

**MANEJO DE LA REVICTIMIZACIÓN A LOS MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS
SEXUALES, EN LA ETAPA DE JUICIO ORAL, EN CUCUTA**

**GEYSA DELENY PINEDA MENDOZA
ANDREA KATHERINE PRADA MONCADA
DENISES NAIDUTH LARGO DELGADO
LUIS ARMANDO RIOS ROZO**



**UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR SEDE CUCUTA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS SOCIALES
PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO
SAN JOSÉ DE CUCUTA
2018-2**

**MANEJO DE LA REVICTIMIZACIÓN A LOS MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS
SEXUALES, EN LA ETAPA DE JUICIO ORAL, EN CUCUTA**

**GEYSA DELENY PINEDA MENDOZA
ANDREA KATHERINE PRADA MONCADA
DENISES NAIDUTH LARGO DELGADO
LUIS ARMANDO RIOS ROZO**

*Proyecto de Trabajo de investigación presentado como prerrequisito para optar título de
Abogado*

Docente:
ANDREA AGUILAR BARRETO
Doctora

**UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR SEDE CUCUTA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS SOCIALES
PROGRAMA ACADEMICO DE DERECHO
SAN JOSE DE CUCUTA
2018-2**

CONTENIDO

TITULO	5
RESUMEN	5
INTRODUCCION	6
1 PROBLEMA	8
1.1 Planteamiento del Problema	8
1.2 Formulación del Problema	12
1.3 Objetivos	12
1.3.1 <i>Objetivo General</i>	12
1.3.2 <i>Objetivos Específicos</i>	12
1.4 Justificación	12
2 MARCO REFERENCIAL	14
2.1 Antecedentes	14
2.2 Marco Teóricas	18
2.3 Marco Contextual	28
2.4 Marco Legal	29
3 METODOLOGÍA	34
3.1 Paradigma de la Investigación	34
3.2 Enfoque de la Investigación	34
3.3 Diseño de la Investigación	34
3.4 Población y Muestra o Informantes Clave	34
3.5 Técnicas e instrumentos de recolección de datos	35
3.6 Análisis y procesamiento de la información	35

4	ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN	55
4.1	Resultados	55
4.1.1.	Análisis dogmáticamente los delitos sexuales donde son víctimas los menores	55
4.1.2	Procedimiento que se sigue en delitos sexuales contra menores, durante los juicios orales, en la jurisdicción de Cúcuta.	61
4.1.3	Importancia de la entrevista de las menores víctimas de delitos sexuales en la etapa preliminar como prueba documental durante la etapa de juicio oral, frente a su posible revictimización.	66
4.2	Discusión	73
	REFLEXIONES FINALES	79
	RECOMENDACIONES	81
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	83
	ANEXOS	86
	Anexo 1. Ruta Metodológica	87
	Anexo 2. Formato de Instrumentos aplicados	90
	Anexo 3. Acta de Validación	93

MANEJO DE LA REVICTIMIZACIÓN A LOS MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES, EN LA ETAPA DE JUICIO ORAL, EN CUCUTA

RESUMEN

El tema tratado en este proyecto de investigación está encaminado a tratar el manejo que se le da a una posible revictimización a los menores víctimas de delitos sexuales, de manera específica en la etapa de juicio oral de un proceso penal, en la ciudad de Cúcuta. Analizando el manejo institucional a esta problemática abordándose por medio de un análisis dogmático de los delitos sexuales más recurrentes a los cuales los menores son víctimas de los delitos sexuales, uniéndose a la explicación del procedimiento que se sigue en delitos sexuales contra menores, durante los juicios orales, y a la revisión de la importancia de la entrevista de las menores víctimas de delitos sexuales en la etapa preliminar como prueba documental durante la etapa de juicio oral, frente a su posible revictimización. Lográndose por medio de un paradigma interpretativo que sienta las bases teóricas de la investigación, en el cual se asume un enfoque cualitativo que permitió producir datos de descriptivos. Diseñándose por lo tanto una investigación de campo que permite la recolección de información de manera directa de los sujetos involucrados en el objeto de estudio. Obteniéndose como resultado de ese análisis dogmático de la legislación colombiana que esta prevé la protección del menor de manera armónica a través de las leyes y jurisprudencia que buscan la protección de la integridad sexual, estando en consonancia con la constitución. Develándose que en el proceso penal colombiano las bases sobre las cuales se materializan son sus principios rectores, que garantiza una protección del menor por su condición especial, en la cual se observó de manera relevante la prueba de referencia que impide la impunidad por su característica especial, en la cual permite que se tome en cuenta sin necesidad de hacer comparecer al menor asegurando de esta manera la legislación su protección.

Palabras Claves: revictimización, menores de edad, delitos sexuales, juicio oral

INTRODUCCION

Colombia se ha caracterizado por tener una legislación penal protectora de derechos, donde existe una garantía tanto para el acusado como para la víctima. Cuando hay delitos sexuales, la protección para la persona es mayor, especialmente cuando son niños, niñas y adolescentes que tienen un interés superior por parte del estado, la sociedad y la familia.

Cuando un menor es víctima de delitos sexuales, inicia un proceso penal tedioso que puede llegar a ser largo, teniendo en cuenta la constitución, la ley 1098 de 2006 y el código de procedimiento penal, los menores son sujetos que merecen una protección, con el fin de no ser re victimizados. Aunque existen leyes que evitan una re victimización, en la práctica se puede llegar a re victimizar al menor, toda vez que inicialmente en la etapa preliminar se toma una entrevista donde el menor cuenta los hechos sujetos a investigación, mediante protocolo SATAC y mecanismos que el defensor de familia maneja; pero después de un tiempo cuando se llega a la etapa de juicio oral el menor es citado a dar su testimonio en esa audiencia, donde se debatirán las pruebas.

Teniendo en cuenta la legislación penal Colombiana, existe la prueba de referencia, mediante la cual se podría llevar esa entrevista inicial a juicio oral para que sea debatida, toda vez que el hecho de que el niño, niña o adolescente cuente o relate en más de una ocasión lo sucedido puede terminar re victimizando al menor ocasionando un daño en su psiquis y su manera de interactuar con los demás.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que no solo puede afectar al menor tener que contar nuevamente lo sucedido, sino también puede resultar una afectación al proceso penal, ya que muchas veces el menor puede callar para no recordar lo sucedido, o puede que terceras personas puedan alterar esa declaración que está dando el menor respecto a los delitos sexuales de los cuales fue víctima

Este proyecto de investigación tiene como objetivo Analizar el manejo institucional de la re victimización a menores víctimas de delitos sexuales, en la etapa de juicio oral en Cúcuta, para desarrollar los objetivos se aplico como instrumento la realización de entrevistas a funcionarios de ICBF, Juzgados y Fiscalía, obteniendo como resultado que efectivamente los menores tienen

un interés superior y se debe procurar realizar la entrevista por única vez durante todo el proceso penal.

A medida que se desarrolló el proyecto de investigación, notamos que existen antecedentes respecto al tema y por lo tanto se ve la necesidad de que en la práctica se dé una protección integral al menor, garantizando que no será re victimizado. Como consecuencia, se analizara el manejo que le da cada ente mencionado al momento de la declaración del menor y como puede verse afectado el menor.

Por consiguiente, es importante estudiar las maneras de evitar que el menor relate los hechos en varias oportunidades, teniendo en cuenta que existe la prueba de referencia que en casos como estos sería primordial usarla para que esa entrevista que rindió el menor víctima en la etapa preliminar sea tomada en cuenta en el juicio oral.

1 PROBLEMA.

1.1 Planteamiento del Problema

El abuso sexual representa una de las problemáticas que atentan contra la estabilidad social, política y económica de un país, debido a su potencial de destrucción, dado que promueve y genera nuevos círculos de violencia que obstaculizan, distorsionan y alteran el desarrollo integral de los individuos y de la sociedad. Los altos costos personales y sociales, entre ellos, la disminución de la productividad de las personas, el embarazo adolescente, las infecciones de transmisión sexual, la violencia sexual como práctica sistemática, habitual e invisible en el conflicto armado colombiano y la impunidad en el que se encuentran los casos que llegan a instancias judiciales, generan grandes vulneraciones a los Derechos Humanos cada vez más extendidas y menos visibles (Rodríguez, 2003).

La comunidad internacional por medio de la adopción de varios instrumentos jurídicos como lo son la Declaración Universal de Derechos Humanos consagrada en 1948, la Convención Internacional de los Derechos de los niños ratificada por Colombia por medio de la ley 12 de 1991, la cual se considera uno de los más importantes instrumentos internacionales y nacionales para los países que lo adoptaron, puesto que allí se considera a los menores como sujetos de derechos y obligaciones, estos instrumentos le han dado soporte legal a la prevención, regulación, protección y erradicación de diferentes formas de delitos sexuales, así mismo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuenta con diversidad de jurisprudencia frente a los casos de delitos sexuales en los cuales se considera que los estados son responsables por las omisiones o actuaciones que vayan en contra de los derechos humanos de las personas que han sido víctimas de delitos sexuales.

Una de las jurisprudencias a nivel internacional emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo referente a delitos sexuales es el:

Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs México, el caso trata sobre la desaparición y ulterior muerte de las jóvenes: Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez; cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodónero de Ciudad Juárez el día 6 de noviembre de 2001. La Comisión

Interamericana de Derechos Humanos alegó ante la Corte la responsabilidad internacional del Estado Mexicano por: I) La falta de medidas de protección a las víctimas; II) La falta de prevención de estos crímenes, pese al conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género en la zona; III) La falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición; IV) La falta de debida diligencia en la investigación de los asesinatos; y V) La denegación de justicia y la falta de reparación adecuada (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 16 de Noviembre de 2009).

El estado Colombiano se constituye garante no solo de los Derechos Humanos sino también de los derechos a la igualdad real y efectiva, a la salud sexual y reproductiva y a la protección de aquellas víctimas de delitos sexuales, es por ello por lo que existe reconocimiento jurídico del abuso sexual a nivel nacional, sin embargo, en la gaceta del Congreso de la República aún no existe registro alguno sobre el estudio en materia de violencia sexual en Colombia.

Los delitos sexuales son considerados como uno de los que más despiertan sentimientos de indignación en la sociedad; por eso es necesario que todos conozcan las leyes Colombianas para que puedan denunciar y de esta manera los victimarios puedan ser castigados de manera severa, puesto que en la mayoría de casos las personas afectadas no realizan las respectivas denuncias por diversas razones y factores, entre ellas que no les creen o simplemente por no querer recordar ese aberrante acto.

La Ley 599 de 2000, por medio de la cual se expide el Código Penal, señala los siguientes delitos en materia de delitos sexuales: Acceso Carnal, artículo 212 Código Penal, Ley 599 del 2000, acceso carnal violento, artículo 205 Código Penal, 206 acto sexual violento, artículo Código Penal, acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir, artículo 207 Código Penal, acceso carnal abusivo con menor de catorce años, artículo 208 Código Penal, actos sexuales con menor de catorce años, artículo 209 Código Penal, incesto (Colombia, Congreso de la Republica, 2000).

Las circunstancias de agravación punitiva y las penas para los delitos descritos en la sección anterior se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando: 1) La conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas. 2) el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza. 3) se produjere contagio de una infección de transmisión sexual. 4) se realizare sobre persona

menor de 12 años. 5) se realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo. 6) se produjere embarazo. 7) si se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, etnia, discapacidad física, psíquica o sensorial, ocupación u oficio. 8) si el hecho se cometiere con la intención de generar control social, temor u obediencia en la comunidad. (Colombia, Congreso de la República, 2000, artículo 211).

Las definiciones de delito sexual contenidas en el Código Penal pretenden salvaguardar la libertad sexual de las personas, pero, en relación con los menores de edad, se entiende que, además de su derecho a vivir la sexualidad en condiciones de libertad, protegen su identidad sexual y su adecuado proceso de formación.

Los delitos sexuales deben ser totalmente repudiados por la sociedad y el estado, toda vez que la mayoría de las víctimas menores se encuentran en su primera etapa de la infancia, siendo la sexualidad para ellos reflejos de curiosidad y juegos infantiles que no pueden ser equiparados al erotismo pleno es decir, que en un menor la sexualidad son simples movimientos espontáneos de orden fisiológicos y sin contenido sexual contrario a la transgresión sexual que los exponen sus victimarios sin consideración, ni reparo alguno, atentando de manera flagrante contra los derechos fundamentales tales como su desarrollo psicosocial, su libertad, integridad y formación sexual, ya que estos deben ser:

(...) protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia” (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 44).

Cuando se inicia una investigación por alguna violencia sexual contra un menor, es muy importante tener en cuenta el proceso administrativo que se realiza para el restablecimiento de derechos, ya que es un instrumento para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes ante una vulneración de derechos.

Hay que destacar que la entrevista forense que se le realiza al niño, niña y/o adolescente abusado se puede ver alterada por distintas razones, entre ellas, el miedo a ser castigado, no ser creído, o incluso por sentimientos de vergüenza, por lo que una vez ha decidido narrar lo que ha padecido, el hecho de volver a ser nuevamente objeto de interrogatorio, en el escenario de

una audiencia, con la presencia de un juez, un fiscal, un defensor, un representante del Ministerio Público e incluso de su mismo agresor, naturalmente puede cohibirlo de volver a exponer los hechos tal y como ocurrieron, revictimizando al menor y quebrantando el principio de inmediación de la prueba y el derecho de contradicción y de defensa, la no exigibilidad de la declaración del niño víctima de abuso sexual dentro del juicio oral no debe obstaculizar el curso del proceso por cuanto prima su protección tanto presente como futuro y por preexistir elementos que suplen su presencia como lo es esa primera entrevista forense a la que fue sometido el menor, la cual debe ser practicada minuciosamente con el fin único de examinar y lograr esclarecer su testimonio, que no queden vacíos o dudas para así evitar someter al menor a una revictimización a causa de diversos eventos que generan el desgaste procesal.

Para el año 2016 se reportaron 677 casos, (en promedio 1,8 casos por día); de los cuales el 84 % se cometieron contra mujeres, además el 40 % fueron actos sexuales con menores de 14 años y el 29 % acceso carnal abusivo con menor de 14 años; la mayoría de estos delitos se cometen en Cúcuta (el 50 % de todo el departamento), en encuesta de percepción ciudadana se le pregunta a la gente ¿cómo se comportan los habitantes de la ciudad frente al respeto por las mujeres?, solo el 38 % considera que las respetan. Hasta el 30 junio de lo corrido del año 2017, iban 267 casos, en su mayoría contra mujeres y menores de edad. Urge visibilizar el problema y responder efectivamente a este fenómeno, no solo con el endurecimiento del castigo en el Código Penal, sino con rutas de atención y prevención, además de procesos educativos que puedan romper con los valores que rigen estas sociedades claramente patriarcales, que cosifican las mujeres, socavan sus cuerpos, la dignidad y su alma (Zambrano, 2017).

Un proceso penal referente a delitos sexuales puede tardar aproximadamente 2 años para llegar a la etapa probatoria, es decir la etapa de juicio oral, el niño, niña y/o adolescente debe asistir a la audiencia para rendir la declaración de los hechos sucedidos, por medio de los cuales se le vulnera su derecho a la integridad sexual, esta se hace por medio de la psicóloga forense en cámara Gessell, en ese tiempo; ya se le ha realizado al menor el restablecimiento de derechos establecido en la ley 1098/2006, el cual no puede exceder de 18 meses a partir del conocimiento de los hechos por parte de la autoridad competente.

1.2. Formulación del problema.

¿Cómo es el manejo institucional que se le da a los testimonios de los menores de 14 años, en el marco de procesos por delitos sexuales?

1.3. Objetivos.

1.3.1. *Objetivo General*

Analizar el manejo institucional de la revictimización a menores víctimas de delitos sexuales, en la etapa de juicio oral, en Cúcuta

1.3.2. *Objetivos Específicos:*

Analizar dogmáticamente los delitos sexuales donde son víctimas los menores

Explicar el procedimiento que se sigue en delitos sexuales contra menores, durante los juicios orales, en la jurisdicción de Cúcuta.

Revisar la importancia de la entrevista de las menores víctimas de delitos sexuales en la etapa preliminar como prueba documental durante la etapa de juicio oral, frente a su posible revictimización.

1.4. Justificación.

Es importante que las leyes en Colombia se apliquen para todos y se garantice los derechos fundamentales de cada persona, en especial los menores que como bien sabemos tienen un interés superior que se reconoce a través de la constitución política, tratados internacionales y leyes como la 1098 de 2006.

Con esta investigación, se pretende estudiar si realmente existe la necesidad de hacer concurrir a los menores víctimas de delitos sexuales como prueba testimonial en la etapa del juicio oral, ya que se debe salvaguardar sus garantías y el restablecimiento de derechos evitando una nueva victimización a la que son expuestos por el sistema judicial, si se observa detalladamente este proceso que inicia con la denuncia y un relato de hechos que afectaron la vida del menor, sigue avanzando con los exámenes médicos y con las repetidas ocasiones en las que tiene que contar de nuevo lo sucedido.

2. MARCO REFERENCIAL

2.1. Antecedentes

En el ámbito internacional es importante resaltar las investigaciones realizadas por:

Tanya Elizabeth Fernández Batres, de la Universidad Rafael Landívar (2014), titulada: “La victimización en la declaración de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales en la fase de investigación del proceso penal”, donde plantearon como objetivo general analizar la victimización en la declaración de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en la fase de investigación del proceso penal y antes del debate. La investigación se realizó bajo un enfoque cualitativo con un diseño de análisis con entrevistas que se realizaron en un espacio temporal comprendido entre 2009 al 2013; las instituciones que formaron parte de la investigación fueron: la Fiscalía Distrital Metropolitana, concretamente la Fiscalía de la Mujer y niñez víctima; la Procuraduría General de la Nación; el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia o Unicef (UNICEF por sus siglas en inglés); los Juzgados de Primera Instancia y Tribunales de Narcoactividad y delitos contra el Ambiente del departamento de Guatemala, así como los Juzgados de delitos de Femicidio, violencia sexual, explotación y trata de personas. De tal investigación como resultado se conoció que realmente las autoridades están interesadas en disminuir los niveles de revictimización en los menores y para ello han desarrollado procedimientos, criterios, protocolos para abordar mejor la problemática y ha desarrollado la interdisciplinariedad que nos sirve como referencia para nuestro proyecto investigativo.

Miguel Ángel Gonzales Barbadillo, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (2011), denominada: “El uso de la nueva tecnología en el acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia, abuso y explotación sexual infantil”, donde se planteó como objetivo general determinar y analizar si el trato justo (procedimiento único y reservado), el derecho a la integridad física, el derecho a la integridad psicológica y la aplicación de la sala de entrevista – Cámara de Gesell, influyen significativamente en la satisfacción por los derechos de los menores de edad víctimas de abuso sexual cuando acceden a la justicia. La investigación se realizó bajo un enfoque cuantitativo de diseño no experimental tipo descriptivo correlacional, ya

que en la investigación se hace una relación entre dos temas; tomaron las muestras de manera aleatoria de las denuncias ocurridas en el Distrito Judicial de Lima Norte, entre los años 2008 – 2009, relacionadas con las entrevistas únicas a menores de edad según la base de datos del Ministerio Público de Lima Norte; como resultado de la investigación se obtuvo que la satisfacción por los derechos de los menores de edad víctimas de abuso sexual, no incide significativamente en el trato justo; (procedimiento único y reservado). Esta investigación analiza varias vertientes del proceso y la revictimización en menores que nos ayuda a estudiar y analizar de manera más compleja los procesos donde los menores son víctimas de delitos sexuales.

