado en dos ocasiones por solicitud de la Fiscalía, dificultad para encontrar y notificar a los testigos/perito experto. Se habla de que muchas personas visitan el hogar de la víctima, jóvenes y adultos por lo tanto cualquier persona pudo cometer el hecho no el procesado. La psicóloga perito ha sido citada en varias ocasiones pero no ha podido presentar en audiencia el dictamen por que no se extienden los otros testimonios. En charla con la psicóloga mientras iniciaba la audiencia menciona que la víctima se autolesiona (cortándose).

226 El proceso penal en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual cuando la víctima es menor de 14 años

Actos Sexuales Abusivos	NO	Bien	Permanentes	3	No	Suficiente	No	13 años. Hijastra.	Familiares del procesado.	No se practicaron .	Apoderado de Confianza. No asiste con personal de apoyo. Adecuado Lenguaje Técnico/Jurídico.	No asiste con personal de apoyo. No utiliza medios electrónicos. Adecuado Lenguaje Técnico/Jurídico	No asiste con Personal de Apoyo. No utiliza Medios Electrónicos. Adecuado lenguaje Técnico/Jurídico	No	No	Se llevó a cabo el proceso, el procesado estaba siendo acusado por Actos Sexuales Abusivos y Acceso Camal Abusivo, acepto cargos por Actos Sexuales Abusivos y se solicitó de forma conjunta por la fiscalía y el procesado que se precluyera el proceso.
Actos Sexuales Abusivos	NO	Regular	Permanentes	12	Si	Suficiente	Si	10 años. Primo de un procesado y por afinidad del esposo de su prima.	Familiares del procesado. Familiares de la Víctima. Rectora colegio donde estudiaba el niño. Psicóloga Cínica que lo atendió inicialmente.	Médico y Psicólogo del Instituto de Medicina Legal y Ciencias forense. Psicóloga cínica que atendió a la víctima. Psicóloga Forense, Investigador.	Apoderado de Confianza para cada procesado. Asiste con auxiliares. Utilizan medios electrónicos. Adecuado enguaje Técnico/Jurídico	Si asiste con personal de apoyo. No utiliza medios electrónicos. Adecuado Lenguaje Técnico/Jurídico	No asiste con Personal de Apoyo. No utiliza Medios Electrónicos. Adecuado lenguaje Técnico/Jurídico. Habla muy bajo. Se exaspera con facilidad.	Defensor de Confianza. Si utiliza Medios Electrónicos. Tablet. No asiste con personal de apoyo.	No utiliza Medios Electrónicos. No asiste con personal de apoyo.	Se dificulta continuar con las sesiones de la audiencia por la necesidad de recepcionar testimonios de personas que se encuentran fuera de la Ciudad, se hizo necesario la suspensión para el uso de otras salas, pero el tiempo en ellas es limitado por el orden de prelación de las solicitudes, este caso cuanta con acompañamiento de familiares de las dos partes, lo cual es poco común porque lo normal es que solo asistan familiares del procesado. Se alega desde la teoría del caso que la víctima puede estar expuesto a conductas sexuales en su entorno, deficiencias cognitivas en la víctima, construye un relato y tiene falsas huellas de memoria por las veces en que ha sido abordado y se le ha preguntado por este tema por sus familiares más cercanos y así mismo se vincula con los procesados en razón a que ellos apoyaban su cuidado por tener un padre ausente. También existen varias retractaciones y contradicciones en los dichos de la víctima.

Acceso Carnal Abusivo	NO	Bien	Permanentes	5	No	Suficiente	Si	4 Años. Tio Paterno	Familiares del procesado.	Médico del Instituto de Medicina Legal y Ciencias forenses. Técnico Investigador del CTI.	Apoderado de Confianza. Adecuado enguaje Técnico/Jurídico	No asiste con personal de apoyo. No utiliza medios electrónicos. Adecuado Lenguaje Técnico/Jurídico	No asiste con Personal de Apoyo. No utiliza Medios Electrónicos. Adecuado lenguaje Técnico/Jurídico	Defensor Público. No utiliza Medios Electrónicos. No asiste con personal de apoyo.	No	Se establece que la víctima no se ubica bien en el tiempo y el espacio, que con frecuencia relata hechos desordenados y desubicados, que no es posible tener claro una línea de tiempo de cuando ocurrieron los hechos. La víctima no puede precisar e individualizar las veces en que menciona ocurrieron los abusos. Afuera de la sala de audiencias se escuchan timbres de teléfono y las conversaciones. La fiscalía y defensa del procesado habla sobre lo que falta para terminar la etapa probatoria y de las razones por las que se suspendió en ocasión anterior. Se realiza mucho énfasis en el dictamen pericial y el perito (médico) verifica que las lesiones de la víctima son consistentes con su relato, se verificaron lesiones en el área vaginal.
Acceso Carnal Abusivo	NO	Regular	Permanentes	1	No	Suficiente	No	12 años.	Ninguno.	Ninguno.	Apoderado de Confianza. Adecuado enguaje Técnico/Jurídico	No asiste con personal de apoyo. No utiliza medios electrónicos. Adecuado Lenguaje Técnico/Jurídico	No asiste con Personal de Apoyo. No utiliza Medios Electrónicos. Adecuado lenguaje Técnico/Jurídico	No	No	Se llevó a cabo todo el proceso, procesado negó la ocurrencia del hecho en la acusación, se surtió el trámite de la audiencia preparatoria, al llegar al juicio como la víctima había tenido un hijo, y se había ordenado la práctica de ADN se verificó la paternidad del procesado, quien en primera audiencia de juicio aceptó cargos.

TABULACION ENTREVISTA JUECES

audiencias que atiende por día	Actuado en otros roles	Otras áreas del derecho	Comodidad salas	Inicio a tiempo	Afecta el juicio cuando se divide por sesiones	Discusión teoría del caso	Juicio en un solo momento	Recesos	Juicio años después hechos	Tiempo audiencia	tiempo alegatos	Auxiliar	Aspecto(s) Negativo(s) del proceso penal	Reglas CIA	Debilidades	fortalezas	Sugerencias	Observaciones
Actuado en otros roles	Si	No	Si, pero en los espacios externos no hay lugar para testigos ni víctimas dignos	No. Traslado del defendido Tiempo de los fiscales, Defensores, Asistencia de testigos	Afecta la memoria, se toma nota de lo importante pero se pierde el lenguaje corporal y otras cosas	Si, con el equipo del Juzgado	Si, porque se puede realizar todo evitando que con lo que se ha escuchado los testigos cambien o acomodan sus versiones	Si	Si	No	Depende de la complejidad del caso	No	Si, el problema no es el procedimiento sino la forma en que se aplica	Se aplican pero no son funcionales porque incrementa las penas y hace más drástica la condena no significa más justicia, más verdad y no soluciona el problema se afecta porque no se encuentra sentido a las observaciones, es difícil entender el contenido de las reglas		Ley, procedimiento no es malo o profundamente defectuoso	Espacios dignos Capacitación a todas las partes sensibilizar frente al delito capacitar en la forma de evaluación de la prueba	Espacios separados para todos no hay, los testigos escuchan y pelean entre ellos Los pasillos son campos de batalla No hay un espacio parte para la prensa El juez no administra venganza, que es lo que muchas veces se espera Mas pena no significa prevención. no disminuye la ocurrencia Crece mucho la posibilidad de uqe una persona resulte absuelta por la deficiencia de la fiscalía, se va a juicio con probabilidades altas de ganar el juicio
Otras áreas del derecho	Si	Si	Si	No. La organización de la audiencia Tiempo de los sujetos procesales	A veces, no es posible recordar todo y toca recurrir a los videos	Si, con el equipo del Juzgado	No es posible realizarlo en un solo momento, pero si debería ser concentrado o, teniendo la posibilidad de realizarlo con continuidad	Si	No, debe realizars e la investigación	No	Depende del caso	Si, para manejar los equipos	Si, la deficiente capacitación y formación	A diferencia de otros procesos limitan el procedimiento			Que se puedan retirar los cargos sin que se generen tantas complicaciones	Mayor infraestructura
Comodidad salas	Si	No	Algunas	No. No es posible hay muchos factores.	Si, se pierde mucho tiempo y la construcción del caso	En algunas ocasiones	Lo más concentrado o posible, pero es problemático o por las agendas de todos	Excepcionalmente	Si	Si, entre más tiempo mejor	Depende del caso	Solo al inicio de las audiencias y excepcionalmente cuando se requiera	Coordinar los tiempos de todos, fiscalía, defensores, del despacho	No es posible aplicarlas, se vulneran derechos del procesado	Congestión	Oralidad	Mejorar la infraestructura, mejor tecnología	Se requiere más equipos, funcionarios, dotación para que se puedan tramitar más rápido los procesos
Inicio a tiempo	Si	Si	La mayoría	No. Pero la mayoría se inicia en un rango cercano.	No	En algunas ocasiones	No porque a veces no concurren todos los testimonios o peritos y se cruzan con otras cosas	Solo para el almuerzo	Si	No	Depende del caso. Si hay que limitarlo porque o si no algunos se toman demasiado tiempo y se vuelven repetitivos	No	No se puede desarrollar tan rápido	No se articulan bien con el proceso penal		Inmediación	Más personal, capacitación	
Afecta el juicio cuando se divide por sesiones	Si	No	La mayoría, pero faltan medios técnicos en todas	No. Pero se trata de que no sea mucho la demora	No	Es mejor que no para que nadie le cuente a los apoderados o fiscalía el sentido del fallo	Si, para descongestionar y tramitar rápido un caso	Excepcionalmente	Si	No	Depende de la complejidad del caso	Solo al inicio de las audiencias y excepcionalmente cuando se requiera	Ninguna	No es posible aplicarlas, se vulneran derechos del procesado		Inmediación	Mejorar la infraestructura, mejor tecnología	La Rama Judicial requiere fortalecimiento, el los últimos años no ha variado mucho la plata de personal, es muy deficiente para atender todos los casos que llegan y las medidas de descongestión no solucionan el problema de fondo