Eliana Del Socorro Malca Serrano, de la Universidad Privada Antenor Orrego (2015), denominada: “Protección a víctimas de abuso sexual”; donde plantearon como objetivo general Corroborar la incidencia de revictimización en las víctimas de violación sexual en menores de edad en la sede fiscal del Ministerio Público-Trujillo. La investigación fue realizada bajo un enfoque cuantitativo a través de encuestas realizadas a magistrados, jueces, psicólogos y otros profesionales; como conclusión de ese estudio realizado confirmaron que en el sistema penal de Trujillo, Perú realmente existe la revictimización en las víctimas del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual en menores de edad y que la entrevista Única en Cámara Gesell, sea como Prueba Anticipada o Prueba Preconstituida en la denuncia del delito de violación sexual en menor de edad si evitaría la revictimización, del(a) menor víctima. Esta investigación es importante para el desarrollo de nuestro proyecto porque maneja un amplio conocimiento sobre la cámara gessel y es relevante hacer una comparación de cómo se desarrolla este tipo de procesos en otros países.

Mayra Miranda Herrera de la Universidad de Chile (2012), denominada: “Victimización secundaria en adolescentes víctimas de delitos sexuales en su paso por el sistema procesal penal en Chile: una aproximación narrativa”, en la cual plantearon como objetivo general comprender cómo ocurre y cuáles son las fuentes del proceso de victimización secundaria en adolescentes víctimas de delitos sexuales, durante su paso por el sistema procesal penal chileno, desde la perspectiva de las propias víctimas y de los profesionales psicólogos/as encargados de los procesos reparatorios. La investigación se realizó bajo un enfoque cualitativo interpretativo

porque se centra en la comprensión de una realidad considerada desde sus aspectos particulares como fruto de un proceso histórico de construcción y vista a partir de la lógica y el sentir de sus protagonistas; se tomaron como muestras 6 adolescentes entre los 14 y 18 años, también psicólogos y funcionarios de la rama judicial. Como resultado de esta investigación se obtiene que realmente hace una victimización secundaria en todo el proceso y que inicia desde la denuncia y se extiende hasta la post sentencia. De esta tesis podemos resaltar para tener en cuenta en nuestra investigación, el estudio que le hacen a cada etapa del proceso penal para estudiar de donde radica ese problema y teniendo en cuenta las sugerencias que realizan sobre cómo mejorar el paso de los adolescentes en el sistema.

Gladys Verónica Ponce Mejicanos, de la Universidad Rafael Landívar de Guatemala (2013) titulada: "Mecanismos para evitar la revictimización de niñas, niños y adolescentes en el proceso penal Guatemalteco"; en la cual se planteó como objetivo general determinar la efectividad de los mecanismos aplicados al proceso penal, por ello se recopiló la información relacionada al tema, tanto doctrinal como normativa nacional e internacional. La investigación se realizó bajo un enfoque cuantitativo con análisis de entrevistas a diversos actores en la administración de justicia, en este caso aquellos que intervienen en la aplicación de los mecanismos para prevenir la victimización en los niños, niñas o adolescentes víctimas. Entre ellos se realizó entrevista a fiscales, jueces, psicólogas de la oficina de atención a la víctima del Ministerio Público y personal de redes de derivación. En relación con nuestro trabajo, este realiza aportes de gran importancia para el presente trabajo de investigación ya que hace un recuento de los tipos de victimización que se pueden dar dentro de un proceso penal en lo referente a niños, niñas y adolescentes.

En el ámbito nacional resaltar las siguientes investigaciones:

Brigitte Poveda Cantor, Claudia María Rodríguez Hernández de la Universidad Militar de Nueva Granada, Colombia (2015), titulada: "Declaración del menor de edad víctima de delitos sexuales dentro del juicio oral en el sistema penal acusatorio". El propósito de esta tesis es que el juez pueda percibir como fuente directa las pruebas y valorarlas en un lapso temporal breve, el juicio oral en el sistema penal acusatorio exige observar los principios de inmediación y concentración.

Cuando se trata de la prueba testimonial de niños y/o niñas víctimas de delitos sexuales, la normatividad procesal penal no los exonera en su declaración siendo más exigente en su práctica porque es la única prueba susceptible de quebrantar la presunción de inocencia a la que tiene derecho el acusado, pasando por alto la protección especial de que son acreedores, promoviendo así la victimización de los menores al no utilizarse otros medios de convicción. En relación con nuestro trabajo de investigación se adecua al contexto de nuestro desarrollo investigativo ya que el artículo expone las falencias de la normatividad procesal penal Colombiana cuando se trate de la prueba testimonial de niños niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, dicha normatividad no los exonera en su declaración siendo más exigente en su práctica, pasando por alto la protección especial de que son acreedores, promoviendo así a la victimización de los menores, análisis bibliográfico cualitativo contando con la bases de datos legales como: Constitución política, tratados, códigos, leyes ,normas y sentencias.

- Diego Andrés Ortiz Florez y Nestor German Aguirre Castañeda, de la Universidad Libre Colombia (2013), titulada: “Dictámenes periciales en delitos sexuales dentro de la legislación colombiana”. El propósito de esta tesis fue el estudio pertinente de la norma procesal frente a los dictámenes periciales del tipo sexual, se analizó si la normatividad que lo regula es suficiente, si fue necesario ampliar y hacer regulación de la misma, teniendo en cuenta la aplicación o la forma de aplicar el experticio en sí, y si este es suficiente para la debida impartición de justicia. En relación con nuestro trabajo de investigación se adecua al contexto de nuestro desarrollo investigativo ya que el artículo expone los estudios pertinentes de la norma procesal cuando se trate de dictamen periciales del tipo sexual víctimas de delitos sexuales, analizando si la normatividad penal colombiana los regula es suficiente. Se realizó bajo un enfoque cualitativo con un diseño de análisis bibliográfico contando con las bases de datos legales como: Constitución política, tratados, códigos, leyes, normas y sentencias.
- Valentina Abril Restrepo, Laura Esperanza Alcántara Díaz, Mónica Liliana Castañeda Martínez y Laura Martínez Marín, de la Universidad Pontificia Javeriana Colombia (2016) titulada: “Abuso sexual infantil: protocolo integral en Colombia”. Este Trabajo de Grado tuvo como objetivo principal, identificar los protocolos de intervención del Abuso

Sexual Infantil (ASI) que cumplen con los requisitos de Protección Integral, según la Ley 1098 de 2006 en Colombia. Para esto se estableció una metodología cualitativa y un diseño interpretativo y comprensivo, lo que permitió hacer uso de la Técnica de Análisis de Contenido en los Protocolos Nacionales e Internacionales. Los Resultados permitieron reconocer la falencia nacional respecto al desarrollo de Protocolos en (ASÍ), a partir de los criterios de Protección Integral establecidos en el Código de Infancia y Adolescencia (Ley N.º 1098, 2006).

- Mercy Liliana Borbón Hoyos, Eliana Hoyos Sanchez y Eliana Marcela Mejia Betancur, de la Universidad de San Buenaventura (2010); titulada: “Riesgos de victimización secundaria a niños y niñas víctimas de abuso sexual sometidos a interrogatorio en el sistema penal oral acusatorio” donde se plantearon como objetivo general identificar los procesos judiciales reiterativos que ocasionan la re victimización secundaria; la investigación se desarrolló con base en un proceso metodológico documental analizando la bibliografía que existe y teniendo en cuenta la línea jurisprudencial que ha ido avanzando en la legislación Colombiana. Como manera de conclusión ellas recomiendan tener en cuenta que los menores son sujetos vulnerables y que el proceso se puede ver afectado y recomiendan que los profesionales que tomen la primera entrevista están seriamente capacitados y hagan lo mejor para que el menor no sea revictimizado.

2.2 Marco Teóricos.

Delitos Sexuales

Delito sexual es aquella expresión generalmente empleada para referirse a acciones que afectan a personas de cualquier edad y sexo, contra su consentimiento y que perturban su desarrollo sexual. Son conductas reprobadas socialmente y legalmente consideradas como delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, que comprenden actos físicos de contenido sexual que se cometen contra una persona de cualquier edad o sexo sin su consentimiento (Bohórquez, 2006: 127)

Los delitos sexuales, siempre se han caracterizado por conmover a la sociedad debido a su gravedad. En estas investigaciones es importante el papel que ocupa Medicina Legal, ya que la peritación en estos casos constituye una de las más difíciles labores que se deben realizar.

El abuso sexual es definido como cualquier actividad sexual entre dos o más personas sin consentimiento de una de ellas, este tipo de abusos se presenta en la sociedad y es una problemática donde son afectados adultos y menores. Las actividades sexuales realizadas incluye: cualquier tipo de penetración de órganos genitales en contra de la voluntad; o aprovechando la incapacidad de un menor para comprender ciertos actos. También otro tipo al que son expuestos los menores es cuando un adulto obliga o induce a tocar órganos genitales. El concepto de abuso sexual es un delito que debe ser calificado por las autoridades competentes. (Lozano Reyes, 2012:)

Dentro de todo acto sexualmente varios autores plantean la posibilidad de existir tres tipos de asimetría presentes en todo acto sexualmente abusivo:

Una asimetría de poder: El agresor ejerce una cierta presión sobre la víctima colocándola en un estado de vulnerabilidad y dependencia; un ejemplo de ello es la relación cercana entre un padre y su hija, ya la dependencia se basa en los pilares emocionales y en la confianza que la menor le tiene a su padre o familiar cercano que realiza dichos vejámenes con ella. Lamentablemente esa relación afectuosa, esa conexión y dependencia emocional son elementos que el abusador ha utilizado para acceder ilimitadamente a la víctima.

Una asimetría de conocimientos: Es de suponer que el ofensor sexual cuenta con mayores conocimientos que su víctima sobre la sexualidad y las implicancias de un involucramiento sexual. Esta asimetría se da mucho cuando la víctima es un menor y no tiene los conocimientos sexuales como los tendría uno de 13 años que ya maneja un poco de saber sobre qué es.

Una asimetría de gratificación: En la gran mayoría de los casos el objetivo del ofensor sexual es la propia y exclusiva gratificación sexual; aun cuando intente generar excitación en la víctima,

esto siempre se relaciona con el propio deseo y necesidad, nunca con los deseos y necesidades de la víctima. (Ochotorena y Arruabarrena, 1996)

Abuso Sexual Infantil

Revisando un poco la historia, nos damos cuenta de que desde tiempos antiquísimos las personas han sido víctimas de diferentes abusos, maltratos y señalamientos; este tipo de actos han sido severamente sancionados por algunas civilizaciones de la antigüedad; es el caso: del Código de HAMURABI, cuerpos de leyes citada en BABILONIA hace unos cuatro mil años: “... el hombre que violaba a una muchacha prometida y virgen era condenado a muerte”.

Enfocándonos en niños y adolescentes, tema principal de esta investigación; encontramos que los mismos no escapaban de dicha situación.

En la antigua Grecia los niños padecían cualquier tipo de delito sexual, Cantarellanos señala: “en esta época, la figura de la pederastia griega debe ser distinguida de su significado actual y de los abusos sexuales a menores de la época. Los jóvenes entre 12 y 16 años eran iniciados por adultos (erastes) en una relación homosexual regulada por leyes y rituales como parte de su formación humana, en la que ellos eran sujetos pasivos (eromenos). Posteriormente, ellos pasaban a ser iniciadores de otros jóvenes dentro de unas leyes estrictas y respetando las costumbres de la época”. Celinda Zevallos Quispe, al referirse a esta época expresa: “se dio una tolerancia e incluso un fomento de ciertas formas y adolescentes púberes, por lo general en el interior de un contexto educativo en el que el varón adulto tenía encomendada la formación ética e intelectual de su pupilo, lo que en nuestros días considerados como abuso sexual infantil”

Para la época Romana Celinda Zevallos Quispe cita a: la EX “LEX JULIA ED VI PUBLICA” sancionaba con pena de muerte, la unión sexual violenta con cualquier persona casada o soltera debido a que se consideraba a la sociedad como la ofendida. Los niños eran objeto de abusos sexuales, principalmente el coito anal (DEMAUSE), y se producía este abuso con niños tanto castrados como sin castrar. El derecho penal romano castigaba estas conductas a través de la figura legal del estupro. Los niños eran víctimas de estos delitos y en cierta parte la responsabilidad recae sobre el “pater familia” ya que eran vendidos por diferentes razones a otras

familias para solventar sus situaciones, quedando estos sometidos a nuevos dueños y como los verdaderos objetos sexuales, de ser el caso. En consecuencia, FERNÁNDEZ URBIÑA, expresa: “la explotación sexual que sufrían centenares de niños y niñas abandonados por sus padres al poco de nacer. Convertidos en esclavos, muchos caían en manos de codiciosos proxenetas y alimentaban en todo el Imperio un sórdido y boyante mercado de prostitución infantil”.

Sandra Baita y Paula Moreno, en su investigación: abuso sexual infantil, Cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia, señalan referente a la historia:

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

En el siglo XVIII aparece el castigo a los niños por la masturbación; incluso hasta el siglo XIX estas conductas se castigaban con intervenciones quirúrgicas, con el fin de evitarlas. Según De Mause: “esta práctica desapareció recién en 1925. Ya en los siglos XVII y XVIII comenzaron a surgir ciertas consideraciones sobre algunas formas de violencia hacia los niños, en especial física y sexual, aunque la reducción más importante de estas prácticas se verifica recién en el siglo XX”.

Hacia fines del siglo XIX se dio en Estados Unidos de Norteamérica el caso de una niña maltratada que fue protegida gracias a la invocación de una ley de protección a los animales. El paradigmático caso de Mary Ellen (1874) marcó de alguna manera el comienzo de la protección de los niños como una causa en sí misma, ya que hasta entonces no había leyes específicas para tal fin. Habría que pasar la primera mitad del siglo XX para que el maltrato infantil comenzará a ser definido puntualmente como tal, a partir del pionero trabajo de Henry Kempe, con su estudio y descripción del síndrome del niño apaleado o maltratado, de 1962.

El delito sexual cometido contra niños y jóvenes es la violencia más grave que se pueda realizar a un ser humano, ya que estos van a afectar de manera directa el crecimiento y desarrollo de estos, generan frustración, inseguridad y un cúmulo de sensaciones que acaban con la tranquilidad de muchos; dentro del núcleo familiar se pierde la confianza y se quiebran las bases que con tanto esfuerzo pudieron construir.

De manera amplia, y para entender un poco más la conceptualización de: abuso sexual; es necesario citar a la Organización Mundial de la Salud (OMS), que define el maltrato infantil como: [...] los abusos y la desatención de que son objeto los menores de 18 años, [incluidos] todos los tipos de maltrato físico o psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otro tipo, que causen o puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño, o poner en peligro su supervivencia, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder. (OMS, 2014).

Es evidente que se afecta la salud física y mental de los niños y jóvenes, a tal punto; que jamás volverán a ser los mismo dentro de una sociedad que a diario les amenaza con recordarles la experiencia más amarga en sus vidas, por suerte hay algunos que por su edad en la que fueron víctimas no pasaran por esto, sin embargo, a sus padre les quedara esa sombra oscura el resto de sus vidas.

El abuso sexual contra niñas y niños es “toda actividad sexual que un adulto o adulta impone, ya sea con engaños, chantaje o fuerza a una persona que no tiene madurez mental o física para entender de lo que se trata. Se presenta en varias formas: desde las palabras insinuantes, caricias, besos, manipulación física y exhibición de los órganos sexuales, hasta la violación” (Rodríguez de la Cruz 1996).

Suzanne Sgroi (1982), por su lado, plantea que abuso sexual son todos los actos de naturaleza sexual impuestos por un adulto sobre un niño, que por su condición de tal carece del desarrollo madurativo, emocional y cognitivo para dar consentimiento a la conducta o acción en la cual es involucrado. La habilidad para enredar a un niño en estas actividades se basa en la posición

dominante y de poder del adulto en contraposición con la vulnerabilidad y la dependencia del niño.

El Comité de Derechos del niño, en su Recomendación N° 13, define así el abuso y explotación sexual:

“Constituye abuso sexual toda actividad sexual impuesta por un adulto a un niño contra la que este tiene derecho a la protección del derecho penal. También se consideran abuso las actividades sexuales impuestas por un niño a otro si el primero es considerablemente mayor que la víctima o utiliza la fuerza, amenazas y otros medios de presión. Las actividades sexuales entre niños no se consideran abuso sexual cuando los niños superan el límite de edad establecido por el Estado parte para las relaciones consentidas”

Derechos de los Niños

Los niños y niñas también son titulares de derechos humanos, se entiende por ellos los que aún no cumplen los dieciocho años de edad, que tienen un reconocimiento desde varios ámbitos de la vida como el político, filosófico, jurídico y de igual manera garantiza el ejercicio de los derechos y el restablecimiento de los mismos cuando se vulneran o se llegan a desconocer.(Galvis,2006)

Realmente el interés superior de los niños queda prácticamente a la interpretación que el adulto le dé y esto está relacionado también con lo social que determina el lugar de donde habita el niño y habita un espacio de la sociedad. También hay que analizar la primacía que tiene el niño que depende de los fenómenos sociales, de la cultura, la política (Lourdes Gaitán)

La Prueba Testimonial

La prueba testimonial es “la exposición o relato que un tercero hace ante el juez sobre los hechos o circunstancias relacionadas directa o indirectamente con el delito que se investiga” (Mojica, 2014); entendiendo la Corte Suprema de Justicia que por testimonio debemos entender: “(...) los hechos, circunstancias o cosas que se ponen en conocimiento de la

autoridad respectiva y que interesan a una investigación o a un proceso” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Proceso No. 24468 de 2006), por lo cual es una de las más importantes fuentes de información para la autoridad judicial, pues a través de este medio probatorio, el operador jurídico conoce de forma directa los hechos jurídicamente relevantes, así se puede demostrar la autenticidad de un documento o de una evidencia física o conocer las actividades de los peritos que han ejecutado su labor para mejorar el conocimiento o comprensión de los hechos. Sin embargo, en la práctica este medio probatorio presenta dificultades en lo que se refiere a su confiabilidad, ya que el conocimiento que transmite el testigo puede estar viciado por prejuicios intereses, problemas de percepción, problemas de rememoración o problemas de interpretación, entre otros (Bedoya, 2008, p.43), como por ejemplo lo que ocurre cuando se narra lo sucedido en la comisión de delitos sexuales, ya que en múltiples ocasiones los victimarios hacen parte del núcleo familiar de la víctima, lo que hace difícil el análisis de este testimonio, con fundamento en lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico respecto al deber de rendir testimonio: “toda persona está obligada a rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el juicio oral y público o como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales” (artículo 383 de la ley 906 de 2004), aunque con excepciones constitucionales y legales (artículos 33 de la Constitución y 8 de la Ley 906 de 2004).

Cuando el operador jurídico exige la presencia del menor en juicio para convalidar lo aseverado por el menor, parecería que el interés de este es no incurrir en una indebida valoración probatoria que se configura en los siguientes supuestos: (i) Cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; (ii) cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva; (iii) en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, esto es, cuando se adoptan decisiones en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro; (iv) cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, no por tratarse en estricto sentido de pruebas viciadas de nulidad sino porque se trata de elementos probatorios que no guardaban relación con el asunto debatido en el proceso; (v) cuando el juez de conocimiento da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso y (vi) cuando no valore pruebas debidamente

aportadas en el proceso (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-117 de 2013; Sentencia T-1100 de 2008).