TABULACIÓN TABULACIÓN ENTREVISTA SUJETOS

Rol en los procesos	Experiencia DLIFS	Audiencias día	Otro Rol	Observaciones DLIFS	Otras áreas	Comodidad sala	Inicio a tiempo	Afectación Juicio /	Discusión teoría del caso	Juicio en un solo momento	Recesos	Estrategia	Solo DLIFS	Acompañamiento Audiencia	Aspecto Negativo	Relevante conocer el manejo del despacho	Aplicación reglas del CIA	Debilidades	Fortalezas	Sugerencias	Observaciones
Funcionario	20 años	2	No	85 de C/100 expedientes	constitucional (por tutelas)	No	No	si	No	SI	No	N/A	No	N/a	Falta Personal fiscalía y defensores públicos falta técnica interrogar/contrain Terrogar limitación preguntas. No se utilizan las herramientas para evitar revictimización	Si, para que se conozca el precedente del despacho	NR	Demasiado legalismo y garantismo	Sistematización jurisprudenciales de la Corte Suprema sobre el tratamiento de los delitos sexuales	No debe tratarse el incidente de reparación ante el juez de conocimiento, o se lleva a ejecución de penas o a Juzgados civiles	Debe existir una mayor interacción y armonía interinstitucional entre la Judicatura, ICBF, INPEC, pues cada entidad parece ir en la vía contraria
Defensa Procesado	38 años	2	No		Si, todas	si	No	No, se tiene claridad en que va	Si, con la bancada de la defensa para tener uniformidad	No, se pierde objetividad, los delitos sexuales deben ser en varias sesiones	No	Como el único testigo es la víctima, se alega manipulación de familiares	No	Si	El juez no interroga directamente a la víctima por lo tanto la inmediatez se pierde	No	No, violan el principio de igualdad	Deficiencia probatoria El abogado está amarrado y sin recursos no se pueden contratar peritos	Ninguna	Eliminar el sistema penal acusatorio en delitos sexuales, mayor negociación, la aceptación de cargos debería dar estímulos	Juicios son muy largos, eternos, víctima es manipulada el sistema es más condenatorio que investigativo La prueba es desigual, Como no se pierde nada los abogados resuelven ir hasta el final

Defensa Procesado	22	1	Si - funcionario		Si, administrativo	si en Bogotá, diferente en otras ciudades	No	si, se pierde el registro histórico y tiende a olvidarse aspectos dichos en las anteriores	Si, con los funcionarios (fiscalía) cuando es posible	si, pero es imposible porque no se encuentran todos los testigos disponibles	Si, descanso y tomar alimentos	Si, Enfocarse en la valoración del testimonio de la víctima Jamás se acepta responsabilidad de entrada	No	No	Si	Si, para saber como falla el Juez y que criterios aplica Cuales son arbitrarios, cuales escuchan	No	Prejuicio con que se entra al proceso pues se presume la responsabilidad Falta de atención de los funcionarios por esos prejuicios Desbalance de contar con los medios y personal humano que realment e la defensa requiere	No hay fortaleza, es entra perdiendo al proceso	Que se cuente con imparcialidad por parte de los funcionarios las fiscalías deben tener que sospechar de los dichos de la víctima e investigar mejor Que la fiscalía ponga más atención en las pruebas que tiene y los dictámenes La recuperación de la cientificidad, más discusión sobre las categorías dogmáticas Que se vuelva a impulsar las formas de terminación del proceso anticipadas, como los precuerdos	Si la fiscalía tiene pruebas y no las estudia puede llevar a un proceso que precluye o hay absolución porque no estudia y si se da cuenta de su error aún así persiste en continuar el proceso
Defensa Procesado	3	2	No		Si, derecho privado	Faltan medicos técnicos para los testimonios de niños	No	si, por no ser concentradas se disipa la información que recibe el Juez y por supuesto también afecta la concentración de las partes	si, colegas	Si, porque se tiene toda la información recibida fresca en la memoria, y por lo mismo el operador judicial podrá fallar más certerament e evitando distracciones	Si, para tomar aire, asentar conclusiones	No	No	No	Si, La ley 1098 de 2006 artículo 199 principalmente. Ausencia de apoyo científico en estos delitos donde generalmente no hay testigos directos. Desbalance en la igualdad de armas frente al testigo menor víctima y su revictimización. A la defensa prácticamente le está vedado interrogarlo.	Si, por el carácter del Juez, su preparación y enfoque jurídico	No	Ausencia de política criminal preventiva Siatema de penas inadecuado Abandono de la ciencia, como la tarifa legal probatoria	Ninguna	Etapa de juico concentrada hasta su fin, lo que podría tardar en casos complejos 3 días	El sistema acusatorio viene congestionado casi desde su inicio, se aplazan o suspenden muchas audiencias por varias razones, agendas copadas de las partes y del Juez, inasistencia de testigos, sobre todo funcionarios y empleados del Estado. Este tipo de procesos pueden tardar en promedio 18 meses desde la imputación hasta el fallo de primera instancia

Investigador	8	2 a 3 por día	No		Si		No, administración de justicia y tiempo de la Fiscalía	Si, porque se pierde la concentración el juez pierde hilo conductor	Si, para poder complementar conceptos	Si, sesiones cortas y completas, no tan largas	Si, para injerir alimentos	Si, documentar mirar y seguir todas las pruebas de la fiscalía, peritos	No	No	Si, la estructura del delito sexual, más importante el dicho del menor	No, pero en la práctica se conoce como es el juzgado y que pasa con esos casos en ese juzgado	No, como están diseñadas no se tiene nada que perder	Muchos aplazamientos y por eso el proceso se vuelve muy largo, falta capacitación para los funcionarios	Oralidad, a pesar de que se limita la defensa pero al menos hay cierto protagonismo	Más concentración, un ente judicial e investigador para la defensa que cumpla con la norma de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable, respeto por la investigación, hay muy poco reconocimiento a la facultad de investigación	Para la defensa el tratamiento no es igual, no se mide igual, los jueces son muy lapsos con la Fiscalía por los aplazamientos aplica el fenómeno de la extracción, mucha manipulación de la víctima Protocolo SATAC debe actualizarse Denuncia debe ser más estructurada investigar al Núcleo familiar
Defensa Víctimas	5	2 a 3 por día	Si - Defensor de Proceso		Si, administrativo	Falta de mobiliario cuando son varios procesados y abogados	No, normalmente por falta de alguna de las partes o el Juez	Si, para todas las partes, procesados, mucho tiempo sin definir situación jurídica	Si, con los colegas e investigadores	Si, para no afectar a las partes	Si, para descansar	Si, Atacar los peritajes y los protocolos realizados	Si	No	Si, al tener limitaciones en la posibilidad de actuar, realizar solicitudes	Si, cada juzgado tiene formas de hacer las cosas	Si, pero más reales	Muy demorado el trámite de un proceso. No hay suficientes fiscales, defensores públicos y se deben aplazar mucho las audiencias porque deben atender otras	Oralidad	Rapidez en el trámite de las diligencias. No agendar varias diligencias en un mismo día y que se respete la agenda.	En la conversación se verifica la necesidad de fortalecer el número de defensores de víctimas que sigue siendo incipiente para el volumen de procesos y así mismo la remuneración.
Psicólogo - Perito Forense particular	8	1 al día	No		Si, Psicólogo Clínico	No hay donde esperar para ser llamado a audiencia	No	Si, se pierde mucho tiempo esperando las audiencias, toca venir y en ocasiones no se puede rendir el dictamen	Si, con el equipo contratado y los clientes	No, es importante conocer todo el panorama para preparar mejor la intervención al menos un par de sesiones son necesarias	No	Si, debatir las teorías, los protocolos, la forma de recolección de la información	No	No, yo acompaño al cliente	Muchas pruebas de la Fiscalía, usan herramientas desactualizadas	No	No, porque limitan mi actuación	Deficiente formación de los funcionarios. Desactualización.	Posibilidad de debatir y explicarle al Juez porque los otros dictámenes están errados.	Mayor formación, actualización de protocolos, profesionales más capacitados.	Se verifica que hay teorías aprendidas y no se estudian las demás que podrían dar un panorama más amplio en delitos sexuales. Hay poco conocimiento del universo psicológico y de estudios recientes en el tema.

Defensa Procesado	10	1 o 2 al día	Si - Fiscal		Si, todas	Si	No, normalmente por falta de alguna de las partes o el Juez	Si, las reacciones y emociones del momento se pierden, aunque permite prepararse si uno ve que algo está saliendo mal	Si, con el cliente	No	Si, para descansar	Si, tramitar el proceso hasta el final pues no hay nada que perder y enfocarse mucho en los fallos del testimonio de la víctima y sus familiares	No	Si	Si, la lentitud del proceso	Si	No, han servido porque no permiten que se establezca la posibilidad de rebaja de penas o precauciones favorables	La lentitud de los procesos	La oralidad, la posibilidad de presentar peritajes expertos	Fortalecer la justicia, más funcionarios, disminuir la congestión	
Fiscal	4	2 o 3 al día	No		No, penal pero otros delitos	Algunas	No, normalmente por falta de alguna de las partes o el Juez	Si, pero lastimosamente en muchas ocasiones se tienen que aplazar porque debemos atender varias diligencias al día, no hay agenda, es difícil coordinar porque llevamos muchos casos	No, algunas veces se discute con otros fiscales	No, es imposible porque uno no sabe cuando se demora a ciencia cierta un testimonio o peritaje, aunque si deberían ser lo más seguidas posibles, con las agendas actuales no es posible.	Si, descansar	Si, siempre traer a la víctima y entrevistarla en Cámara de Gesell	Si	No, se necesita el personal en la oficina	Si, poca infraestructura y personal	Si, para que se conozca el precedente del despacho	Si, pero si se pudiera tramitar más rápido el proceso	Falta de Juzgados, de profesionales para atender todos los casos	La oralidad, el dialogo es más directo	Crear más Juzgados, vincular más fiscales y personal de apoyo	
Secretaria de Juzgado																					
Defensa Víctimas	20	1 o 2 al día	Si - Procurador		Si, público	La mayoría	No, casi nunca	Si, todas las audiencias se corren por las demoras, no es posible controlar el tiempo exacto	No	No es posible	Si, descansar	Apoyar a la fiscalía	No	Si, especialmente para cuando es un caso difícil que apoye en escuchar los testigos o peritos para luego formular las preguntas	Las suspensiones	No	No, han hecho que sea más difícil evacuar casos	Muy poca infraestructura, mas prevención	Oralidad, todos nos vemos obligados a prepararnos más	Más políticas de prevención	El rol del defensor de víctimas es subestimado, pero también limitado y no se puede trabajar a veces de la mano con los Fiscales