En este sentido, el artículo 404 del C.P.P. consagra los criterios de apreciación de la prueba testimonial: Para apreciar el testimonio el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la y es que conforme lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1287 de 2001: (...) el principio de autonomía de la voluntad y el derecho fundamental a la libertad de conciencia se ven también desarrollados en la norma superior que consagra la excepción al deber declarar en juicio contra sí mismo y contra los más próximos familiares. La libertad moral o libertad de conciencia a que alude el artículo 18 de la Constitución, encuentran una garantía complementaria en el principio de no incriminación, impidiendo presiones sobre la conciencia de los individuos llamados a deponer en esas circunstancias (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1287 de 2001). Con todo, es normal que tanto la Fiscalía como la Defensa, en aras de fortalecer su teoría del caso, tomen como fundamento lo aducido por la víctima, la cual puede en nuestro sentir, luego de ser debidamente informado renunciar al privilegio consagrado en el artículo 33 de la constitución para apoyar determinada teoría del caso, y por tanto comparecer a juicio bajo las mismas condiciones de cualquier testigo, debiendo someterse al interrogatorio cruzado y a la valoración de su testimonio bajo los parámetros fijados por el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, siendo entonces procedente para ambas partes obtener otros medios probatorios que le den fundamento y soporte jurídico a su teoría del caso.

De tal manera, el principio de prevalencia del interés superior del menor de edad exige de las autoridades y a los particulares el deber de abstenerse de adoptar decisiones y actuaciones que afecten los derechos del menor, al tener su interés superior un contenido de naturaleza “real y relacional” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-408 de 1995). Es obligación entonces del Estado asumir un compromiso que garantice el bienestar físico y espiritual del menor y en consecuencia disponer todas las acciones y medidas a fin de mitigar su situación de debilidad. Al contrario: el contenido de dicho interés, que

es de naturaleza real y relacional, (...) sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-510 de 2003). En consonancia con lo anterior, y conforme al mencionado respeto por los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente, la Corte Constitucional en relación con los medios de prueba que normalmente se presentan en los delitos de abuso sexual también adujo: Cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente. No le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho sino al Estado, aún más en situaciones donde por razones culturales alguno de los padres considera como algo ‘normal’ el ejercicio de la violencia sexual contra los niños o alguno de ellos considera ser titular de una especie de ‘derecho’ sobre el cuerpo del menor (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-554/03). Así las cosas, de acuerdo a lo estipulado en la doctrina contenida en los fallos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, coincide con los resultados de investigaciones científicas según las cuales, la mayoría de los niños poseen la capacidad moral y cognitiva de dar su testimonio en los tribunales, dicho que debe ser analizado junto con los demás medios de convicción allegados a un proceso, particularmente en los casos de abusos sexuales, en los cuales, ante los intentos de disminuir la revictimización del niño, es indispensable acudir a psicólogos especialistas que ayuden al menor a expresar lo sucedido (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-078/10).

La Cámara de Gesell

Llamada así por su creador el estadounidense Arnold Gesell, es una sala acondicionada especialmente para las declaraciones de personas que han sido víctimas de violencia o delitos sexuales, conformada por dos habitaciones divididas por un vidrio especial que permite ver desde el lugar contiguo lo que sucede, sin ser observado y que cuenta con la participación de psicóloga especialista en entrevistas en procesos judiciales (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-177 de 2014). Con el fin de promover el respeto por el interés superior del niño, se muestra un evidente avance en la investigación sobre delitos sexuales en menores de edad a través del uso de la Cámara Gesell, herramienta forense que evita la revictimización o nuevo maltrato psicológico de los infantes durante el interrogatorio para esclarecer el caso, pues el propósito es establecer un procedimiento de atención único, rápido, oportuno y eficaz en la recepción de la denuncia penal a nivel policial y fiscal, así como en la realización de los peritajes del Instituto de Medicina Legal y la entrevista al niño, niña y adolescente, vigilando además, porque la víctima reciba atención integral mediante programas que promuevan su recuperación física y psicológica que incluya también la recuperación física y psicológica. Es entonces, una herramienta de uso forense que facilita la realización de la entrevista única así: en dos habitaciones contiguas separadas con una división de vidrio espejado, dotado de un sistema especial de audio y video, que permite mirar solo por un lado; en uno de estos ambientes se realiza la entrevista única de la víctima por el psicólogo y en el otro, de observación, donde se encuentran los operadores de justicia, el fiscal, el representante del ministerio público, el abogado defensor y los padres o tutores de la víctima. (Poveda Cantor B. y Rodriguez Hernandez C.M, 2015)

Entrevista en Menores

La psicología del testimonio denota su campo de aplicación dentro de la psicología forense y dentro de ésta como elemento importante se encuentra la entrevista forense que como plantea Castañeda (2010) es un instrumento necesario para la toma de decisiones de los jueces y tribunales pues está al servicio del Poder Judicial, así se puede entender la entrevista forense

como técnica de obtención del testimonio, siendo este último una narrativa elaborada por un sujeto en relación con los hechos que sabe directamente (AskevisLeherpeux, 2001 citado por Teixeira, 2014).

La Exactitud del testimonio infantil las diferencias a partir de dos tipos de entrevista Esta investigación parte de la psicología del testimonio, una subárea de la psicología jurídica que abarca dos grandes áreas estrechamente relacionadas, exactitud y credibilidad de los testimonios (Manzanero, 2010b) que sobre los delitos, accidentes o sucesos cotidianos prestan los testigos presenciales (Tapias, 2007 citada por Acosta, 2009) y víctimas. La exactitud del testimonio comprende estudios relativos a facultades cognitivas que influyen en las declaraciones y las identificaciones de los testigos presenciales, además de otros aspectos relevantes como los procedimientos de obtención de declaraciones, diferencias individuales tales como edad, sexo, implicación, ansiedad (Muñoz, 2010 citando a Manzanero, 2008), falsas memorias, memorias recuperadas, información post-suceso y sugestión (Manzanero, 2010b).

2.3 Marco contextual:

Sabemos que la familia es la base fundamental de la sociedad y no mentiríamos al decir que si la misma se fractura o se quebranta trae como consecuencia situaciones complicadas y hasta irreparables en el día a día de los seres humanos. Para el tema de abuso sexual es necesario enfocarnos en la familia, muchas de ellas disfuncionales que determinan la conducta de niños, niñas y/o adolescentes haciéndolos sumisos o demasiado extrovertidos, de estos dos últimos puntos son los que aprovecha el victimario para cometer sus hechos, valiéndose de la desorientación, vulnerabilidad o ingenuidad que presente el menor.

El asunto de los delitos sexuales en los menores en la etapa del juicio oral en Colombia es abordable desde diferentes aéreas puesto que el ordenamiento jurídico Colombiano lo permite desde sus distintas ramas, como desde el derecho constitucional, derecho civil familia, derecho penal, estatutos de entidades del ICBF e instrumentos internacionales sobre la protección de los derechos del niño. De tal forma que en los aspectos:

Temporal: el presente estudio, y análisis correspondientes se llevarán a cabo desde la entrada en vigencia del código de infancia y adolescencia ley 1098 de 2006 (8 de noviembre de 2006) a la fecha.

Espacial: se llevara a cabo en el palacio de justicia ubicado en la avenida gran Colombia # 2E-91 en el primer piso bloque A la oficina 105. Caivas Cúcuta centro de atención a víctimas de delitos sexuales.

Conceptual: las principales fuentes conceptuales empleadas serán la constitución, la jurisprudencia, la ley, en este caso el código de infancia y adolescencia, el código penal, y código de procedimiento penal en la etapa del juicio. Además de la doctrina, y análisis de información recolectada que se usarán para describir el impacto de la Oralidad en la Jurisdicción civil.

2.4 Marco legal

Internacional

Internacional Declaración de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 resolución 217, donde se establecen los siguientes preceptos internacionales que: Inseparables los seres humanos brotan libres e iguales en dignidad y derechos y, concedidos como están de razón y conciencia, corresponden tolerar fraternalmente los unos con los otros, por tal razón internacionalmente se reconoce la igualdad para amparo de derechos en Colombia, cabe hacer la salvedad que el menor de edad goza de especial protección, el artículo 3 de la presente declaración aporta que toda persona tiene derecho a su vida, a su libertad y lo más importante a su seguridad.

La declaración de los Derechos Humanos en su artículo 5 y 25 niega cualquier trato violento con las personas y resalta la protección social a la maternidad y a la infancia. Convención internacional de los Derechos de los Niños, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 20 de noviembre de 1989 los cuales se deben citar textualmente: Artículo 1. Definición de niño: “quien no ha alcanzado la mayoría de edad”. Artículo 3. Protección del niño: “Los Estados Partes deben cuidar y proteger los niños en colaboración de sus padres, tutores o quienes hagan de sus

veces siendo responsables. Y artículo 34. Protección del niño: “Tendrán especial obligación los estados partes en cuanto a velar para que nadie abuse, ni los explote sexualmente.

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niños relativo a la comercio de niños, la prostitución infantil y el uso de niños en la pornográfica- Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, este protocolo en su artículo 1° establece como objeto que todos los estados partes deberán impedir el comercio de niños, la prostitución infantil, la pornografía infantil, y cualquier acto en donde se vulnere su integridad sexual.

El anterior marco internacional que sostiene el actual trabajo de exploración permite inferir que el Estado Colombiano debe garantizar que todas las instituciones encargadas del bienestar de los menores (las escuelas, la policía, etc.) deben cooperar en la ayuda continua de forma eficaz. Para ejercer el derecho de igualdad ante justicia, así que, El estado debe arrebatar todas las medidas necesarias para permitir el ejercicio de todos los derechos, reconocidos como tales por las Convenciones.

Constitucional

Constitución Política de Colombia (1991). Artículo 1. Dignidad humana: “Colombia se fundamente en el Estado Social de Derecho, y vela por el respeto de cada persona en su dignidad. Artículo 13. Igualdad. Establece que todas las personas en el País de Colombia nacen y se mantiene iguales ante cualquiera trámite legal. Artículo 44. Los menores de edad en Colombia tienen unos derechos fundamentales como, la vida, la salud, la educación, amor, cuidado y libre de cualquier explotación sexual. Prevalecerá la declaración a la igualdad y la dignidad humana, sin diferencia alguna. Seguidamente se enmarca que el actual código tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales para la amparo integral de los niños, las niñas y los adolescentes, certificar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento.

Derecho a la Integridad Personal: “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario.

Ley 679 del 3 de agosto del 2001 publicada en el Diario oficial No. 44.509, la cual argumentan la razón de ser de este trabajo de investigación teniendo en cuenta que esta obliga al estado, la familia y sus instituciones a la protección efectiva contra la explotación, la pornografía, el turismo sexual y demás formas de abuso sexual con menores de edad, por siguiente se hace necesario citar los siguientes artículos: Artículo 12. Medidas de Sensibilización: “todas las autoridades a nivel territorial encargadas de cooperar, prevenir y restablecer los derechos de los niños deberán velar por que se cumpla cada apartado constitucional en pro del bienestar infantil colombiano.

Ley 599 del 24 de julio del año 2000 la cual expide el código penal, norma sustantiva que sanciona y reprocha el abuso hacia los niños, niñas y adolescentes en Colombia como de cualquier nacional colombiano, para efectos del presente estudio se hace necesario estudiar los siguientes artículos: Artículo 205. Acceso Carnal Violento: que describe que la persona que haga o acceda carnalmente a otra persona ejerciendo la violencia tendrá prisión de (8) ocho a (15) años. Es decir, quien contra otra persona ejerza fuerza y violencia para cometer algún acto sexual será sancionado de tres a 6 años de prisión.

Ahora bien, en cuanto a los, niños, niñas y adolescentes se tiene que según el artículo 208, sobre el acceso abusivo con los niños menores de catorce años, establece la ley que cualquier persona que acceda a un niño, niña y adolescentes en Colombia siendo menor de catorce años, tendrá pena privativa de la libertad entre cuatro a ocho años.

El legislador Colombiano es lo bastante claro y explicito frente a la sanción penal anteriormente descrito, a los cuales la ley no solo sanciona el acceso carnal abusivo sino asimismo cualquier otro acto sexual que otra persona ejerza contra un niños, niñas y adolescentes, es decir, el

legislador previo las sanciones claras para cualquiera forma de abuso sexual contra un menor en Colombia al igual que estableció los agravantes a estas conductas tan reprochables y justas de sancionar, en tal caso donde el niño, y niña menor de doce años la pena se aumenta una tercera parte a la mitad.

También en materia judicial se estableció la ley 906 de 2004 que expidió el código de procedimiento penal, en la etapa del juicio oral es donde estudia el presente trabajo de investigación, teniendo en cuenta que el legislador estableció: que el juicio oral se hará a los 30 días siguientes de la audiencia preparatoria, es decir, que posiblemente el niño, niña y adolescente mantenga su estado de vulnerabilidad y re victimización por más de seis meses para llegar a la etapa del juicio, tal como se cita: Artículo 366.

Inicio del Juicio Oral: “se establecerá día y hora previa, para la audiencia denominada preparatoria, donde el juzgador deberá colocar el juicio oral, antepuesta comprobación de que las partes asistieron a tal diligencia. Durante el lapso del juicio, el juzgador cuidara que se mantenga el silencio, el decoro y respeto.

El juzgador podrá solicitar el retiro del público que perturbe la diligencia o audiencia”. Seguido de la instalación del juicio oral se prosigue a la presentación del caso donde por obvias razones mantendrá su situación revictimizante, en el sentido de que deberá seguir esperando a su recuperación de derechos hasta que se acerca la práctica de pruebas y se le practica la prueba testimonial, y si es menor de doce años como lo manifiesta el legislador no se le tomara juramento y corresponderá ser concurrido por su representante legal o por un pariente mayor, y en pro de garantizarle al menor de edad respeto y dignidad humana se podrá recibir testimonio de este externamente de la sala de audiencia esto según el numero 5° del artículo 146 del código de procedimiento penal.

Para finalizar el marco legal se añaden los pronunciamientos establecidos por las altas Cortes acorde a la temática la revictimización en la período de juicio oral de los niños niñas y/o adolescentes víctimas de delitos sexuales , identificando las siguientes: Sentencia T-117/03. En la cual la corte establece que efectivamente existe un acuerdo entre la régimen nacional e

internacional para envolver a los menores de edad de garantías que los protejan durante su vida, es decir, los menores de edad tienen un trato preferente que obedece a una caracterización jurídica por ser un sujeto de derechos privilegiados, así que, el estado se encuentra obligado y facultado a la amparo específico ordenado por la constitución a los menores de edad.

Igualmente en otro pronunciamiento de la corte con la Sentencia T-458 de 2007 que determino que el juzgador al instante de evaluar y precisar una prueba pericial contra delitos sexuales cometidos en menor de edad, se debe aplicar las reglas de la lógica, la correcta aprehensión de las pruebas por parte del juzgador y las normas legales pertinentes, pues lo más posible es que el juez no podrá acreditarse si el menor de edad tenía la capacidad para discernir y consentir la relación sexual.

3. METODOLOGÍA

3.1.Paradigma de la Investigación.

El paradigma de investigación es interpretativo, el cual es definido (Pérez, 2004) como aquel que es alternativo al paradigma racionalista; varias corrientes han contribuido al desarrollo de esta nueva era, cuyos presupuestos coinciden en lo que se ha llamado paradigma simbólico o interpretativo. Este paradigma sentara las bases teóricas y conceptuales que se tendrán en cuenta para el abordaje del tema propuesto desde el punto de vista metodológico.

3.2.Enfoque Cualitativo.

Dentro del paradigma interpretativo de investigación, se tomara en cuenta para el presente trabajo los fundamentos metodológicos del enfoque cualitativo de la investigación. El cual según los autores Taylor y Bogdan (1987) es “un modo de encarar el mundo empírico, señalan que en su más amplio sentido es la investigación que produce datos descriptivos: las palabras de las personas, habladas o escritas y la conducta observable”.

3.3.Diseño de la Investigación.

El diseño de esta investigación es de campo puesto que consiste en la recolección de datos directamente de los sujetos investigados, o de la realidad donde ocurren los hechos, es decir a de los juicios orales donde hay menores víctimas de delitos sexuales. Por esta razón, son importantes los datos primarios obtenidos a través del diseño de campo, para poder lograr alcanzar los objetivos que se plantearon inicialmente. Según Ramírez (2010), la investigación de campo puede ser extensiva, cuando se realiza en muestras y en poblaciones enteras (censos); e intensiva cuando se concentra en casos particulares, sin la posibilidad de generalizar los resultados.

3.4.Población y Muestra o Informantes Clave.

La población en esta investigación son los jueces, fiscales, defensores de familia que adelantan procesos donde los niños, niñas y adolescentes son víctimas de delitos sexuales y a su vez algunos psicólogos forenses que den su punto de vista sobre el problema planteado.

3.5.Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

En la presente propuesta de investigación, la técnica de investigación que se utilizará es la entrevista, para definirla, nos podemos remitir al concepto dado por Denzin y Lincoln en su artículo la entrevista en la investigación cualitativa: “una conversación, es el arte de realizar preguntas y escuchar respuestas”. Como técnica de recogida de datos, está fuertemente influenciada por las características personales del entrevistador. Esta definición, demasiado genérica y poco operativa, incluye cualquier encuentro entre dos personas, un investigador y su entrevistado, en el que el investigador hace preguntas que pueden ir desde las encuestas de opinión o los cuestionarios, es decir, instrumentos altamente estructurados, y las entrevistas abiertas donde es posible, incluso, que el investigador sea preguntado e interpelado por el informante. En investigación cualitativa la entrevista no se basará en cuestionarios cerrados y altamente estructurados, aunque se puedan utilizar, sino en entrevistas más abiertas cuya máxima expresión es la entrevista cualitativa en profundidad, donde no sólo se mantiene una conversación con un informante, sino que los encuentros se repiten hasta que el investigador, revisada cada entrevista, ha aclarado todos los temas emergentes o cuestiones relevantes para su estudio.

De igual manera las entrevistas se clasifican según su diseño, en este caso se manejara la entrevista semiestructurada, donde se prepara un guion realizado con el tema y se le realizan preguntas abiertas a las personas de la rama judicial (jueces, fiscales) con el fin de que expresen sus opiniones y poder explorar los diferentes pensamientos de cada uno.