Defensa Procesado	6	2	No		No	No, deberían estar adecuadas con TV todas para interrogatorio con Cámara de Gesell	No, por problemas logísticos	Si, se pierde la concentración de todos los que participamos en el proceso	Si, pero en pocas ocasiones	Si, porque la información esta fresca en la memoria y será más acertado el fallo	Si, para descansar y sacar conclusiones de lo que se ha ido escuchando	No	No	No	Varios. No hay testigos directos No hay igualdad de armas Congestión Mucho aplazamiento	Si, para preparar el caso	No	No hay una política preventiva, el sistema de penas no funciona	Ninguna	Cumplir con el principio de concentración	
Fiscal	5	3	Si - Litigante		Si, Civil	No	No, casi nunca	Si, se van acumulando o los casos y luego se cruzan todas las audiencias	A veces	Si, para que no se acumulen los casos	Si, descansar	Apoyarse en los peritajes	Si	No	La congestión, falta de recursos	Si, cada juzgado tiene formas de trabajar	Si	Congestión	Más cercanía con la prueba	Destinación de más recursos	Se requiere una mayor inversión en la justicia
Defensa Procesado	15	1 o 2 al día	No		No	Si	No, casi nunca	Claro, muy lento el trámite	Si, con el equipo	Si, para que no se acumulen los casos	Si, descansar	Si, analizar muy bien los testimonios	No	No	Si, muy poca infraestructura	Si, para conocer como es el ritmo del juzgado	No	Por proteger mucho se terminan cometiendo errores	Oralidad	Más celeridad	Invertir más en la administración de justicia
Defensa Procesado	5		No		Si, privado	Si, falta mucho	No	Si, se vulnera la concentración, el juez se desconecta del caso, no todos revisan todos los casos.	Si, en la oficina	Si, todos los testigos de cargo de una y otra parte en un solo momento, para no distraerse	Si, descansar	Implementación de Memorias Falsas Alienación Parental Enfocarse en la entrevista	No	Si, expertos	Desconocimiento de los precedentes	Si, porque dependiendo del juzgado se conoce la postura del juez	No	Falta de capacitación las debilidades conceptuales de los otros se asignan los fiscales a ese juzgado y generan una relación muy fuerte con el juez(a)	Oralidad, evidencia las debilidades conceptuales de los otros	Mayor precisión conceptual	Falta de Capacitación, los fiscales no identifican bien entrevista forense, valoración psicológica y valoración psiquiátrica. Hay juzgados que uno sabe que son garantistas y uno ya sabe como se actúa en el proceso A veces los defensores no son diligentes en las entrevistas, para evacuar un testigo de la fiscalía hay que evacuar unas 5 fechas

234 El proceso penal en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual cuando la víctima es menor de 14 años

Defensa Procesado	6	2 a 3 por día	Si, apoderado de víctimas		Si, Civil	No	No	Si, no hay continuidad, una sola sesión para un testimonio afecta mucho	Si, con el equipo y con expertos	Si, lo más concertado posible	Si, descansar	Enfocarse en todo lo que hagan mal	No	Si, expertos	Se acumula por los aplazamientos en todos los juzgados	Si, para saber como manejar el caso	No, en la practica no se aplican, cada juzgado tiene su criterio	Falta de capacitación, que a la postre nos favorece cuando defendemos	Oralidad, permite ver los errores	Mayor rapidez	Muy lento, en juicio lo que menos me he demorado en un caso son dos años y medio. Solo en juicio, faltando segunda instancia. Depende mucho porque hay maniobras dilatorias, colapsados, no hay capacidad para tramitar tantos casos, la policía ya no hace con empeño ese rol También usan como causal para archivar la falta de colaboración de la víctima en fiscalía
-------------------	---	---------------	---------------------------	--	-----------	----	----	---	----------------------------------	-------------------------------	---------------	------------------------------------	----	--------------	--	-------------------------------------	--	---	-----------------------------------	---------------	---

Bibliografía

AMBOS, Kai. Impunidad y Derecho Penal Internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia – Bolivia – Perú – Chile – Argentina. Primera Edición Colombia: Biblioteca Jurídica Dike. 1997.

AMBOS, Kai. “Impunidad, Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional”. En: Revista Nueva Sociedad 161. (1999) P. 100. En la Web: <http://nuso.org/articulo/impunidad-derechos-humanos-y-derecho-penal-internacional/>. Fecha de consulta: 18 de enero de 2017.

ARMENTA, Teresa. Lecciones de derecho procesal penal. Octava Edición Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 2015.

ASCENCIO, Mellado José M. Derecho Procesal Penal. Séptima Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2015.

BAITA Sandra & MORERO Paula. Abuso Sexual Infantil. Cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia. Uruguay: Unicef, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. 2015.

BARRERA, Domínguez Humberto. Delitos sexuales. Bogotá: Editorial Temis. 1963.

BERLINERBLAU, Virginia, Abuso Sexual contra niños, niñas y adolescentes: Una guía para tomar acciones y proteger sus derechos. Argentina, Unicef, 2016. Disponible en: [https://www.unicef.org/ecuador/proteccion-AbusoSexual_contra_NNyA-2016_\(1\).pdf](https://www.unicef.org/ecuador/proteccion-AbusoSexual_contra_NNyA-2016_(1).pdf) Fecha de consulta: 5 de noviembre de 2018.

BAUMANN, Jürgen, Derecho Procesal Penal, conceptos fundamentales y principios procesales, introducción sobre la base de casos. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986.

BONILLA, Castro Elssy, RODRÍGUEZ, Sehk Penélope. Más allá del dilema de los Métodos, la Investigación en Ciencias Sociales. Bogotá: Grupo Editorial Norma. 2005.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan & otros. Pena y Estado, función simbólica de la pena. Chile: Editorial Jurídica Cono Sur Ltda. 1995.

BRAITHWAITE, Jhon, Restorative Justice & Responsive Regulation, New York: Oxford University Press. 2002.

BRITTO RUIZ, Diana. Justicia Restaurativa. Reflexiones sobre la experiencia de Colombia. Ecuador: Universidad Técnica Particular de la Loja. 2010.

CÁCERES TOVAR, Víctor Manuel. Fundamentación Teórica de una Política Criminal Constitucional para los Delitos Sexuales con Menores de 14 Años en Colombia. Doctorado Thesis, Universidad Nacional de Colombia Sede Bogotá (2018).

CALVO, García Manuel & PICONTO, Novales Teresa, Introducción y Perspectivas Actuales de la sociología jurídica. Barcelona: Editorial OUC. 2017.

CAMPOS, Salvagno C. Los delitos sexuales. Montevideo: Editorial Peña y Sia. Imp. 1934.

CONDE, María de Jesús. “El acceso a la justicia de niños, niñas y jóvenes”. 2017. Artículo Online de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25534.pdf>, Fecha de consulta: 23 de octubre de 2018.

DE LA OLIVA, Santos Andrés et al. Derecho Procesal Penal. Séptima edición. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces. 2004.

DELEUZE, Gilles & GUATTARI, Félix. Mil Mesetas, Capitalismo y esquizofrenia. España: Pre textos, Ediciones Fontamara, 2002.

DOMINGO de la Fuente, Virginia. “Justicia Restaurativa como ciencia penal o social, encaminada a mejorar la justicia.” 2017. Educación Social. Revista Intervención socioeducativa 73-90. Disponible en la Web:

<https://www.raco.cat/index.php/EducacioSocial/article/download/328494/425616> Fecha de consulta: 6 de noviembre de 2018.

DURAN, Ernesto. “Los derechos de los niños y las niñas: marco general y puntos de debate”. En: Kemelmajer de Carluchi, Aída & Durán Ernesto, Editores. El Nuevo Derecho de Familia. Universidad Nacional de Colombia: Centro de Estudios Sociales CES, Observatorio sobre Infancia, Facultad de Ciencias Humanas. 2010.

ESCOBAR LÓPEZ, Edgar. Los delitos sexuales. Bogotá: Editorial Leyer. 2013.

FERRARI, Vincenzo. Funciones del Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2014.

FERRÉ Olivé, Juan Carlos & otros. Derecho penal colombiano. Parte general. Principios fundamentales y sistema. Bogotá: Ibáñez. 2010.

FIERRO – MENDEZ, Heliodoro. Manual de derecho procesal penal. Sistema acusatorio y juicio oral. Quinta edición Bogotá: Leyer. 2012.

GALLEGO, Juan Pablo. “Desprotección integral y revictimización de niños, niñas y adolescentes en la investigación del abuso sexual infantil”. En: Volnovich, Jorge R (comp.) et al. Abuso Sexual en la Infancia 3: La revictimización. Buenos Aires: Grupo Editorial Lumen. 2008.

GARRIDO, Vicente et al. Principios de Criminología. Tercera Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2006.

GARCÍA, Méndez, Emilio. Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Temis, Bogotá. 1998.

GIDDENS, Anthony, Sociología. Cuarta Edición, Madrid: Alianza Editorial S.A. 2004.

GIMENO, Sendra Vicente. Derecho Procesal Penal. 2da Edición. Pamplona: Editorial Aranzadi, S.A. 2015.

GIMENO, Sendra Vicente et al. Lecciones de Derecho Procesal. Penal. 2da Edición Madrid: Editorial Colex. 2003.

GÓMEZ JARAMILLO, Alejandro. Un Mundo sin Cárceles es Posible. Ediciones Coyoacán, S.A. de C.V. Primera Edición: 2008.

GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. Tratado de derecho penal. Parte general. Tomo I. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 2001.

GONZALES De LA VEGA, Francisco. De los delitos sexuales en general. México: Editorial Porrúa S.A. 1994.

GONZÁLES, Manuel Ricargo, RIFÁ Soler, José María, & RIAÑO Brun, Iñaki, Derecho Procesal Penal. Navarra: Fondo de Publicaciones del Gobierno de Navarra. 2006.
<https://www.navarra.es/NR/rdonlyres/913EC53B-45CB-471D-9142-9B186D079240/305602/PL13.pdf>. Fecha de consulta: 5 de noviembre de 2018.

GUBER, Rosana. La Etnografía, método, campo y reflexividad. Argentina, Siglo Veintiuno Editores, 2011.

GÜNTER, Jakobs & CANCIO, Melia Manuel. Derecho penal del enemigo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Colección de Estudios No. 35. 2005.

HASSEMER, Winfried. Fundamentos del Derecho Penal. Barcelona: Casa Editorial Bosch. 1984.

HASSEMER, Winfried. “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”. En: Revista Nuevo Foro Penal No. 51. (1991) Medellín: EAFIT.

HASSEMER, Winfried. Crítica al derecho penal de hoy. Norma, Interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Argentina: Ad Hoc. 2003

HERRERO ALONSO, Carmen & GARRIDO MARTÍN, Eugenio “Victimología: El impacto del delito. La víctima y el sistema legal. Una aproximación psicosocial”. En: La criminología aplicada II, Cuadernos de Derecho Judicial. (1999). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

HERRERA MORENO, Myriam. “Sobre las víctimas y victimidad. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima”. En: García-Pablos de Molina Antonio. Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente, Granada: Editorial Comares. 2009.