3.6.Análisis y procesamiento de la información

Entrevistas

Cuadro 1. Procesamiento de entrevista al Defensor de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar adscrito al CAIVAS

Pregunta 1. Por mandato legal del art 206 A de la ley 906 del 2004 PARÁGRAFO 2°, Los NNA víctimas de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual serán entrevistados preferiblemente por una sola vez, teniendo en cuenta su concepto científico en su área disciplinar ¿En qué circunstancias considera usted podrá realizarse una segunda entrevista a la Victima NNA de abuso sexual?		Categorización	
Categoría: NNA víctima de abuso sexual	Dimensión: segunda entrevista a la Victima NNA de abuso sexual	Categoría Abiertas	Categorías Axial
Es aconsejable y sugerible y de conformidad con el código de infancia, donde hablamos del interés superior del niño, niña y adolescente de que sea una única entrevista la que se realice dentro de la etapa de juicio oral en aras de que, de no re victimizar al menor porque se presentan situaciones cuando se está en la cámara gessel, el niño manifiesta Pues que la situación ha sido ha tenido resiliencia de que ha tenido apoyo terapéutico de que lo han llevado al psicólogo, de que ha tratado de olvidar las cosas y en ese proceso en aras de lograr aportar las pruebas dentro del proceso penal entonces se busca es que el niño logré recordar todas esas circunstancias difíciles por las cuales pasó y que el niño no lo quiere recordar y muchas veces es necesario por instrucciones de la fiscalía leerle los apartes de esa entrevista forense que realizo el niño en su primera etapa y no consideró que sea aconsejable en vista del interés superior del niño, niña y adolescente, por lo tanto considera este despacho que con la primera entrevista forense que le realiza la fiscalía sería necesario para continuar con las otras etapas del juicio.		Preferiblemente no segunda entrevista Solo en juicio oral única vez Segunda entrevista crea revictimización	Momento procesal: juicio oral Forma: única
Pregunta 2. ¿Existe el riesgo de ocasionar un alto impacto emocional o de comprometer la seguridad del menor víctima de delitos sexuales, la de su familia o de su comunidad mediante la solicitud de su testimonio como medio de prueba en juicio?		Categorización	
Categoría: menor víctima de delitos sexuales, familia y comunidad	Dimensión: impacto emocional y seguridad	Categoría Abiertas	Categorías Axial
Sí existe como lo mencioné anteriormente el niño, niña y			

adolescente, pues trata entre comillas de olvidar esa situación tan difícil por la cual ha pasado pero a volver a recordar ya después de 2 o 3 años que es cuando ya llegué a la etapa de juicio Por qué proceso penal es bastante dispendioso Entonces ya el niño posiblemente habrá tratado de superar esas circunstancias difíciles por las cuales pasó y es necesario y a petición de la fiscalía y en algunas veces del juez veces que el niño vuelva a recordar y a repetir concretamente la situación que le ocurrió afectando su situación emocional en cuanto a comprometer la seguridad del menor víctima esa entrevista se realiza en la cámara gessel es un lugar privado donde el niño no tiene contacto con el presunto agresor y se buscan todos los mecanismos para que el niño no lo vea antes de iniciar la entrevista para que no pueda tener esa afectación emocional al ver a su victimario y en relación con la comunidad pues no considera este despacho que pueda tener un impacto sobre esa situación.		Recordar situación difícil Lugar privado para toma de entrevista	Afectación de la situación emocional
Pregunta 3. ¿Cómo es el protocolo que se utiliza al momento de recolectar el testimonio del menor víctima de delitos sexuales?		Categorización	
Categoría: NNA víctima de abuso sexual	Dimensión: Protocolo de recolección del testimonio	Categoría Abiertas	Categorías Axial
el protocolo y en relación con el Instituto es que una vez se instaura una denuncia penal, copia de esa noticia criminal de ese SPOA es radicado en las instalaciones del instituto colombiano del bienestar familiar para que los profesionales del equipo psicosocial de la defensoría de familia que está conformado por el psicólogo, por el trabajador social y el nutricionista, realicen las valoraciones iniciales al niño, niña y adolescente, entre esas valoraciones iniciales incluyen una entrevista con la psicóloga especialista de la unidad de caivas por parte de bienestar familiar quien mira su afectación emocional y otras áreas factores protectores y lo concerniente para mirar esto la situación actual de Salud Mental del niño niña y adolescente por lo general se trata de no indagar sobre la situación sobre el hecho ocurrido pero hay situaciones donde es importante para el profesional conocer la situación Entonces se ahonda un poquito en eso, eso en aras de que con esos insumos que esa valoración iniciales sean trasladadas al defensor de		valoraciones iniciales al niño, niña y adolescente entrevista con la psicóloga especialista medidas de protección y restablecimiento derechos	Protocolo de la entrevista

familia quién toma medidas de protección y restablecimiento derechos a favor de ese niño niña y adolescente.			
Pregunta 4. ¿Que se considera como re victimización?		Categorización	
Categoría: Entrevista en menores	Dimensión: re victimización	Categorías Abiertas	Categorías Axial
Considero que es que el niño una vez está superando esta etapa difícil por la cual ha pasado y volver a recordar y volver a vivir esos episodios donde han sido tan dolorosos y que no se tenga en cuenta su interés superior que prevalece sobre todos lo demás sí no que se le esté preguntando, preguntando se le esté a toda hora tratando de volver a ese pasado difícil que ha tenido el niño niña y Adolescente.		volver a recordar y volver a vivir episodios dolorosos volver a ese pasado difícil	re victimización
Pregunta 5. ¿Cuál es el fundamento legal para la recolección del testimonio de un menor víctima de delitos sexuales en Juicio oral y que protocolo se utiliza para el mismo?		Categorización	
Categoría: menor víctima de delitos sexuales	Dimensión: fundamento legal para la recolección del testimonio	Categorías Abiertas	Categorías Axial
Dentro del instituto colombiano del bienestar familiar, dentro de las funciones que le explique anteriormente y por mandato de la ley 1098 del 2006 en su Artículo 150 es dónde nos enuncia a nosotros como bienestar familiar que en esa etapa de juicio debemos acompañar al niño niña y adolescente y en esa entrevista en cámara gesell teniendo en cuenta que de que no se le vaya a vulnerar sus derechos que se cumpla con un debido proceso de que el niño no vaya a ser re victimizado otra vez y esa es la función del defensor de familia ser garante de esos derechos de ese niño niña y adolescente.		ley 1098 del 2006 en su Artículo 150 debido proceso de que el niño no vaya a ser revictimizado	Marco legal

Cuadro 2. Procesamiento de entrevista a la fiscal adscrita al CAIVAS.

Pregunta 1. ¿se debe de atender el principio de interés superior del menor en la actividad probatoria desarrollada por la fiscalía general de la nación en las investigaciones de conductas cometidas contra menores de edad Víctimas de delitos sexuales?		Categorización	
Categoría: menores de edad Víctimas de delitos sexuales	Dimensión: principio de interés superior del menor	Categoría Abiertas	Categorías Axial
Claro, por supuesto, Siempre cuando se va a valorar la entrevista y el niño se le va a hacer alguna intervención para el proceso penal se debe tener en cuenta las capacidades del niño, sus habilidades no es lo mismo valorar un niño que tenga una discapacidad pues ser de sentido o puede ser cognitiva a un niño que sea normal hay que tener en cuenta la edad no es lo mismo que se entrevista a un niño de 7 años que a un niño de 10. Entonces siempre prima el interés superior del niño hacerlo de acuerdo con sus habilidades a sus capacidades a sus características.		capacidades del niño habilidades características tener en cuenta la edad	Requisitos para la aplicación del principio
Pregunta 2. En el evento que la víctima definitivamente no quiera rendir su testimonio en juicio ¿Qué medidas toma usted como fiscal delegado por la fiscalía general de la nación?		Categorización	
Categoría: testimonio en juicio	Dimensión: medidas	Categoría Abiertas	Categorías Axial
Muchas veces las víctimas no vienen porque no quieren recordar o porque la familia de los niños no quiere que vuelvan los niños a ser sometidos a esto que en un momento dado podría ser traumático. Para ello la ley ha estatuido a través de las reformas que se utilice el testimonio del menor como una prueba de referencia sin necesidad de estar uno soportando que fue que el niño no pudo venir, nada. la ley ya establece que entra como prueba de referencia de manera directa el testimonio del menor que ha rendido en entrevista en cámara gesell en acto investigativo.		prueba de referencia	Medio probatorio
Pregunta 3. ¿considera que la recolección reiterada del testimonio del menor víctima de delitos sexuales genera una Re victimización?		Categorización	

Categoría: menor víctima de delitos sexuales	Dimensión: recolección reiterada del testimonio	Categoría Abiertas	Categorías Axial
Sí porque el niño constantemente está recordando lo sucedido por eso dentro del proceso penal hay dos intervenciones puntuales del niño que es el testimonio, perdón primero la entrevista en cámara gesell como acto investigativo que es el que da la pauta Para orientar la investigación y el segundo el testimonio al menor en juicio, esas son las 2 intervenciones claras donde el niño debe manifestar lo sucedido se le pregunta sobre lo sucedido.		constantemente recordar lo sucedido	Re victimización
Pregunta 4. ¿cuál es el objeto del testimonio del menor víctima en el juicio y si existen otros medios de prueba que permitan prescindir el testimonio de la víctima en juicio para sustentar la teoría del caso por parte de la fiscalía?		Categorización	
Categoría: menor víctima	Dimensión: Objeto del testimonio en juicio	Categorías Abiertas	Categorías Axial
Bueno el objeto del testimonio del menor victima en juicio es para determinar autoría y responsabilidad, pues es el principal testigo y los delitos de connotación sexual, son delitos cometidos a Puerta cerrada y solamente hay dos testigos victimario o agresor y la víctima, pero si el menor no pudiera venir por x o y circunstancia, para eso la fiscalía, entonces se valdría de la entrevista que se hizo en actos de investigación		determinar autoría y responsabilidad principal testigo	Objeto probatorio
Pregunta 5. ¿considera que existe revictimización en algunas de las etapas del proceso penal con los menores Víctimas de delitos sexuales?		Categorización	
Categoría: menores Víctimas de delitos sexuales	Dimensión: Revictimización en el proceso penal	Categorías Abiertas	Categorías Axial
Pues nosotros tenemos que ser como operadores de la justicia tenemos que ser muy cuidadosos y no re victimizar al menor por eso lo indique que hay dos intervenciones puntuales que son las mencionadas en respuesta anterior, pero sin embargo también se envía a medicina legal por lo menos para la valoración psicológica forense, pero aquí no se le pregunta al menor sobre los hechos, aquí se extrae a través de otros		Prevención de la re victimización Búsqueda de institucionalidad pertinente	Protección del menor

protocolos y de algunos test que utiliza la psicóloga, como eran las condiciones del menor antes durante y después de que le pasaron los hechos de contenido de abuso sexual, nosotros tenemos completamente prohibido someter al niño a constantes entrevistas porque eso si se llama re victimización, y no es aconsejable que el niño diga 1,2,3,4, 5 veces lo que le ha sucedido y con los padres también se hace la advertencia de que deben tener cuidado con ello.			
Pregunta 6. ¿que se considera como revictimización?		Categorización	
Categoría: menores Víctimas de delitos sexuales	Dimensión: Revictimización	Categorías Abiertas	Categorías Axial
Que el niño constantemente Recuerde lo que le ha sucedido recuerde ese episodio nefasto que es así nefasto para su vida entonces no debemos tratar, como el niño se somete a tratamiento psicológico evitar que esté recordando eso, solamente en aspectos puntuales como lo réferi.		recordar episodio nefasto	Afectación emocional

Cuadro 3. Procesamiento de entrevista al Juez primero Penal del Circuito de Cúcuta.

Pregunta 1. ¿Considera que es necesario que el menor víctima de delitos sexuales deba rendir un nuevo testimonio en la etapa de juicio oral?		Categorización	
Categoría: menor víctima de delitos sexuales	Dimensión: nuevo testimonio en la etapa de juicio oral	Categoría Abiertas	Categorías Axial
En relación con la primera pregunta considero que, si es necesario que el menor o la menor víctima de delitos sexuales deba rendir su testimonio, dicen ustedes nuevamente, pregunto ¿es que ya lo ha rendido anteriormente? No lo ha rendido anteriormente: recuerden ustedes que el juicio oral se adelanta ante juez de conocimiento y es en el juicio oral donde se practican las pruebas se practican los testimonios, es decir, que lo que se haya realizado antes con el adolescente, el niño o la niña, cierto,		Menor no ha rendido testimonio anteriormente	Necesidad de

esos son actos de investigación y esos actos de investigación se desarrollan por parte de la fiscalía general de la nación en el caso de estas víctimas niños, niñas o adolescentes, entonces será ante policía judicial, ante una psicóloga, que se hace eso en la práctica es en CAIVAS, en cámara gessel un lugar acondicionado, igualmente ante alguna defensora de familia, una entrevista semiestructurada, la famosa entrevista SATAC en formato SATAC que es para estos casos que es la que utilizan mayormente. Entonces, no es que se haya rendido testimonio ya por la menor o el menor, mejor dicho, niño, niña y adolescente, ese es el término que utiliza la ley 1098 de 2006 ellos no han rendido testimonio, ustedes me preguntan a mi ¿si es necesario escucharlo en el juicio oral? considero que si, a ver ustedes lo están viendo desde el punto de vista si eso es un acto re victimizante y si en algunos casos si, en algunos casos sobre todo, como por ejemplo, la niña fue primero entrevistaba en cámara Gessel por la psicóloga o por la defensora de familia, dos es llevaba ante un médico legista, el médico legista vuelve y le hace preguntas sobre el tema, tres de pronto es llevaba ante una psicóloga forense, ósea ya van tres veces donde la niña ha tenido que explicar o contar los hechos y eso obviamente le va a traer recordación, rememoración, va a generar unos sentimientos de otra vez volver a contar lo vivido y a vivir nuevamente si, en su mente en su psiquis y eso puede afectarla por supuesto. Entonces, otra vez, ¿usted considera señor juez no obstante lo que usted está diciendo que es necesario traerlo al juicio oral? En mi consideración si, porque el juez, quien que administra justicia tiene la posibilidad de verlo, cierto, directamente a través de la cámara Gessel, o a través del mecanismo establecido para ello, la forma como responde las preguntas como se desenvuelve pero no tanto lo digo para el juez por la intermediación de la prueba, sino también por el acusado, la defensa técnica tanto material tiene la posibilidad de contrainterrogar al joven, claro no directamente, porque usted sabe que en el juicio no puede ser enfrentado con el victimario, por supuesto, pero si hacer preguntas contrainterrogatorio en esa diligencia. Entonces, no considerar que no es necesario, cierto, dice aquí, que no es necesario podría atentar contra	Nuevo testimonio del menor desenvolvimiento del menor necesidad de escuchar al menor en juicio oral Admisibilidad como prueba de referencia	escuchar al menor en juicio oral
--	---	---

los derechos de confrontación de contradicción de controversia que son pilares del sistema penal acusatorio hasta el punto que si no lo hace puede llegar a considerarse como una prueba de referencia admisible cierto y que unido con otros elementos, con otras evidencias, con otros medios de conocimiento, pueden servir de prueba para condenar, siempre y cuando sea admisible, conforme al artículo 437, 438, que no es un numeral me parece que es el 5 donde permite que sea admisible como prueba de referencia.			
Pregunta 2. ¿Considera viable que el testimonio inicial rendido por el menor víctima de delitos sexuales deba tenerse como única prueba de referencia?		Categorización	
Categoría: menor víctima de delitos sexuales	Dimensión: prueba de referencia	Categoría Abiertas	Categorías Axial
Entonces, de considerarse viable o no, no es digamos, lo que uno quiere, cierto, que si se da la situación de fuerza mayor que plantea la admisibilidad de la no presencia del adolescente, el niño o la niña, cierto, toca que admitirse como prueba, porque ahí sería prueba de referencia admisible. Un caso que recuerdo reciente, el adolescente de 16 años consume drogas, entonces la fiscalía no lo trajo a juicio porque supuestamente no ha ido a la casa a dormir, se la pasa en la calle, entonces la cuestión es que hizo la fiscalía para lograr la comparecencia de esa persona, de ese adolescente, pues nada, no había hecho nada, porque, porque hay que demostrar con evidencia que es lo que ha hecho, para que digan mire señor juez estamos frente a un caso de prueba de referencia para que sea admitida, entonces siempre y cuando se den las circunstancias declaradas en el artículo 437 y 438 del código de procedimiento penal pues será admisible para efectos de que sea tomada como prueba de referencia, si se dan los requisitos.		Viable prueba de referencia Como la fiscalía logra la comparecencia Cumpla requisitos prueba de referencia	Admisibilidad de prueba de referencia
Pregunta 3. ¿Qué impacto genera la intervención directa de los menores víctimas de delitos sexuales en la etapa de juicio oral?		Categorización	
Categoría: menores	Dimensión:	Categoría	Categorías Axial

víctimas de delitos sexuales	intervención directa	Abiertas	
Bueno mire les recuerdo lo siguiente, en un tiempo se decía lo siguiente, que los niños, que todo lo que digan los niños es la verdad, si decía, sobre todo si es un niño presuntamente víctima de delitos sexuales, pero bueno eso ha ido determinando por la Corte que el testimonio del niño, niña o adolescente se debe valorar conforme a cualquier prueba, conforme al artículo 404 del Código de procedimiento penal, las reglas sobre valoración del testimonio, si el hecho de que sea niño, niña o adolescente no quiere decir que entonces hay que creerle todo lo que diga, si por ese solo hecho, no en efecto lo único que genera el impacto de la intervención del niño, niña o adolescente es que es el testigo directo, él es la víctima, él es el que puede ofrecer de mejor manera al juez, al fallador esas circunstancias de cómo ocurrieron los hechos, ese es el impacto, cierto, pero no por el hecho de persa, de que vino el menor, se debe deducir que lo que dijo él ya es verdad, no, puede ser controvertido, puede ser confrontado por la defensa.		Valoración del testimonio conforme a la prueba Impacto de la intervención del menor en juicio oral	Asistencia del menor al juicio oral
Pregunta 4. ¿Cómo juez al momento de dictar sentencia que nivel probatorio le da al testimonio del menor víctima de delitos sexuales recolectado por la psicóloga forense?		Categorización	
Categoría: menor víctima de delitos sexuales	Dimensión: nivel probatorio	Categorías Abiertas	Categorías Axial
Es cuestión de términos, la psicóloga forense no recibe testimonios, el testimonio se recibe es ante el juez, como medio de conocimiento del testimonio, lo que hace ella es, es más le dice cuénteme, a través de unas preguntas obviamente llenando un formato, un protocolo SATAC, cuando la niña va, tiene contacto con ella, pues ella empieza a indagarle de acuerdo a lo que le pida la fiscalía, sobre todo para efectos si dejó algún perjuicio, algún daño psicológico esa situación, cierto, pero ella no le va a extraer la información, la información ya se la extrajeron sobre la ocurrencia de los hechos, se la extrajo quien, la psicóloga del CTI de la Fiscalía cuando la tuvo en cámara gesell, extraerle que, la revelación del hecho, obviamente cuando se encuentra con ella. A la psicóloga forense le envían copia de todo eso, toda la carpeta, todo, entonces la psicóloga forense va a		la psicóloga forense no recibe testimonios el testimonio	Testimonio es recibido por el juez

tener conocimiento de todo eso, entonces allí le va a preguntar, tu porque estás aquí, de acuerdo con el protocolo, pero eso no es un testimonio, no es un testimonio sencillamente por lo siguiente, es que el testimonio como prueba debe someterse a que, al interrogatorio cruzado, directo, contrainterrogatorio, recontra interrogatorio, entonces si no se da eso no se puede decir que sea una prueba testimonial, si, será una entrevista, el informe de la psicóloga forense y eso ha sucedido, ante el médico legista en la anamnesis le dice una cosa y resulta que a la psicóloga forense le dice otra cosa y a la del CTI le dijo otra cosa, entonces cual es la que tiene valor, la que diga en el juicio, en principio tendrá que explicar porque se incurrió digamos en esas imprecisiones pueden ser temporales, circunstanciales, si, modales, por ejemplo en una dijo me dio un beso y me toco la vagina, en otra dice me dio un beso y me toco los senos, en la otra dice me dio un beso en el seno y me toco la vagina, ósea, que paso ahí, cierto, entonces lo que va a pasar en el juicio oral, es lo que vale y tendrá que explicar si el defensor le pregunta porque dijo en las anteriores declaraciones eso, ósea todo eso es de valoración, eso es lo difícil a veces de esta profesión de administrar justicia, la valoración probatoria, entonces, claro en estos casos de niños, niñas ya adolescentes víctimas de delitos sexuales muchas veces sabe que sucede, existe el fenómeno de la alienación parental, cierto a los niños los inducen, los manipulan y eso genera que la importancia de que el niño vaya a juicio.		como prueba debe someterse al interrogatorio cruzado	
Pregunta 5. ¿Que se considera como re victimización?		Categorización	
Categoría: menor víctima de delitos sexuales	Dimensión: Revictimización	Categorías Abiertas	Categorías Axial
La palabra re victimar, victimizar en este caso una persona es víctima de una agresión, de un delito en este caso, cierto, re victimizar, volverla hacer sentir lo mismo que vivió en el momento que se cometió el delito, si yo digo re victimizar podríamos decir en un concurso homogéneo y sucesivo, cierto, hoy viola a la hijastra, mañana vuelve y la viola, mañana vuelve y la viola, la estará re victimizando, si, es una víctima de un delito en concurso homogéneo y sucesivo, todos los días la está victimizando, no		Proceso para rehabilitar al menor Complicaciones en la psiquis.	Restablecimiento de derechos

estaríamos hablando de re victimizar o estaríamos hablando de victimizar, la está victimizando todos los días, cierto, entonces la re victimización es cuando el adolescente ya dejo de ser víctima, cierto está en un proceso de que, de recuperación psicológicos, restablecimiento de derechos, entonces que sucede supuestamente la niña, niño o adolescente lo que se pretende es que olvide el hecho como tal, no decirle digamos el impacto que le ha generado en su psiquis, en su crecimiento, en su forma de socializarse con los demás niños, niñas, es decir que paso eso y al otro día tratar de olvidar lo que sucedió para bien de ella, entonces cuando ya está en un proceso de olvido digámoslo si, llegan y la llaman a un juicio a los dos años y otra vez hacerle recordar eso, hacerle vivir esa cuestión, hacerle decir, bueno recuerde que fue lo que paso, lo que fue lo sucedió cuando ya estaba en un proceso franco, pues eso genera que el estado, la fiscalía, el bienestar familiar empiecen un proceso para tratar de rehabilitar esa persona, de recuperarla psicológicamente, físicamente, entonces en la medida que esa persona se va olvidando de eso, digamos ya dejaría de ser víctima, pero si vuelven y vuelven y le tocan el tema, volvería a que a sentir lo que sintió en ese momento que eso es lo que le va a traer problemas de orden psicológico y algunas otras complicaciones de pronto en la psiquis.		
--	--	--

Matriz de análisis

TIPO PENAL: Artículo 208. Acceso Carnal Abusivo Con Menor De Catorce Años.

CLASIFICACIÓN	FUENTE	TIPICIDAD	ANTI JURIDICIDAD	CULPABILIDAD	COMENTARIO
Resultado. Conducta instantánea Mono-ofensivo Lesión ELEMENTOS NORMATIVOS: Acceso Carnal TIPO OBJETIVO: Sujeto activo: Indeterminado, singular. Sujeto Pasivo: Calificado, hombre o mujer menor de 14 años. Conducta: Verbo determinador simple: Acceder Carnalmente. Implícito de modo: Mediante el aprovechamiento de	FUENTE INTERNACIONAL Artículo 19 CADH- Derechos del Niño “<i>Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado</i>”. FUENTE CONSTITUCIONAL Artículo 44 de la constitución política Colombiana “<i>Son derechos fundamentales de</i>	Se encuentra codificado en el Libro II, Título IV. Capítulo II artículo 208: “El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años”	Juicio de contradicción material lesión al bien jurídicamente tutelado la libertad e integridad sexual del sujeto pasivo. Causas de justificación: - Inadmisibles: consentimiento del sujeto pasivo, cumplimiento de un deber, orden legítima, ejercicio de un derecho, cargo público. - Admisibles: Excepcionalmente actividad lícita, teóricamente estado de necesidad.	El tipo subjetivo de la conducta punible en mención se halla Conformado y agotado por el dolo, entendido como conocer que se realizan los elementos del tipo objetivo y querer su realización (C.P., art. 22). Causas de inculpabilidad: Insuperable coacción ajena. - Incapacidad de culpabilidad: Imputabilidad por trastorno mental, inmadurez psicológica, diversidad sociocultural.	En sentencia T-260 de 2012, la Corte Constitucional determinó que: “Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en

la condición de inferioridad de la víctima en razón de su edad. Objeto Jurídico: Libertad y formación sexual. Objeto Material: El sujeto a quien se accede carnalmente. Concurso: Heterogéneo Simultáneo Arts 103, 111, 237, 370. Heterogéneo sucesivo: Art 209, 207. Tentativa: Si admite, tipo de tracto sucesivo. Coparticipación: Admite coautoría y complicidad, con punibilidad agravada	<i>los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos</i>			- Por falta de conocimiento de la antijuridicidad: error de prohibición	miembros autónomos de la sociedad”
---	--	--	--	--	---

	consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.” ➤ CÓDIGO PENAL				
TIPO PENAL Artículo 209. Actos Sexuales Con Menor De Catorce Años.					
CLASIFICACIÓN	FUENTE	TIPICIDAD	ANTI JURIDICIDAD	CULPABILIDAD	COMENTARIO
Lesión Conducta instantánea Mono-ofensivo. ELEMENTOS NORMATIVOS: Actos sexuales diversos del acceso carnal. TIPO OBJETIVO: Sujeto Activo: Indeterminado singular. Sujeto Pasivo: Menor de 14 años, hombre o mujer. Conducta: Verbo	FUENTES INTERNACIONALES - Declaración Universal de Derechos Humanos. - Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado Ley 74/68. - Convención	“El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años.”	Juicio de contradicción material lesión al bien jurídicamente tutelado la libertad e integridad sexual del sujeto pasivo. Causas de justificación: - Inadmisibles: consentimiento del sujeto pasivo, orden legítima, ejercicio de un derecho, cargo público, estado de necesidad. - Admisibles: Excepcionalmente actividad lícita.	Causas de Inculpabilidad: Insuperable coacción ajena. Imputabilidad por trastorno mental, inmadurez psicológica. - Falta de conocimiento de la antijuridicidad (Error de prohibición)	“La violencia sexual está contemplada a nivel nacional e internacional, como aquel acto u omisión que vulnera el ejercicio de los derechos humanos sexuales o reproductivos, toda acción que se dirige a mantener o solicitar contacto sexual, físico, verbal o a suscitar la participación en interacciones sexuales mediante el uso de la fuerza o la

determinador compuesto: Realizar actos sexuales diversos del acceso carnal o en presencia del sujeto pasivo inducirlo a prácticas sexuales. Elementos descriptivos de Modo: Utilizando medios globales de información. Modalidad atenuada: - Medio virtual - Redes globales de información. - Objeto Jurídico: Libertad y formación sexual. - Objeto material personal: Sujeto menor de 14 años. - Concurso: Heterogéneo simultáneo: Arts. 103, 111, 237, 370. Heterogéneo sucesivo: Art 217. Homogéneo sucesivo: Arts. 205, 207, 208. Tentativa: Si	Americana sobre Derechos Humanos, adoptada por la Ley 16 de 1972. - Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada Ley 12/91 FUENTE CONSTITUCIONAL Art 13, 44 C.N. - CODIGO PENAL.				amenaza, la intimidación, la coerción, el chantaje, la presión indebida, el soborno, la manipulación o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad de la persona a efectos de victimizarla con un comportamiento contrario a la libertad y formación sexual” Estrada Jaramillo, Lina Marcela. <i>Protección de los derechos humanos de las víctimas de abuso sexual: una mirada desde la jurisprudencia.</i> Universidad Nacional.
--	--	--	--	--	---

Admite. Coparticipación: Admite coautoría, determinación y complicidad, con punibilidad agravada					
TIPO PENAL: Artículo 210. Acceso Carnal O Acto Sexual Abusivos Con Incapaz De Resistir.					
CLASIFICACION	FUENTE	TIPICIDAD	ANTI JURIDICIDAD	CULPABILIDAD	COMENTARIO
Resultado. Lesión. Conducta instantánea. Mono- ofensivo. ELEMENTOS NORMATIVOS: Acceso Carnal. Acto sexual Diverso. TIPO OBEJTIVO: Sujeto Activo: indeterminado singular. Sujeto Pasivo: Determinado, persona que se encuentre en estado de inconsciencia, trastorno mental o imposibilidad de	FUENTE INTERNACIONAL - Declaración Universal de Derechos Humanos. - Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado Ley 74/68. - Convención Americana sobre Derechos	“El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.”	Juicio de contradicción material lesión al bien jurídicamente tutelado la libertad e integridad sexual del sujeto pasivo. Causas de justificación: Inadmisibles: Cumplimiento de un deber, orden legítima, ejercicio de un derecho, cargo público. Admisibles: Consentimiento del sujeto pasivo, excepcionalmente actividad lícita, teóricamente estado de necesidad.	Causas de Inculpabilidad: Insuperable coacción ajena. Imputabilidad por trastorno mental, inmadurez psicológica, diversidad sociocultural. Falta de conocimiento de la antijuridicidad (Error de prohibición	“El acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir el sujeto activo, hombre o mujer, empleando cualquier medio, diferente a la violencia, debe originar unas especiales situaciones para luego, y gracias a ellas, realizar el acceso carnal; Incapacidad de resistir. Con esta situación se alude a la presencia de cualquier situación

resistir. Conducta: Verbo determinador compuesto: Acceder carnalmente, realizar actos sexuales diversos. Elementos descriptivos de modo, aprovechamiento del estado en que se encuentra el sujeto pasivo. Objeto Jurídico: La libertad sexual. Objeto Material: Persona a la que se accede carnalmente o con la que se realizan actos sexuales diversos. Concurso: Heterogéneo simultáneo: Arts. 103, 111, 237, 370. Tentativa: Si admite. Coparticipación: Admite coautoría, determinación y complicidad, con punibilidad agravada	Humanos, adoptada por la Ley 16 de 1972. - Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada Ley 12/91 FUENTE CONSTITUCIONAL Art 13, C.N CODIGO PENAL				que imposibilite la defensa de una persona frente a las prácticas sexuales que se quieren efectuar con ella; por ejemplo, sin emplear violencia, se le da un fármaco que pone a la persona en un estado cuya respuesta es escasa y carente de fuerza, se le embriaga por manera tal que sus movimientos defensivos además de ser torpes pierden potencialidad de defensa. Estado de inconsciencia. Si la consciencia hace referencia a las facultades mentales superiores que permiten dar sentido a los movimientos musculares, la inconsciencia es, en consecuencia, la ausencia de tales facultades gracias a
---	--	--	--	--	---

					la utilización de medios diferentes a la violencia física, lo que le habrá de imposibilitar la defensa. Siéndole así más fácil al victimario realizar la práctica sexual, acceso carnal o acto sexual; por ejemplo, emplear un bebedizo o medicamento cuya ingesta deje dormida a la víctima o si se le embriaga hasta el punto de quedar dormida. Condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento. Esta hipótesis supone generar en la víctima una situación mental que le impida comprender el significado de la práctica sexual u otorgar su aceptación
--	--	--	--	--	--

					libremente; esta situación puede originarse por el empleo de medios ideológicos (la religión) o generar creencias que habrán de conducir, se reitera, a generar un estado mental que le imposibilite comprender o asentir en la práctica sexual; por ejemplo, educar religiosamente a una persona para que vea en el pastor o sacerdote una deidad de manera que no comprenda el verdadero significado de la relación sexual. “<i>La Violencia En Los Delitos Sexuales: Sentido Y Alcance</i>, José Fernando Botero Bernal, 2014.
--	--	--	--	--	--

4. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

4.1. Resultados

4.1.1. Análisis dogmáticamente los delitos sexuales donde son víctimas los menores

Según datos del Instituto Nacional de Medicina Legal, entre enero y mayo del 2018, en toda Colombia, se registraron más de 9.000 delitos sexuales no fatales contra menores de 18 años, siendo las niñas quienes más lo sufrieron, la violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes (NNA), es una problemática social que involucra la violación de los derechos humanos, siendo una realidad global que se origina en diferentes contextos y grupos sociales afectando los procesos de desarrollo del ser humano (UNICEF, 2011), la conducta social de repudio hacia las múltiples aberraciones que son meritorias de que el estado ejerza todo su poder punitivo sobre los autores de este tipo de delitos, en los últimos años han ocurrido un sin número de acontecimientos de abuso sexual contra menores de edad que son demostraciones de putrefacción social de la situación actual, este tipo de delitos Sin duda han generado un impacto en la sociedad colombiana causando conmociones que ponen en incertidumbre a todo un país, lo anterior hace que diariamente se cuestione el sistema judicial, de allí que surge la importancia de realizar un análisis a la legalidad de la política pública criminal, la normatividad vigente y la aplicación de los tratados internacionales en el procedimiento penal en relación a la protección del interés superior del cual son titulares los niños niñas y adolescentes, la pertinencia de analizar dogmáticamente los delitos sexuales más comunes donde son víctimas los menores en este contexto el objeto del presente manejo de la revictimización a los menores víctimas de delitos sexuales, en la etapa de juicio oral en Cúcuta. Resulta imprescindible iniciar desde la fuente de cada tipo penal, seguidamente definir su concepto, características, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, clasificación, realizando un desarrollo legal, jurisprudencia y doctrinal de los delitos sexuales en contra de los niños niñas y adolescentes.

En este sentido, un abuso sexual constituye un “acto sexual impuesto a un/a menor que carece del desarrollo emocional, madurativo y cognoscitivo para consentir en dicha actividad” (Fernández, Fernández y Garrido, 2008, p.5). El tipo penal es propiamente un contenido o una

parte del contenido del delito, sino un continente técnico formal de la conducta antijurídica amenazada con pena criminal y está formado por la conducta en la integridad de sus elementos objetivos y subjetivos. El contenido es la conducta lesiva y el tipo es un expediente técnico del legislador penal para satisfacer la exigencia político-criminal y constitucional de estricta y previa legalidad de infracciones y sanciones penales (Fernández Carrasquilla, 2012, p.36). El fundamento del tipo penal complejo reside en la obediencia al principio rector de tipicidad contenido en el artículo 10 CP que dice: “Tipicidad. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal”.

Delitos sexuales en menores de edad

La tipicidad de estos se encuentra codificado en el Libro II, Título IV. Capítulo II del código penal colombiano ley 599 del 2000, en los artículos 208, 209, 210.

Artículo 208. Acceso Carnal Abusivo Con Menor De Catorce Años, “El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

Artículo 209. Actos Sexuales Con Menor De Catorce Años: “El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años.”

Artículo 210. Acceso Carnal O Acto Sexual Abusivos Con Incapaz De Resistir: “El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.”

Fuentes constitucionales

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.

Fuentes internacionales

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948.

Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, Aprobada en la novena conferencia internacional americana Bogotá, Colombia, 1948.

LEY 74 DE 1968 (DICIEMBRE 26) por la cual se aprueban los “Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación Unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966.

LEY 16 de 1972 (diciembre 30) por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969".

LEY 12 DE 1991 (Enero 22) CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO "Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989".

Juicio De Constitucionalidad.

Sentencia No. C-146/94

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 303 y 305 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal)

Actor: FRANCISCO LIBARDO ECHEVERRI ESCOBAR

Magistrado Ponente:

Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

TIPO PENAL-Edad/ACCESO CARNAL CON MENOR/CORRUPCION DE MENORES

Al establecer los tipos penales, goza el legislador de una amplia discrecionalidad, pues únicamente él está llamado a evaluar el daño social que causa determinada conducta y las medidas de punición que debe adoptar el Estado, dentro del contexto de la política criminal, para su prevención y castigo. La consagración de las modalidades que reviste el tipo penal y de las condiciones que se harán exigibles para que él se configure, compete al legislador. La Constitución, por su misma naturaleza, no entra a detallarlas. La edad es elemento esencial en los correspondientes tipos penales, ya que la ley no penalizó los actos sexuales o el acceso carnal, considerados como tales, sino aquellos que se llevan a cabo con menores de catorce años. No es de la incumbencia de la Corte Constitucional controvertir o poner en tela de juicio el límite de edad establecido en la ley, pues él resulta indiferente para los fines del control de constitucionalidad, en cuanto, sea una u otra la edad señalada, se está ante una determinada figura delictiva, puesta en vigencia por el legislador dentro de la órbita de sus atribuciones. La norma que consagra un delito debe reputarse constitucional en cuanto sea proferida por el legislador, único constitucionalmente autorizado para establecerla, y mientras la correspondiente figura delictiva no vulnere "per se" la Constitución.

PRIMACIA DE LOS DERECHOS INALIENABLES

Al tenor del artículo 5º de la Constitución, el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona. Uno de ellos es el indicado en el artículo 12 Ibidem, según el cual nadie será sometido a tratos degradantes. Los actos sexuales y el acceso carnal no lo son para una persona mayor, enteramente dueña de su comportamiento, mientras los lleve a cabo en forma voluntaria y libre; pero sí lo son, y en alto grado, cuando se obtienen de una persona cuya madurez psicológica y desarrollo físico todavía están en formación, como en el caso de los menores; su libertad -aquí alegada erróneamente por el actor- no es plena, pues carecen de una cabal conciencia acerca de sus actos y las consecuencias que aparejan.

MENOR DE EDAD-Protección/ADOLESCENTE-Protección/MATRIMONIO DE MENORES

Que el Constituyente haya dedicado una norma -la del artículo 44 de la Carta- a la defensa especial de los niños no quiere decir que haya dejado desamparados a los adolescentes, lo cual resulta confirmado si se verifica el contenido del artículo 45 Ibidem, a cuyo tenor "el adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral". La razón de los preceptos acusados reside en la protección de los menores de catorce años, quienes no gozan de una suficiente capacidad de comprensión respecto del acto carnal y, por tanto, aunque presten su consentimiento para realizarlo o para llevar a cabo prácticas sexuales diversas de él, no lo hacen en las mismas condiciones de dominio y auto-control propios de la persona mayor. Si ello es así, no se entiende cómo el legislador civil ha supuesto esa misma capacidad de consentimiento -que echa de menos la ley penal- cuando se trata de la celebración del matrimonio por parte de la mujer menor de catorce años pero mayor de doce. En tal caso, a la luz del Código Civil, no resulta afectada la validez del vínculo aunque falte el permiso de los padres. El legislador penal ha debido tomar en cuenta esa regulación y no lo hizo, pues consagró las aludidas conductas delictivas partiendo de la base de la ausencia de consentimiento del menor de catorce años, mientras a tal consentimiento se le dió plena acogida en materia matrimonial.

MATRIMONIO-Capacidad/MATRIMONIO-Justificación del hecho

Puede darse el caso no contemplado por las normas impugnadas- de relaciones sexuales consistentes en acceso carnal o diversas de él con mujer menor de catorce años y mayor de doce, con la cual se haya contraído matrimonio previamente o se haya establecido una familia por vínculos naturales. En esos eventos es claro que no se habría cometido el delito pues existiría una clara justificación del hecho, así no lo haya previsto el legislador de manera explícita.

Concordancias legales

Código Penal:

Artículo 111. LESIONES. El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes.

Artículo 128. ABANDONO DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACION ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE OVULO

FECUNDADO NO CONSENTIDAS. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> La madre que dentro de los ocho (8) días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto de acceso o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

Artículo 138a. ACCESO CARNAL ABUSIVO EN PERSONA PROTEGIDA MENOR DE CATORCE AÑOS. <Artículo adicionado por el artículo 2 de la Ley 1719 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, acceda carnalmente a persona protegida menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a trescientos veinticuatro (324) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 212. ACCESO CARNAL. Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto.

Clasificación del tipo penal delitos de violencia sexual contra menores

Según Su Contenido o Técnica Legislativa:

De Resultado: Para que conducta se adecue al tipo se requiere que haya resultado. Se describe acción a la cual le sigue un resultado factico. (Hay acción y resultado en el mundo fenoménico) resultado al bien jurídico (lesionado material), puede haber doble resultado como el aborto preterintencional o el homicidio preterintencional.

De Conducta instantánea: La acción se agota en un solo momento.

Según El Bien Jurídico Tutelado:

Mono- ofensivo: Protege a un bien jurídico.

Lesión: Resultado del menoscabo del bien jurídico tutelado.

4.1.2. Procedimiento que se sigue en delitos sexuales contra menores, durante los juicios orales, en la jurisdicción de Cúcuta.

A continuación se presentan los resultados de la aplicación de una matriz de análisis legal, que reúne los tipos penales del código penal colombianos en los siguientes: Artículo 208. Acceso Carnal Abusivo Con Menor De Catorce Años. Artículo 209. Actos Sexuales Con Menor De Catorce Años. , Artículo 210. Acceso Carnal O Acto Sexual Abusivos Con Incapaz De Resistir. En los que se fundamenta la siguiente investigación, con el fin de determinar cómo es el proceso adelantado en la ciudad de Cúcuta para los juicios orales de los delitos sexuales contra menores, de tal forma que, la matriz legal reúne los articulados anteriormente descritos, durante la aplicación del instrumento se determinaron dos categorías; la primera categoría es la capacidad mental y física del menor teniendo como subcategoría la audiencia y en la segunda categoría se nombró juicio de reproche con dos subcategorías denominadas hombre y mujer.

De tal forma que, la aplicación de dicho instrumento permitió establecer que para la primera categoría denominada capacidad física y mental del menor, hace falta más que un tipo penal que señale las acciones consideradas delitos en Colombia, es decir, mediante la matriz legal se pudo inferir que los articulados sobre delitos sexuales son claros y están de forma expresa para que el legislador y la sociedad prevean dichas situaciones, ahora bien, lo que no significa que dicho texto normativo tenga una estructura o redacción del todo armónica para un menor, pero lo que busca el legislador, simplemente es determinar quienes cometen este delito, en qué condiciones se comenten, como se pueden cometer, que agravantes pueden tener los delitos sexuales contra los menores de edad, es decir, la tipificación de los delitos sexuales contra menores permite transmitir al juez, al fiscal y al abogado defensor en un proceso penal como debe ser el tratamiento para los menores de edad a lo largo del proceso.

Dentro de la matriz legal se evidencia que en Colombia evidentemente no existe algún eximente de responsabilidad ante la comisión de delitos sexuales contra menores, a excepción del consentimiento dado por el menor de edad, pero es allí donde se entra al estudio arduo y riguroso de la actual categoría estudiada. El legislador permite que el menor de edad en algunas ocasiones dependiendo de su capacidad cognitiva consienta relaciones sexuales y esto no sea catalogada

como un acceso delictivo de la libertad sexual y reproductiva de los menores de edad, y es allí donde la matriz legal arroja como primer resultado denotando que el legislador extiende capacidad física y mental en cuanto el sexo consentido pero no extiende la capacidad física y mental de un menor al momento del juicio oral y durante el procedimiento, esto se debe a que, en primer lugar exhibir a cualquier persona sea adulto o sea menor de edad ante su victimario repercute al reflejar recuerdos generadores de una vulneración de sus derechos prolongados en el tiempo. Y en segundo lugar, basándose en la subjetividad de la estabilidad emocional de los menores de edad, estos, son considerados personas de especial protección por la legislación Colombiana, así que, el legislador no permite exteriorizar el mal recuerdo y la recreación de los hechos considerados delitos frente al menor de edad víctima de delitos sexuales.

En este orden de ideas, siguiendo con la segunda categoría denominada reproche social, considerado como uno de los factores determinantes para la existencia de los tipos penales estudiados por la matriz de análisis legal, el legislador se encargó de establecer las conductas precisas que son objeto reprochable por todos en la sociedad Colombiana. Se concluyó en la anterior categoría que los menores de edad carecen de madurez física y mental que les hace especialmente vulnerables, lo que conlleva, a que sea el legislador quien prevea los casos expresamente de vulneración en la que se pueden ver inmersos los menores de edad, como lo son los tipos penales estudiados en la matriz de análisis legal; de tal forma que en la presente categoría de reproche social se tiene como resultado que dentro del proceso judicial que se adelantan para los delitos sexuales contra menores de edad, y sobre todo en el juicio oral que es la etapa final de los procesos penales en Colombia, el reproche o repudio social que se le hace a esta clase de hechos cometidos por los ciudadanos en Colombia, abusando desgarradoramente de los menores de edad, el legislador mantiene el lente fijo en el impacto social que compromete en todo su entorno la acción judicial adelantada por la fiscalía, el juez y el abogado defensor del victimario.

El uso de la matriz legal como instrumento para el desarrollo del objetivo específico sobre la explicación del procedimiento que se sigue ante los delitos sexuales contra menores, durante los juicios orales, en la jurisdicción de Cúcuta. Permite equiparar que la capacidad mental y física de los menores de edad víctimas de delitos sexuales en Cúcuta, Norte de Santander tiene estrecha relación con el reproche social que hace cada ciudadano cucuteño a estos aberrantes casos de

vulneración constante y sistemática de los niños en Cúcuta. En el entendido de que no se le puede permitir al menor de edad recrear de nuevo los hechos constitutivos de delitos en su cabeza, es decir, como resultado final según el legislador y la sociedad es inconcebible permitirle a un niño concurrir a un juicio donde va tener que encontrarse con su victimario y tener que pasar por dos o una hora recuerdos que a su corta edad y su débil mentalidad tendrán consecuencias enormes para el desarrollo pleno de sus capacidades en un futuro. Porque si bien es cierto, tal como lo demuestra la matriz, la prevención de los delitos sexuales contra menores persiguen un fin constitucional como se encuentra en el artículo 44 de la constitución política de Colombia de 1991 que es la de asignar a los menores de edad sujetos de especial protección y reforzar dicha protección. Por consiguiente para el legislador en Colombia y la sociedad Cucuteña, impedir que sobre los menores de edad recaigan delitos sexuales, cumplen con los fines constitucionales de Colombia y con los fines de los instrumentos internacionales sobre la protección de menores. Porque si bien es cierto la ley penal establece tipos penales con penas altas para los delitos cometidos ante estos sujetos de especial protección, la sociedad cucuteña también tiene implicación en cada asunto que entra a regular la ley. Cabe mencionar que dentro del análisis de la matriz legal que se aplicó a los articulados 208, 209, y 210 del código penal, el legislador establece una diferencia entre menores de catorce años y menores mayores de catorce años, pero basándose en el desarrollo del presente proyecto de grado se enfoca en los menores de catorce años por las razones constitucionales anteriormente expuestas en la redacción de estos resultados, sin esto considerarse como un acto excluyente de investigación.

Entrevista estructurada

A continuación se presentan los resultados de aplicación de una entrevista estructurada a los sujetos seleccionados para el desarrollo del objetivo, los cuales son un juez penal del circuito de Cúcuta, una fiscal especializada en delitos sexuales y un defensor de familia, adscritos al centro de atención a delitos sexuales- CAIVAS. Para que se explique el procedimiento que se lleva a cabo en los delitos sexuales contra los menores, en el juicio oral. Al permitir este instrumento obtener información directamente de los diferentes sujetos que entran en este proceso para poder hacer una valoración correcta de los diferentes ámbitos o rubros en los cuales se mueve este proceso, ya sea desde un punto de vista de investigador que busca el castigo de la conducta atípica como lo es el fiscal delegado para estos asuntos o en el caso de un defensor de familia que

busca la protección el menor y su no re victimización o el juez encargado de fallar que busca que se proteja los preceptos constitucionales del debido proceso

Para esto la fiscalía en el momento de recaudar su información o material probatoria, tiene en cuenta siempre los derechos y garantías del menor al sufrir este tipo de crímenes, siempre basándose en un proceso de especial protección, adecuándose a las diferencias que puedan haber entre los menores entendiendo que cada uno de estos es un individuo especial y diferente, regulando su manera de proceder ya sea dependiendo de las condiciones físicas o socioeconómicas del menor o su edad en el momento de la ocurrencia del tipo penal al variar la capacidad cognitiva de estos según su desarrollo, garantizando de esta manera una atención especializada.

Sin embargo se pueden generar circunstancias que el menor no desee, participar en el juicio oral, la ley establece se tiene que tomar el testimonio del menor como prueba de referencia, evitando de esta manera que se vuelva a someter al menor a recordar momentos traumáticos o sea obligado a participar en un juicio el cual no quiere hacer parte, esto sin que de alguna manera se perjudique la acción de la fiscalía al estar su primer testimonio siendo parte en el proceso penal. Aclarando siempre que la intervención del menor en el curso del proceso penal solo se da en dos situaciones como lo son en la parte de investigación y en el momento del juicio oral, salvaguardándose siempre que el menor recuerdes hechos que puedan dejar secuelas a lo largo de su vida por lo tanto puede decirse que en Colombia las intervenciones del menor son pocas, siempre en miras de salvaguardar sus derechos al ser este proceso de testimonio o rememoración de los hechos cumplida a través de protocolos específicos y ejecutado a través de un profesional de la psicología para poder dar con la autoría del hecho victimizante y como procedió a cometer el delito o el estado del menor antes y después del mismo para poder evaluar el impacto de este en el mismo, advirtiéndole que no se debe someter al menor a exageradas entrevistas que puedan generar un daño a sus derechos primordiales y de primacía como lo manifiesta nuestro ordenamiento jurídico. Y en los casos que este no desee por razón del hecho al que fue víctima, volver a expresar las situaciones o el delito al cual fue expuesto, su primer testimonio como se señala previamente puede ser tomado como una prueba de referencia. Evitando de esta manera que se interrumpa el proceso y se vuelva a victimizar al menor.

La legislación colombiana en la ley 906 del 2004 aconseja que se maneje una sola entrevista, sobre esto mediante la entrevista que ha sido aplicada el defensor de familia aconseja que solo se realice una vez que por los intereses superiores de los niños o los menores al ser sujetos víctimas de una conducta terrible y que requieren de un apoyo terapéutico en los cuales se intentan que traten de mejorar y sobreponerse a unos hechos traumáticos para ellos, recomendándose el menor número de reproducciones de este hecho para los mismos, considerando que la entrevista recabada en las etapas iniciales del proceso contiene las herramientas necesarias para poder sacar a adelante el juicio o proceso penal, evitándose que se pueda generar impunidad y re victimización en el caso de la negación del menor a ser sometido nuevamente a la recopilación de los hechos.

Debido a la demora del juicio oral un menor que ha recibido un tratamiento de recuperación años después debido a la demora de este, tiene que volver a ser una recopilación del hecho victimizante, pero las entidades encargadas llevan este proceso mediante la cámara de gessel evitando siempre una posible recaída por parte del menor víctima. Queriéndose siempre garantizar principios como lo es la inmediación de la prueba por parte del juez que va fallar sobre el delito o el defensa por parte del posible victimario al tener una recopilación más reciente que permita una correcta recopilación de los hechos en los cuales se trata el proceso penal.

Todo esto mediante el protocolo que utiliza la fiscalía general de la nación para adelantar las pesquisas referentes al caso en concreto para que los profesionales del equipo psicosocial de la defensoría de familia que está conformado por el psicólogo, por el trabajador social y el nutricionista, realicen las valoraciones iniciales al niño, niña y adolescente, entre esas valoraciones iniciales incluyen una entrevista con la psicóloga especialista de la unidad de caivas por parte de bienestar familiar quien mira su afectación emocional y otras áreas factores protectores y lo concerniente para mirar esto la situación actual de Salud Mental del niño niña y adolescente por lo general se trata de no indagar sobre la situación sobre el hecho ocurrido pero hay situaciones donde es importante para el profesional conocer la situación Entonces se ahonda un poquito en eso, eso en aras de que con esos insumos que esa valoración iniciales sean trasladadas al defensor de familia quién toma medidas de protección y restablecimiento derechos a favor de ese niño niña y adolescente.

Al ser el procedimiento de recolección o recopilación de información sometido al rigor que requiere por ser un menor el cual tienen prelación o primacía en sus derechos, se pueda obtener que en Colombia el procedimiento aplicados por los diferentes entes que buscan su protección de carácter garantista, buscando siempre que no se revictimice al mismo y no reviva de manera ligera sus experiencias o su pasada difícil, siendo la función primordial de los diferentes actores el ser garantes de su debido proceso y su posible recuperación ante un hecho tan fuerte y un sujeto en especial estado de indefensión. Como lo aclara la ley de infancia y adolescencia, que es el código que busca la garantía y fija el proceso de protección de los niños y niñas.

Por lo tanto la protección del menor es lo principal en el momento de que se acometa el proceso penal, pero esto no desconoce principios rectores como el de inmediatez en el cual el juez se apersona del material probatorio más sin embargo los legisladores y funcionarios prevén que ninguno de los dos aspectos se afecten al mantener la primera entrevista obtenida por medios rigurosos sea prueba referencial o la posibilidad del menor que sea entrevistado por medio de las SATAC para que en el momento del juicio se le garantice lo más posible sus derechos al ser un sujeto de especial protección

4.1.3. Importancia de la entrevista de las menores víctimas de delitos sexuales en la etapa preliminar como prueba documental durante la etapa de juicio oral, frente a su posible revictimización.

La entrevista se encuentra reglamentada en el código de procedimiento penal, ley 906 de 2004; el Artículo 206 establece: “cuando la policía judicial en desarrollo de su actividad considere fundadamente que una persona fue víctima o testigo de un delito o que tiene alguna información útil para la indagación o investigación que se adelanta, realizará entrevista con ella, y si fuera el caso, le dará la protección necesaria”. Dicha entrevista debe ser realizada en los medios idóneos para registrar los resultados de la investigación, es decir medios audiovisuales.

El Parágrafo 1 del artículo anterior establece, “en atención a la protección de la dignidad de los niños niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, la entrevista forense será un elemento material probatorio al cual se accede siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte

los derechos de la víctima menor de edad, lo anterior en aplicación de los criterios de artículo 27 del código procedimiento penal”.

Cuando un menor es víctima de delitos sexuales e inicia el proceso penal principalmente se hace una entrevista la cual es en Cámara Gesell que es un lugar privado donde el niño no tiene contacto con el presunto agresor ni con ninguna otra persona, por lo tanto es responsabilidad de la fiscalía y del Bienestar Familiar usar los mecanismos adecuados para que el menor no vea a su agresor antes de iniciar la entrevista y de esta manera no puede afectar su estado emocional ni el relato que vaya a decir.

La Cámara Gesell es el lugar ideal para que el menor se sienta protegido y no sea perturbado por otras personas, por esa razón la entrevista se hace estando presente solo el menor y el defensor de familia el cual se encarga de que los derechos del niño, niña o adolescente sean respetados. Lo cual está reglamentado en el artículo 150 del Código de infancia adolescencia es decir la ley 1098 de 2006, donde se establece que para entrevistar a un niño niña o adolescente debe estar acompañado por el defensor de familia, esa entrevista se debe realizar por única vez con el fin de no re victimizar al menor ya que cuando el menor vuelve a contar los hechos o a relatar ese momento amargo que ha pasado después de un tiempo de recuperación puede recordar momentos que lo puede llevar a una etapa de negación donde no quiera seguir hablando del tema y resulte siendo contraproducente para el ente acusador.

El protocolo utilizado para recolectar el testimonio del menor víctima de delitos sexuales es aplicado por el Instituto colombiano del bienestar familiar mediante el formato SATAC que es un protocolo semiestructurada que tiene unas preguntas básicas para lograr obtener la información que se desea del menor de manera pausada sin presionarlo con las preguntas, la intención es ganarse poco a poco la confianza para que el menor de manera Autónoma vaya contando lo sucedido.

El Bienestar familiar trabaja en estos casos donde los menores son víctimas de delitos en compañía de un equipo de profesionales que está conformado por el psicólogo, trabajador social y nutricionista, los cuales realizan las valoraciones pertinentes al menor y entre esas valoraciones está la entrevista con la psicóloga especialista de la unidad de CAIVAS, que valora

el impacto psicológico que ha tenido el menor, como eso afecta su entorno social y que posibles consecuencias puede traer para el niño ese abuso que ha sufrido. De igual manera, es muy importante que el profesional que toma la entrevista sea una persona capacitada que tenga las palabras adecuadas para brindarle al menor un ambiente tranquilo y de protección ya que durante todo este proceso penal lo relevante es que el menor víctima de abuso sexual tenga una protección integral y se haga el restablecimiento de derechos necesario para el caso en concreto.

La entrevista que se toma en la etapa preliminar es la prueba fundamental que se debe tener en cuenta en delitos sexuales contra menores ya que es el primer momento donde el menor da su relato, expresa sus sentimientos y ahí inicia el proceso que se realiza tanto administrativo como penal. Esta entrevista debe ser usada durante la etapa del juicio oral para que pase de ser un elemento material probatorio a prueba como tal.

La ley 1652 del 12 de julio de 2013 reglamenta las disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños niñas y adolescentes Víctimas de delitos contra la libertad integridad y formación sexual, esta ley regula lo relacionado a la entrevista, haciendo referencia a que se debe hacer en Cámara Gesell, que es el espacio físico acondicionado para que el menor tenga la privacidad necesaria. Esta ley menciona algo muy importante, como lo es el parágrafo 2o el cual establece que en la etapa de indagación o investigación, el menor podrá ser entrevistado preferiblemente por una sola vez y de manera excepcional una segunda entrevista pero se debe tener en cuenta el interés superior del menor.

Es indispensable resaltar la sentencia T - 117 de 2013 de la Corte Constitucional, la cual destaca que la entrevista o el interrogatorio que se le realiza al menor víctima de delitos sexuales debe realizarse teniendo en cuenta principalmente sus derechos con el fin de evitar que se causen daños mayores a la víctima. La corte considera que el propósito de la entrevista es obtener una información detallada respecto de los hechos que van a ser objeto de investigación, la entrevista arroja datos importantes que demuestran las condiciones del menor víctima y se valúan allí sus miedos, los posibles trastornos que surgieron como consecuencia del abuso sexual.

Por esa razón, la Corte considera necesario que existan unas pautas constitucionales y legales que se puedan utilizar en determinados eventos donde es necesario valorar con plenos efectos las

entrevistas o versiones rendidas anteriormente, ya que hay que tener en cuenta el daño que puede causar el hecho de que el menor acuda a la audiencia a relatar lo sucedido provocando que recuerde el evento traumático.

La legislación penal reglamentado la prueba de referencia la cual es una declaración que se realiza fuera del juicio oral y es utilizada con el fin de probar algún elemento del delito que se está investigando, lo más importante de la prueba es que se realiza cuando ese testimonio coa peligro de que en un futuro no pueda estar presente en el juicio oral. Sería importante que esta prueba se tuviera en cuenta en este tipo de delitos sobre todo cuando hay víctimas menores de edad, con el fin de tener en cuenta el interés superior del menor y de no revictimizar ese niño que ya ha tenido que dar una primera entrevista en los actos de investigación

Si se analiza la entrevista desde el punto de vista probatorio en el proceso penal es demasiado significativa que se realice en el juicio oral, ya que se va a incluir como una prueba ante el juez para que a través de sus conocimientos pueda inferir la responsabilidad del acusado.

La Fiscalía considera que el objeto de que el menor dé su testimonio en el juicio oral, es determinar la autoría y la responsabilidad que tiene el acusado, ya que el menor víctima es el principal testigo de los delitos de connotación sexual y teniendo en cuenta que estos delitos son cometidos a puerta cerrada y solamente hay dos testigos la víctima y el agresor; en la Fiscalía CAIVAS de Cúcuta, en la mayoría de ocasiones prefieren llevar al menor al juicio oral para que de su testimonio por supuesto ante la cámara Gesell, con el objetivo de persuadir al juez, dándole a entender de una manera más clara las emociones del menor y los comportamientos que tenga cuando le están realizando las preguntas pero también hay que tener en cuenta las emociones del menor y el deseo de no querer recordar lo sucedido.

Durante las entrevistas realizadas a los funcionarios judiciales de la ciudad de Cúcuta se puede notar que son reiterativas las manifestaciones que realizan respecto al interés superior del menor y el deber que tienen de garantizar sus derechos y son conscientes que una segunda entrevista o que el menor de un segundo relato puede llegar a ocasionar una re victimización; por otro lado el Juez Penal del Circuito considera desde su punto de vista probatorio y neutral que debe ser garantista de los derechos no sólo el menor sino también del acusado.

Como recomendación el funcionario del Bienestar familiar sugiere de qué de conformidad con el código de infancia y adolescencia y teniendo en cuenta el interés superior del menor, se realice una única entrevista la cual se ejecuta en los actos investigativos y esa misma sea utilizada en la etapa de juicio oral, con el fin de evitar que el menor relate de nuevo los hechos en la audiencia de juicio oral.

A luz de la jurisprudencia, la sentencia de Casación con N° de providencia SP3332-2016 hace alusión a las declaraciones de menores de edad víctimas de delitos sexuales, ya que cuentan con una protección especial y son sujetos de derechos a nivel internacional, respecto a las entrevistas rendidas fuera del juicio oral, no cabe duda que constituyen prueba de referencia, porque encajan en la definición.

Al tenerse en cuenta como material probatorio la entrevista forense realizada a las víctimas de delitos sexuales menores de edad, se está garantizando su interés superior y la calidad de sujetos de mayor protección, sin desconocer las garantías que tiene el acusado, como la contradicción, el acceso a la administración de Justicia, entre otras; ya que con la entrevista inicial rendida por el niño, niña o adolescente víctima se puede realizar el debate probatorio a través del informe rendido y por supuesto se permite el interrogatorio a la persona idónea que la llevo a cabo.

La entrevista realizada en la etapa preliminar a menores víctimas de delitos sexuales, se puede llevar al juicio oral como prueba de referencia, siendo esta una excepción al principio de inmediación del juez, toda vez que la legislación penal Colombiana en el artículo 438, menciona cuando procede de manera excepcional y el ítem E, hace alusión que es admitida cuando un menor de 18 años es víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual tipificados en el título IV del código penal; por lo tanto es evidente que la ley lo permite y con el fin de no causar una re victimización en ese menor que ya paso por un momento traumático, con esta prueba de referencia no se vulnera ningún derecho del acusado ya que tendrá la oportunidad de que su abogado contrainterrogue a la persona que realizo la entrevista.

Ante todo, hay que tener en cuenta la función que tiene cada participante del proceso penal, con el fin de proteger los derechos de los menores de edad, en el caso de los jueces que son los encargados de administrar justicia y son los principales garantes de los derechos de los menores, ya que ellos son los que decretan las pruebas que se debatirán en el juicio oral y además salvaguardan los derechos de las partes involucradas.

El proceso penal, puede llegar a ser largo y complejo, y cuando las víctimas son menores de edad y sobre todo en casos donde viven experiencias tan aberrantes, hay que garantizar principalmente la integridad y los derechos del menor, evitando la práctica de varias entrevistas para obtener pruebas; teniendo en cuenta el artículo 44 de la constitución política Colombiana, el estado, la sociedad y la familia son los principales garantes de proteger a los niños, niñas y adolescentes y los encargados de propender por un ambiente lleno de amor y cuidados.

La corte constitucional en determinadas ocasiones, ha analizado el tema de la prueba de referencia que debe ser admitida en los procesos donde víctimas de delitos sexuales menores de edad, en este caso la Sentencia del CSJ del año 2015 con Rad: 44056, hace hincapié a:

“En esa oportunidad se dejó sentado que las reglas generales sobre prueba testimonial deben ser flexibilizadas en orden a proteger el interés superior del menor, lo que se traduce en la posibilidad de incorporar como prueba sus declaraciones anteriores”.

Teniendo en cuenta, el código de procedimiento penal, normalmente en la audiencia preparatoria se decretan los testimonios que serán escuchados en la audiencia del juicio oral y en la práctica de la ciudad de Cúcuta, la Fiscalía solicita que sea escuchada el niño, niña o adolescente víctima con el fin de que el juez pueda persuadir sus emociones y comportamientos; toda vez, que la regla general aplicada según lo establecido en la ley 906 de 2004, es que todos los testigos pertinentes se presenten en la audiencia del juicio oral para que la contraparte tenga la oportunidad de escuchar los testimonios y manifestar el contrainterrogatorio o las posibles dudas que pueda tener sobre la acreditación o veracidad del testigo.

Para toda regla hay una excepción, y con el objetivo de garantizar un proceso ameno para el menor víctima de delitos sexuales y la garantía de sus derechos fundamentales, la legislación ha establecido que se puede utilizar esa entrevista inicial que rindió cuando se inició la investigación en el juicio oral, teniéndose como prueba de referencia y por supuesto asegurando que el menor no sea re victimizado.

En concordancia con la legislación Colombiana y distintos tratados y normas internacionales que existen respecto a la protección superior de los menores, se ha logrado la creación de medidas necesarias para llevar a cabo un amparo a niños, niñas y adolescentes, evitando una re

victimización. La Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal SP2709-2018 del año 2018, como M.P Patricia Salazar Cuellar , ha hecho referencia a que:

“(…) ha sido un querer común internacional proteger a los menores de edad víctimas de delitos sexuales, atendiendo básicamente dos aspectos. En primer lugar, la corta edad de la víctima quien está en formación física y psicológica y, en segundo, la ignominiosa naturaleza de esos comportamientos sujetos a reproche penal, la cual afecta negativamente el desarrollo personal, moral y psíquico del agredido.”

Lo que resulta más relevante de que esa entrevista inicial sea llevada al juicio oral como prueba de referencia, es el hecho de que el menor víctima de delitos sexuales no tenga que ser llevado al juicio oral a dar su testimonio, ya que iniciando el proceso penal conto todo lo relacionado con los hechos que son objeto de investigación.

Cuando los niños son llevados al juicio oral, después de haber pasado un tiempo donde han logrado una recuperación, el trámite procesal puede llegar a ser re victimizante para el menor y su familia, ya que con el solo hecho de recordar lo sucedido se está presentando una vulneración de sus derechos y puede suceder que el menor no quiera hablar y se presente un poco aterrado.

Es indiscutible que para el ordenamiento jurídico Colombiano y también el internacional, hay una necesidad de eludir el hecho de que el menor se presente a la audiencia de juicio oral y rinda su testimonio ante Cámara Gesell, ya que cuando los niños, niñas y adolescentes han sido víctimas de delitos tan aberrantes como los abusos sexuales dan una entrevista inicial con la persona competente y después inician el proceso administrativo de restablecimiento de derechos; por lo tanto, teniendo en cuenta jurisprudencias y doctrinantes no es recomendable que sean interrogados varias veces sobre los mismos hechos, toda vez que pueden ser re victimizados.

Ha surgido el interrogante para las Salas de la Corte Suprema de Justicia, si las declaraciones rendidas por el menor antes del juicio oral pueden ser admitidas como prueba para ser debatida en la audiencia de juicio oral, la Sala se pronuncia de la siguiente manera:

“(…) La Sala considera que sí, por las siguientes razones: En primer término, por la vigencia del principio pro infans, de especial aplicación en atención a la corta edad de la víctima y la naturaleza de los delitos investigados, Aunque el principal efecto de la aplicación de este principio es que el niño no sea presentado en el juicio oral, el mismo

adquiere especial relevancia cuando el menor es llevado como testigo a este escenario, porque una decisión en tal sentido incrementa el riesgo de que sea nuevamente victimizado y, en consecuencia, obliga a los funcionarios judiciales a tomar los correctivos que sean necesarios para evitarlo”.

“(…) La Sala concluye que las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral por un niño víctima de abuso sexual, son admisibles como prueba, así el menor sea presentado como testigo en este escenario”.

El hecho de llevar al niño, niña o adolescente a la audiencia de juicio oral y que éste se demuestre un poco renuente a relatar los hechos, no solo puede llevar a una re victimización; de igual manera se puede resultar alterado el proceso penal ya que el menor no está en la capacidad de relatar los hechos de la misma manera como lo hizo en otro momento, toda vez que puede no recordar de la misma manera ya que ha logrado superar el episodio y por lo tanto su mente o su psiquis logra eliminar de sus pensamientos la situación.

En consecuencia, después de analizar las posibles consecuencias tanto para el menor, como para su familia o el mismo proceso penal se puede deducir que no es necesario que el menor vaya al juicio oral a relatar los hechos, ya que con la entrevista realizada en la etapa de investigación es admisible según los requisitos de la prueba de referencia, así que puede ser debatida en el juicio oral.

4.2. Discusión

Manejo institucional que se le da a los testimonios de los menores de 14 años, en el marco de procesos por delitos sexuales

En el proceso penal cuando un menor es víctima de un delito sexual, en la etapa preliminar se recolectan los elementos materiales probatorios necesarios para determinar la tipicidad de la conducta, uno de ellos es la entrevista que se les practica a los menores con respecto a ese hecho que fue inicialmente denunciado. La entrevista como elemento material probatorio se lleva a cabo por expertos es su mayoría psicólogos de la entidad estatal que están a cargo de la investigación y restablecimiento de derechos de ese menor que fue presuntamente víctima de un delito sexual.

Por ello con respecto a la entrevista forense rendida por menor víctima de delitos sexuales, la Corte Constitucional en sentencia T-117 de 2013, señaló que es:

“(…) Declaración libre y espontánea del menor sobre los hechos materia de investigación. La Entrevista forense a la víctima en el proceso penal es un elemento central al inicio de la actividad investigativa, ya que de la información obtenida de esta fuente primaria, la autoridad judicial se podrá formar una visión de los hechos, las personas que participaron, las posibles motivaciones y un sin número de antecedentes que le servirán para comenzar a desarrollar hipótesis de trabajo, y con ellas dar las instrucciones preliminares a los organismos auxiliares para que se efectúen las primeras diligencias investigativas. El objetivo de llevar a cabo una entrevista es obtener información veraz, en tiempo, modo y lugar de los hechos motivos de investigación esto debe llevarse a cabo dentro de un ámbito de respeto y dignidad, en el que se tenga en cuenta por el entrevistador el nivel de desarrollo cognoscitivo, lingüístico, de razonamiento de conocimiento y emociones del niño entendiendo la prioridad que tienen los derechos de los niños”.

Para entrar a analizar el manejo institucional que se le da al testimonio que rinde el menor cabe mencionar que este último es de vital importancia para esclarecer los hechos en la etapa preliminar del proceso penal, ya que constituye una prueba esencial y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizada en conjunto con las demás pruebas que se hayan obtenido legalmente y que obren en el expediente.

La entidad estatal encargada de adelantar la investigación y por lo tanto de la entrevista de los menores víctimas de delitos sexuales es la Fiscalía General de la Nación, en su centro de atención integral a víctimas de violencia sexual- CAIVAS, el cual inicialmente en la etapa preliminar mediante órdenes a policía judicial, es el psicólogo forense especializado quien realiza esa primera entrevista al menor víctima de delitos sexuales, mediante el protocolo SATAC, el cual es utilizado no solo por la Fiscalía General de la Nación, sino también por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Policía Nacional, el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses y en lo general por los jueces de la República, en materia del reconocimiento del valor probatorio en la acción penal. Este protocolo es semiestructurado y consta de una serie de preguntas para abordar la situación de abuso a la cual fue sometido el menor, este se desarrolla en cinco

momentos, el primero, llamado simpatía, donde se busca entrar en una fase de confianza y comodidad con el menor para que este se pueda expresar con total libertad y espontaneidad su testimonio, el segundo, identificaciones anatómicas, este tiene como tal dos propósitos inicialmente determinar el nivel de entendimiento del menor para distinguir los sexos y por otro lado entablar un lenguaje común en lo referente a las partes del cuerpo, el tercero, la fase de indagación de los tocamientos, el cuarto el escenario de abuso y como quinto el cierre, el cual consta de educar el menor en lo referente a su seguridad personal.

La entrevista tomada al menor víctima de delitos sexuales tiene su fundamento en la ley 1652 de 2013, en la cual se dictaron disposiciones para la toma del testimonio y entrevista de los menores en el proceso penal. Esta ley es muy enfática en establecer que:

“La entrevista forense de niños, niñas o adolescentes víctimas de violencia sexual será realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia sin perjuicio de su presencia en la diligencia.

En caso de no contar con los profesionales aquí referenciados, a la autoridad competente le corresponde adelantar las gestiones pertinentes para asegurar la intervención de un entrevistador especializado”

Aunando en lo anterior es importante que los psicólogos que recepcionan la entrevista al menor víctima de delitos sexuales cuenten con una capacitación en el tema, ya que esta es determinante no solo para el curso del proceso sino para evitar una vulneración a las garantías y derechos que tienen los menores, es por esto, que aquí entra a jugar un papel de vital importancia el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar quien es otro ente estatal que brinda asistencia psicosocial a los menores víctimas de delitos sexuales en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos.

El defensor de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es clave para la toma de la entrevista y testimonio de los menores dentro del proceso penal puesto que dentro del marco de la ley 1652 de 2013, le corresponde revisar el cuestionario antes de la entrevista, para que no se vulneren o se pongan en peligro los derechos del niño, niña o adolescente víctima de delitos sexuales que va a ser entrevistado, conjuntamente, este podrá estar presente en la entrevista como

garante de los derechos a la intimidad, dignidad y demás derechos fundamentales del niño, niña o adolescente.

Teniendo en cuenta la ley mencionada anteriormente, preferiblemente se hace la entrevista una sola vez y de manera excepcional se puede realizar una segunda entrevista, pero en la práctica se puede observar algo distinto; si bien es cierto la unidad CAIVAS de la fiscalía es la encargada de ser el ente acusador en casos de abusos sexuales, pero en la etapa de juicio oral, la fiscalía considera importante llevar al menor para que relate nuevamente los hechos, ya habiendo una entrevista con anterioridad y es el juez quien a través del principio de intermediación quien interpreta las actitudes el niño, niña o adolescente; otro objetivo, de que el menor vuelva a contar lo sucedido en el juicio oral es preservar los derechos del acusado, por qué su abogado tendrá la oportunidad de contrainterrogar al menor.

Sin embargo, la vulneración que puede sufrir el menor durante el proceso penal es evidente ya que el proceso penal se puede tornar tedioso y largo, en algunas oportunidades el juicio oral puede demorarse varios años después de la primera entrevista y durante todo este tiempo que ha pasado el menor de edad ha tenido un tiempo de rehabilitación que es el llamado restablecimiento de derechos por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para intentar olvidar ese hecho por el que tuvo que pasar.

El testimonio del menor en el juicio oral como medio probatorio debe ser tomado únicamente por el defensor de familia y solo formulara las preguntas que no sean contrarias al interés superior del menor que rinde la entrevista o testimonio, esto bajo lo estipulado en el artículo 150 de la ley 1098 de 2006, la cual consagra el Código de Infancia y Adolescencia y además se debe contar con los medios idóneos para la recepción del mismo, como la cámara Gesell, en aras de salvaguardar los derechos del menor ya que teniendo en cuenta el artículo 194 del mismo código establece:

“en las audiencias en las que se investiguen y juzguen delitos cuyas víctimas sea una persona menor de dieciocho (18) años, no se podrá exponer a la víctima frente a su agresor, se deberá utilizar medios tecnológicos y el niño, niña o adolescente debe estar acompañado de un profesional especializado que adecúe el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad, y solo si el Juez considera conveniente podrán estar los demás sujetos procesales”.

Es claro que la actuación del Defensor de Familia tiene como fundamento esencial la protección integral de los derechos de los menores de edad, pero que así mismo en el ámbito de los procesos judiciales, cualquiera que sea su naturaleza, la posibilidad y oportunidad de intervención que consagra la ley, este debe actuar siempre acorde con la dirección del proceso que ejerce el juez o la fiscalía y no a solicitud de la defensa.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal, es preciso indicar que sólo el Fiscal o el Juez son las autoridades competentes y son quienes podrán solicitar y ordenar la entrevista o declaración de los menores de edad dentro de los juicios penales, motivo por el cual un investigador privado no puede realizar entrevistas a los menores de edad ya que como se mencionó anteriormente se debe salvaguardar los derechos de los menores en este caso víctimas de delitos sexuales y si bien es cierto no existe fundamento legal que establezca que el ministerio publico o la defensa puedan exigir la intervención del defensor de familia del Instituto Colombiano de Bienestar familiar por fuera de lo dispuesto en la ley y el juez competente.

Si en algún momento el Defensor Público o el apoderado judicial, pueda requerir declaraciones adicionales en las que deban intervenir menores de edad, para obtener la práctica de dicha prueba, se deberá contar con la autorización del Juez de Control de Garantías, el Juez conocimiento o el Fiscal encargado del caso, esto teniendo en cuenta el principio de libertad de armas en el proceso penal, el cual la Corte Constitucional en sentencia C-118 de 2008, señaló que el principio de libertad de armas:

"Constituye una de las premisas fundamentales del proceso penal acusatorio, y está dirigido a garantizar que el acusador y el acusado tengan a su alcance posibilidades reales y ciertas para ejercer sus derechos y las herramientas necesarias para situarse en un equilibrio de poderes y hacer respetar sus intereses. Este principio supone la existencia de dos partes en disputa y se estructura como un mecanismo de paridad en la lucha, de igualdad de trato entre los sujetos procesales o de justicia en el proceso por lo que resulta evidente que la igualdad de armas entre la defensa y la Fiscalía se concreta y se hace efectiva principalmente en la etapa del juzgamiento".

Para concluir el manejo que se le da al testimonio de los menores victimas de delitos sexuales por parte de las instituciones que investigan y orientan el proceso, como regla general deben tener en

cuenta el principio del interés superior del niño con el fin de que la participación del menor en el proceso penal no sea simplemente de manera simbólica, sino de manera real y efectiva respetando todos sus derechos y garantizando justicia.

REFLEXIONES FINALES

La presente investigación en su inicio se propuso como objetivo principal analizar el manejo institucional de la re victimización a menores víctimas de delitos sexuales, en la etapa de juicio oral, en Cúcuta, siendo los delitos sexuales uno de los fenómenos sociales que suceden con mayor frecuencia, de los cuales en su acontecer diario son víctimas los niños niñas y adolescentes de nuestra ciudad, para lo cual era imprescindible realizar un análisis dogmático, gramatical del contenido normativo de los delitos sexuales en contra de menores contemplados en la ley Colombiana en protección del bien jurídicamente tutelado que es la integridad sexual, que nos permitiera tener una noción más amplia de los alcances jurídicos en relación al problema planteado; en mencionado estudio legal, normativo, jurisprudencial así como de los criterios auxiliares se logró instruirse que en el imprevisto que suceda una transgresión que vulnere o violente los derechos sexuales o reproductivos de los menores de 14 años, la legislación penal establece tipos penales y altas penas. En consecución al desarrollar el análisis normativo del ordenamiento jurídico Colombiano en concordancia con la protección de los niños niñas y adolescentes se evidencio que responden coherentemente y en armonía obedeciendo a un fin constitucional por cuanto el artículo 44 constitucional señala a los menores como sujetos de especial protección los cuales gozan de unos derechos fundamentales que prevalecen sobre los derechos de los demás.

Para comprender el problema planteado resultó pertinente explicar el procedimiento que se sigue en delitos sexuales contra menores, durante los juicios orales, en la jurisdicción de Cúcuta, regulado por la legislación Colombiana, desarrollado constantemente por la jurisprudencia de las altas cortes, amparado por la constitución política de 1991 en concordancia con los tratados internacionales ratificados por nuestro país en virtud de la protección del interés superior de los NNA, se percibió diferentes aspectos relevantes tales como que nuestro sistema penal acusatorio desarrolla el procedimiento teniendo como base fundamental los principios rectores, Es conveniente disipar que los principios rectores del procedimiento penal, *“son desarrollo de la parte dogmática de nuestra constitución política, la cual consagra los derechos y garantías mínimas para todo tipo de proceso o procedimiento jurídico más cuando se trata del enjuiciamiento criminal de los ciudadanos, donde se deben materializar garantías como la*

presunción de inocencia, libertad personal, juez natural, defensa por nombrar algunos, tienen la doble connotación que además de ser principios derechos y garantías constitucionales tienen un desarrollo legal” (Jaén, 2006, p. 44), así las cosas se observó que estos principios se materializan en el proceso penal teniendo como fin único la correcta administración de justicia como valor superior del ordenamiento jurídico, que a través de los operadores de justicia se vela por garantizar el cumplimiento de un debido proceso que proteja el interés superior y los derechos los NNA víctimas delitos contra su libertad, integridad y formación sexuales dentro del proceso penal.

Quedo en evidencia que en cúmulo de oportunidades las víctimas no desean comparecer, para evitar recordar los hechos razón por la cual los familiares optan por no subyugar al NNA a un traumatismo. En razón de lo anterior con una mayor frecuencia el testimonio que el menor ha rendido en entrevista en cámara gessell entra de manera directa al proceso a través de la prueba de referencia, la ley establece que se haga uso del testimonio del menor como prueba de referencia sin requisito de fundamento las razones de la no comparecencia del menor, *“La jurisprudencia ha expresado que la denominada prueba de referencia tiene un carácter excepcional, en tanto el sistema acusatorio procura que la totalidad de las pruebas sean directas y colectadas en el juicio oral, para materializar principios como la inmediación y la concentración de la prueba, ampliamente analizados en esta providencia. En efecto, la Corte Constitucional ha explicado que la prueba de referencia “representa una delicada excepción a la regla general” de la inmediación de la prueba, al tiempo que “dificulta intensamente la contradicción y altera de este modo las exigencias del principio de concentración, para que en un tiempo continuo, en el espacio de la audiencia oral, se lleven los hechos al proceso a través de pruebas que los determinen de modo directo”*

RECOMENDACIONES

1. Al realizar el análisis de la legislación colombiana que regula la protección constitucional a los niños, niñas, adolescentes víctimas de delitos contra su libertad, integridad y formación sexuales, el contenido normativo de los tipos penales, su clasificación, su descripción gramatical, la tipicidad, la punibilidad, su procedimiento, así como todo esto se materializa en cada etapa del proceso, si bien es cierto el ordenamiento jurídico tiene un fin único y armónicamente este se desarrolla a través de las diferentes reformas legislativas y de los distintos pronunciamientos de la Corte, se considera que resulta pertinente que los administradores de justicia en el país que son a quienes le corresponde dar cumplimiento a los fines constitucionales haciendo uso de la función interpretativa los principios rectores que rigen todo el procedimiento, corresponde a estos ejercer su función como operadores judiciales velar por el estricto cumplimiento de cada garantía el cual gozan los NNA, los cometidos constitucionales son coherentes con los tratados internacionales y todo el marco normativo, con ciertos vacíos jurídicos, tarea de la cual la Corte ha ido desarrollando a través de sus diferentes fallos, ahora es menester que los operadores de justicia en cada etapa de procedimiento penal den aplicabilidad efectiva al sistema normativo el cual consideramos debe atender a la realidad social, en ese sentido es fundamental que quienes administran justicia logren interpretar coherentemente el espíritu y la finalidad con la cual fue creada la norma en concordancia con el contexto social concreto; siendo quienes están ateniendo esta Problemática social los cuales observan directamente los diferentes vacíos, incoherencias o conflictos que se presente al momento de realizar una interpretación entre reglas y principios del derecho, son los más idóneos para presentar las respectivas reformas que requiera la normatividad para que en el momento de aplicar el derecho se logre una correcta administración de justicia.
2. Teniendo en cuenta que el sistema penal acusatorio desarrolla el procedimiento penal en base en los principios rectores, lo cual garantiza al NNA se respete sus derechos y garantías y de la prevalencia de estos de la cual goza por ser sujeto de especial protección por parte del estado, si bien es cierto en cada etapa del proceso penal se vela por el

estricto cumplimiento de cada cometido constitucional, legal y jurisprudencial; sistema jurídico que resulta ser forzoso y de estricto cumplimiento para castigar esta conducta reprochable se estima que surge así la necesidad que el estado cree una política pública criminal en la cual se trabaje más en la prevención del delito evitando así más menores víctimas de este tipo de aberraciones, educando a la sociedad sobre la importancia de la niñez comprendiendo esa etapa en la que el ser humano se desarrolla su formación psicológica, fisiológica y social, por ende resulta trascendental brindar a los NNA un trato diferencial en el cual se procure vivan su etapa sin ningún percance.

3. Al realizar la valoración de los medios de prueba que van a ser practicadas en el juicio oral en la cual se debe analizar la pertinencia, admisibilidad, la conducencia de las mismas resulta para la fiscalía órgano facultado, complejo la no comparecencia de la víctima a rendir su testimonio, para lo cual es menester ingresarla al proceso de manera directa a través de la prueba de referencia siendo esto un obstáculo para el proceso pues el juez no puede resolver de fondo soportando en prueba de referencia la cual en virtud de su tarifa legal negativa, puede ingresar pero se debe analizar con el resto del acervo probatorio, apreciando lo anterior es conveniente que la fiscalía realice lo ineludible para efectuar la validez de lo que se quiere demostrar utilizando los medios de pruebas existentes, sin causar una revictimización al NNA.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abril Restrepo, V., Alcantara Diaz, L. E., Castañeda Martínez, M. L. y Martínez Marín, L. (2016). Abuso sexual infantil: protocolo integral en Colombia. Tesis de grado de la Universidad Pontificia Javeriana. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/21373/AbrilRestrepoValentina2016.pdf?sequence=1>
- Acosta C. y Galofre R. (2017). Sexualidad Infantil. <https://es.calameo.com/read/005245852e289a56484ec>
- Baita, S. y Moreno, P. (2015). Abuso sexual infantil. Cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia. Fondo de las Naciones Unidas para la infancia, Unicef Uruguay, Fiscalía General de Nación y Centro de estudios Judiciales del Uruguay, CEJU. Uruguay.
- Bohórquez, L. y Bohórquez, J. (2006). Diccionario jurídico colombiano. Editora Jurídica Nacional. Colombia.
- Borbón Hoyos, M. L., Hoyos Sanches, E. y Mejia Betancur, E. M. (2010). Riesgos de victimización secundaria a niños y niñas víctimas de abuso sexual sometidos a interrogatorio en el sistema penal oral acusatorio. Tesis de posgrado de la Universidad de San Buenaventura, Medellín.
- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente (1991, 20 de julio). Por medio del cual se dicta la Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional, No. 116.
- Colombia, Congreso de Colombia. (14 de julio de 2000). Artículos 208, 209, 210. Por la cual se expide el Código Penal Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- Colombia, Congreso de la República (2000, julio 24). Ley 599. Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44097.
- Colombia, Constitución Política de Colombia (4 de Julio de 1991). Artículo 1, 13, 44. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
- Colombia, Corte Constitucional (2003). Relatoría, Sentencia T-117 de 2003. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-117-03.htm>
- Comité de los derechos del niño. (2011). Observación general N° 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.
- Congreso de Colombia. (03 de enero de 2001). Artículos 12. Por medio de la cual se expide un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución, recuperado de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0679_2001.htm

Convención sobre los derechos del niño (1995) Artículo. 1,2 y 34. UNESCO. Recuperado de http://www.unesco.org/education/pdf/34_72_s.pdf

Convención sobre los Derechos del Niños relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornográfica- Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000
Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2009). Sentencia del 16 de noviembre de 2009 en el Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), proclamada por la Asamblea General en la resolución 217A (III). Artículo 10. Recuperado de https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Fernández Batres, E. T. (2014). La victimización en la declaración de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales en la fase de investigación de los procesos penal. Tesis de grado de la Universidad Rafael Landívar, Guatemala. <http://biblio3.url.edu.gt/Tesario/2014/07/01/Fernandez-Tanya.pdf>

Fernández Ubiña, J. (2006). El imperio romano como sistema de dominación. Revista ideas Políticas de la antigüedad Clásica, Numero 18, p. 94.

Galvis Ortiz, L. (2006). Las niñas, los niños y los adolescentes. Titulares activos de derechos. Ediciones Aurora. Bogotá, Colombia.

Gonzales Barbadillo, M. A. (2011). El uso de la nueva tecnología en el acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia, abuso y explotación sexual infantil. Tesis de doctorado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú.

http://bibliotecadigital.usb.edu.co/bitstream/10819/2587/3/Riesgos_Victimas_Abuso_Borbon_2010.pdf

http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/609/Gonzales_bm%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y

http://paicabi.cl/web/wp-content/files_mf/1361218999abuso_sexual_ninos.pdf

http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/973/1/MALCA_ELIANA_PROTECCI%C3%93N_V%C3%8DCTIMAS_ABUSO%20SEXUAL.pdf

<http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/7733/3/PovedaCantorBrigitte2015.pdf>

http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_sp.pdf

<https://www.ehu.eus/documents/1736829/5274977/07+Saez>

https://www.unicef.org/uruguay/spanish/Abuso_sexual_infantil_digital.pdf

Malca Serrano, E. d. S. (2015). Protección a víctimas de abuso sexual. Tesis de maestría de la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo.

- Miranda Herrera, M. (2012). Victimización secundaria en adolescentes víctimas de delitos sexuales en su paso por el sistema procesal penal en Chile: una aproximación narrativa. Tesis de maestría de la Universidad de Chile. http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2012/cs-miranda_m/html/index-frames.html
- Mojica Araque, C. (2014). El testimonio único como soporte de sentencia condenatoria en nuestro sistema penal acusatorio ley 906 de 2004.
- Ortiz Flores, D.A. y Aguirre Castañeda, N. G. (2013). Dictámenes periciales en delitos sexuales dentro de la legislación colombiana. Tesis de maestría de la Universidad Libre - seccional Bogotá. <http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7535/OrtizFlorezDiegoAndres2013.pdf?sequence=1>
- Pérez Serrano, Gloria. (2004). Investigación cualitativa. Retos e interrogantes. I métodos. La muralla. Madrid, España
- Ponce Mejicanos, G.V. (2013). Mecanismos para evitar la revictimización de niñas, niños y adolescentes en el proceso penal Guatemalteco. Tesis de maestría de la Universidad Rafael Landívar de Guatemala. <http://recursosbiblio.url.edu.gt/tesisjcem/2013/07/06/Ponce-Gladys.pdf>
- Poveda Cantor, B. y Rodríguez Hernández, C.M. (2015). Declaración del menor de edad víctima de delitos sexuales dentro del juicio oral en el sistema penal acusatorio. Tesis de maestría de la Universidad Militar Nueva Granada.
- Rodríguez, L. A. (2003). “Intervención Interdisciplinaria en casos de abuso sexual infantil”. Revista Univ Psicol, (58). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Zambrano, M. (2017) “Delitos sexuales en Norte de Santander y Cúcuta, algunos datos”. Periódico La Opinión. Cúcuta, Norte de Santander.
- Zevallos Quispe, C. El abuso sexual en los niños.

ANEXOS

Anexo 1. Ruta Metodológica

OBJETIVO GENERAL	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	CATEGORÍA	DIMENSIÓN	FUENTE	TÉCNICA	INSTRUMENTO	ITEMS
Analizar el manejo institucional de la revictimización a menores víctimas de delitos sexuales, en la etapa de juicio oral, en Cúcuta	Analizar dogmáticamente los delitos sexuales donde son víctimas los menores	Procedimiento institucional	Legal	Ordenamiento jurídico	ANÁLISIS DOCUMENTAL	MATRIZ DE ANÁLISIS	Cuáles son los tipos penales considerados en la legislación colombiana, frente a delitos sexuales Que fuentes han aportado a su legislación Que elemento de antijuricidad se pueden considerar Que elemento de culpabilidad se pueden considerar
	Explicar el procedimiento que se sigue en delitos sexuales contra menores, durante los juicios orales, en la jurisdicción de Cúcuta.	Procedimiento en delitos sexuales	Jurisprudencial Legal Doctrinal	Fiscalía-Caivas Juzgado penal de Circuito de Cúcuta Instituto Colombiano de Bienestar Familiar	Entrevista	Guion de entrevista	• FISCAL 1. ¿Se debe de atender al principio de interés superior del menor en la actividad probatoria desarrollada por la Fiscalía General de la Nación en las investigaciones de conductas cometidas contra menores de edad víctimas de delitos sexuales? 2. En el evento que la víctima definitivamente no quiera rendir su testimonio en juicio ¿Qué medidas toma usted como Fiscal delegado por la FGN? 3. ¿Considera que la recolección reiterada del testimonio del menor víctima de delitos sexuales genera una revictimización? 4. ¿Cuál es el objeto del Testimonio del menor víctima en el juicio? ¿Existen otros medios de prueba que permitan prescindir del testimonio de

						la víctima en el juicio para sustentar la teoría del caso por parte de la Fiscalía? 5. ¿Considera que existe re victimización en algunas de las etapas del proceso penal con los menores víctimas de delitos sexuales? 6. ¿Que se considera como re victimización? • JUEZ PENAL DEL CIRCUITO 1. ¿Considera que es necesario que el menor víctima de delitos sexuales deba rendir su testimonio nuevamente en la etapa de juicio oral? 2. ¿Considera viable que el testimonio inicial rendido por el menor víctima de delitos sexuales deba tenerse como única prueba de referencia? 3. ¿Qué impacto genera la intervención directa de los menores víctimas de delitos sexuales en la etapa de juicio oral? 4. ¿Cómo juez al momento de dictar sentencia que nivel probatorio le da al testimonio del menor víctima de delitos sexuales recolectado por la psicóloga forense? 5. ¿Que se considera como re victimización?
--	--	--	--	--	--	--

	Revisar la importancia de la entrevista de las menores víctimas de delitos sexuales en la etapa preliminar como prueba documental durante la etapa de juicio oral, frente a su posible revictimización.	Entrevista en menores	Jurisprudencial Legal Doctrina 1	Fiscalía-Caivas Juzgado penal de Circuito de Cúcuta Instituto Colombiano de Bienestar Familiar	Entrevista	Guion de entrevista	1. Por mandato legal del art 206 A de la ley 906 del 2004 PARÁGRAFO 2°, Los NNA víctimas de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual serán entrevistados preferiblemente por una sola vez, teniendo en cuenta su concepto científico en su área disciplinar ¿En qué circunstancias considera usted podrá realizarse una segunda entrevista a la Víctima NNA de abuso sexual? 2. ¿Existe el riesgo de ocasionar un alto impacto emocional o de comprometer la seguridad del menor víctima de delitos sexuales, la de su familia o de su comunidad mediante la solicitud de su testimonio como medio de prueba en juicio? 3. ¿Cómo es el protocolo que se utiliza al momento de recolectar el testimonio del menor víctima de delitos sexuales? 4. ¿Que se considera como re victimización? 5. ¿Cuál es el fundamento legal para la recolección del testimonio de un menor víctima de delitos sexuales en Juicio oral y que protocolo se utiliza para el mismo?
--	---	-----------------------	----------------------------------	--	------------	---------------------	---

Anexo 2. Formato de Instrumentos aplicados

MANEJO DE LA REVICTIMIZACIÓN A LOS MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES, EN LA ETAPA DE JUICIO ORAL, EN CUCUTA

Responsables: Geysa Deleny Pineda Mendoza, Andrea Katherine Prada Moncada, Denises Naiduth Largo Delgado y Luis Armando Rios Rozo

ENTREVISTA A FISCAL

Objetivo: Analizar el manejo institucional de la re victimización a menores víctimas de delitos sexuales, en la etapa de juicio oral, en Cúcuta

Guion de entrevista

Procedimiento en delitos sexuales

1. ¿Se debe de atender al principio de interés superior del menor en la actividad probatoria desarrollada por la Fiscalía General de la Nación en las investigaciones de conductas cometidas contra menores de edad víctimas de delitos sexuales?
2. En el evento que la víctima definitivamente no quiera rendir su testimonio en juicio ¿Qué medidas toma usted como Fiscal delegado por la FGN?
3. ¿Considera que la recolección reiterada del testimonio del menor víctima de delitos sexuales genera una re victimización?
4. ¿Cuál es el objeto del Testimonio del menor víctima en el juicio? ¿Existen otros medios de prueba que permitan prescindir del testimonio de la víctima en el juicio para sustentar la teoría del caso por parte de la Fiscalía?
5. ¿Considera que existe re victimización en algunas de las etapas del proceso penal con los menores víctimas de delitos sexuales?
6. ¿Que se considera como re victimización?

MANEJO DE LA REVICTIMIZACIÓN A LOS MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES, EN LA ETAPA DE JUICIO ORAL, EN CUCUTA

Responsables: Geysa Deleny Pineda Mendoza, Andrea Katherine Prada Moncada, Denises Naiduth Largo Delgado y Luis Armando Rios Roza

ENTREVISTA AL DEFENSOR DE FAMILIA

Objetivo: Analizar el manejo institucional de la re victimización a menores víctimas de delitos sexuales, en la etapa de juicio oral, en Cúcuta

Guion de Entrevista

1. Por mandato legal del art 206 A de la ley 906 del 2004 PARÁGRAFO 2°, Los NNA víctimas de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual serán entrevistados preferiblemente por una sola vez, teniendo en cuenta su concepto científico en su área disciplinar ¿En qué circunstancias considera usted podrá realizarse una segunda entrevista a la Víctima NNA de abuso sexual?
2. ¿Existe el riesgo de ocasionar un alto impacto emocional o de comprometer la seguridad del menor víctima de delitos sexuales, la de su familia o de su comunidad mediante la solicitud de su testimonio como medio de prueba en juicio?
3. ¿Cómo es el protocolo que se utiliza al momento de recolectar el testimonio del menor víctima de delitos sexuales?
4. ¿Que se considera como re victimización?
5. ¿Cuál es el fundamento legal para la recolección del testimonio de un menor víctima de delitos sexuales en Juicio oral y que protocolo se utiliza para el mismo?

MANEJO DE LA REVICTIMIZACIÓN A LOS MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES, EN LA ETAPA DE JUICIO ORAL, EN CÚCUTA

Responsables: Geysa Deleny Pineda Mendoza, Andrea Katherine Prada Moncada, Denises Naiduth Largo Delgado y Luis Armando Rios Roza

ENTREVISTA AL JUEZ PENAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA

Objetivo: Analizar el manejo institucional de la re victimización a menores víctimas de delitos sexuales, en la etapa de juicio oral, en Cúcuta

Guion de Entrevista

1. ¿Considera que es necesario que el menor víctima de delitos sexuales deba rendir su testimonio nuevamente en la etapa de juicio oral?
2. ¿Considera viable que el testimonio inicial rendido por el menor víctima de delitos sexuales deba tenerse como única prueba de referencia?
3. ¿Qué impacto genera la intervención directa de los menores víctimas de delitos sexuales en la etapa de juicio oral?
4. ¿Cómo juzga al momento de dictar sentencia que nivel probatorio le da al testimonio del menor