HUERTAS DÍAZ, Omar. Política Criminal Sistémica: Origen rizomático y contribuciones para su reflexión. Bogotá D.C. Colombia. Grupo Editorial Ibañez, 2019.

Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Forensis 2017, Datos para la vida. Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia. 2018. Disponible en: <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/262076/Forensis+2017+Interactivo.pdf/0a09fedb-f5e8-11f8-71ed-2d3b475e9b82>. Fecha de consulta: 30 de Junio de 2018.

KEMELMAJER DE CARLUCHI, Aída & DURAN ERNESTO (Editores). El Nuevo Derecho de Familia. Universidad Nacional de Colombia: Facultad de Ciencias Humanas, Centro de Estudios Sociales CES, Observatorio sobre Infancia. 2010.

KLEIMAN, Mark A.R. Cuando la fuerza bruta fracasa. Cómo lograr que haya menos crimen y menos castigo. Bogotá: Ediciones Uniandes. 2015.

LAUCCI, Cryril. “Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas”. New York: Naciones Unidas, Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el Delito. 2010. p. 8. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/Handbook_for_Proffesionals_and_Policymakers_Spanish.pdf. Fecha de consulta: 12 de octubre de 2018.

LANSDOWN, Gerison. La evolución de las facultades del niño. Italia: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2005. Unicef. Save the Children, Van Leer Foundation. Disponible en: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/EVOLVING-E.pdf>. Fecha de consulta: 12 de octubre de 2018.

LEVENE, Ricardo, Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo I, Segunda Edición, Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1993.

LÓPEZ, Sánchez, Feliz, Adolescencia. Necesidades y Problemas, Implicaciones para la intervención. Revista de Formación Continuada de la Sociedad Española de Medicina de la Adolescencia. Volumen, II. 2015. Disponible en la web: https://www.adolescenciasema.org/wp-content/uploads/2015/06/adolescere-2015-vol3-n2_9-17_Adolescencia.pdf. Fecha de consulta: 30 de Marzo de 2019.

MARTINEZ CASTRO, Juan Manuel. La sociología procesal penal como ciencia. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 1997.

MARTÍNEZ JIMÉNEZ, José. Derecho Procesal Penal. Madrid: Editorial Tecnos. 2015.

MAZA MARTÍN, José Manuel. Algunas consideraciones criminológicas de interés judicial, sobre la víctima del delito. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Criminología, Solana e Hijos, A.G., S.A. 2014.

MONTIEL, Juan Pablo, (Editor). La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿Decadencia o evolución? Madrid: Marcial Pons. 2012

MOSSO, Carlos José. “La praxis judicial en el abuso sexual infantil”. En: Volnovich, Jorge R (comp.) et al. Abuso Sexual en la Infancia 3: La revictimización. Buenos Aires: Grupo Editorial Lumen. 2008.

Naciones Unidas, Oficina contra la droga y el delito. Manual sobre programas de Justicia Restaurativa. Viena: Serie Manuales sobre justicia penal. 2006. Documento disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf Fecha de consulta: 10 octubre de 2018.

Naciones Unidas (2013). Resolución 67/187, Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal. New York Naciones Unidas. Documento disponible en: http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UN_principles_and_guidelines_on_access_to_legal_aid.pdf. Fecha de consulta: 10 octubre de 2018.

Naciones Unidas (2005). Resolución 2005/20, Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social. Disponible en: http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/E2005_20.pdf Fecha de consulta: 11 de octubre de 2018.

Naciones Unidas. Resolución 55/25. New York: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. 2014. Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebooks.pdf>, Fecha de consulta: 12 de octubre de 2018.

NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel & ALONSO Pérez, Francisco. Nociones de Criminología. Madrid: Editorial Colex. 2002.

ORDEÑANA, GEZURAGA, Ixusko. El estatuto jurídico de la víctima en el derecho jurisdiccional penal español. Madrid: Oñati. 2014.

OUDSHOORN, Judah, JACKET, Michelle, and STUTZMAN, Amstutz, Lorraine, The little book of restorative justice for sexual abuse, Hope through trauma, New York: Good Books. 2015.

PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Delitos Sexuales. La sexualidad humana y su protección penal. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA. 2005.

QUINCHE, Manuel Fernando. Derecho constitucional colombiano: De La carta de 1991 y sus reformas. Quinta Edición. Bogotá: Editorial Temis. 2012.

QUIROZ, Monsalvo Aroldo. Manual de derecho de infancia y adolescencia (aspectos sustanciales y procesales). Segunda edición. Colombia, Librería Ediciones del Profesional. 2013.

RODRÍGUEZ – TOUBES MUÑIZ, Joaquín. La razón de los derechos. España: Editorial Tecnos, S.A. 1995.

RODRÍGUEZ TRAMOLANO, Sergio. Superando el adultocentrismo. Chile: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Unicef. 2013. Disponible en: <http://unicef.cl/web/wp->

content/uploads/2012/12/UNICEF-04-SuperandoelAdultocentrismo.pdf. Fecha de consulta: 12 de octubre de 2018.

ROZANSKI, Carlos. “Denunciar o Silenciar el abuso sexual infantil”. Conferencia. Madrid: Jornada de clausura de cursos y máster en Violencia de Género de la UNED 2010. En la web. http://www.academia.edu/7578900/_DENUNCIAR_O_SILENCIAR_EL_ABUSO_SEXUAL_INFANTIL. Fecha de consulta: 23 de febrero de 2018.

ROZANSKI, Carlos Alberto. “La niña abusada ante la justicia”. En: Volnovich, Jorge R (comp.) et al. Abuso Sexual en la Infancia 1: El quehacer y la ética. Buenos Aires: Grupo Editorial Lumen. 2002.

ROXIN, Claus. La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. España: Tirant Lo Blanch. 2000.

ROXIN, Claus (1999). “Pena y Reparación” Conferencia dictada en la Universidad Juárez Autónoma de México. Publicada en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Número LII. Disponible en la Web en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/298206.pdf>. Consultado el: 5 de noviembre de 2018.

SILVA, Sánchez, Jesús – María, La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, segunda edición. Madrid, Civitas Ediciones. 2001.

SANGUINE, Odone. Prisión Provisional y Derechos Fundamentales. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2003.

SARRABAYROUSE, Eugenio C. “La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo”. En: Montiel, Juan Pablo, Editor. La crisis del Principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿Decadencia o evolución? Madrid: Marcial Pons. 2012.

SMITH, E. Edward & KOSSLYM M. Stephen. Procesos Cognitivos: modelos y bases neurales. Madrid: Pearson Educación S.A. 2008.

VALENCIA MARTÍNEZ, Jorge Enrique. Delitos contra la libertad, integridad y formaciones sexuales. Segunda edición. Bogotá: Editorial Legis. 2002.

VOLNOVICH, Jorge R. (comp.) et al. Abuso sexual en la infancia 1: El quehacer y la ética. Buenos Aires: Grupo Editorial Lumen. 2002.

VOLNOVICH, Jorge R. (comp.) et al. Abuso sexual en la infancia 2: Campo de análisis e intervención. Buenos Aires: Grupo Editorial Lumen. 2006.

VOLNOVICH, Jorge R (comp.) et al. Abuso sexual en la infancia 3: La revictimización. Buenos Aires: Grupo Editorial Lumen. 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Sociología Procesal Penal. México: Ediciones Botas. 1968.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El enemigo en el derecho penal. México: Ediciones Coyoacán. 2011.

ZEHR, Howard. El pequeño libro de la justicia restaurativa. Estados Unidos: Good Books. 2006.

ZEHR, Howard, (S/F). Justicia Restaurativa: la promesa, el reto. Entrevista. Por Katia Celia Ornela Núñez. Disponible en la Web en: <https://www.pjenl.gob.mx/MecanismosAlternativos/download/Entrevista-Dr.Howard-Zehr.pdf>.

Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2018.

Jurisprudencia.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, sección tercera, subvención B, Consejero ponente; Ramiro Pazos Guerrero, expediente 42376, bajo radicado No. 06-12-2016200012331000200800263-01.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-876 de 2001, Magistrado Ponente: Mauricio Gonzáles Cuervo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 426 de 2002, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 578 de 2002, del 30 de julio de 2002, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 507 de 25 de mayo de 2004, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 1194 de 2005, Magistrado Ponente 22 de noviembre de 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-820 de 2006, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 240 de 2009, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 167 de 2011, Magistrado Ponente, Juan Carlos Henao Pérez.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 283 de 2013, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 736 de 2013, Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-796 de 2013, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-718 de 2015, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 451 de 2015, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-362 de 2016, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 18455, Magistrado Ponente: Jorge Luis Quintero Milanés.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Rad. 24096 de 2006, Magistrado Ponente: Édgar Lombana Trujillo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 24468, Magistrado Ponente: Edgar Lombana Trujillo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 18455, Magistrado Ponente: Jorge Luis Quintero Milanés.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 23706, Magistrado Ponente: Marina Pulido de Barón.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 13466, Magistrado Ponente: Fernando E. Arboleda Ripoll.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 29053, Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 34661, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Salazar Otero

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No.38.857, Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 32103, Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 33844, Magistrado Ponente: Augusto J. Ibáñez Guzmán.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 34131, Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 34322, Magistrado Ponente: José Luis Barcelo Camacho.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 34.981, Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 35205, Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 36510, Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 40455, Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 41417, Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 48233, Magistrado Ponente: Luis Antonio Hernández Barbosa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 30305, Magistrado Ponente: Augusto J. Ibáñez Guzmán.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 30355, Magistrado Ponente: Jorge Luis Quintero Milanés

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 30556, Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 30612, Magistrado Ponente: Jorge Luis Quintero Milanés.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 31948, Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 31950, Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 32595, Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 23706, Magistrado Ponente: Marina Pulido de Barón.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No.32685, Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No.32868, Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 33651, Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 28257, Magistrado Ponente: Augusto J Ibáñez Guzmán.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 30355, Magistrado Ponente: Jorge Luis Quintero Milanés.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 32972, Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 32782, Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 33013, Magistrado
Ponente: Javier Zapata Ortiz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 33844, Magistrado
Ponente: Augusto J. Ibáñez Guzmán.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 34434, Magistrado
Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 35393, Magistrado
Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 35668, Magistrado
Ponente: José Luis Barceló Camacho.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 37108, Magistrado
Ponente: María del Rosario Gonzáles Muñoz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación No. 33006, Magistrado
Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero.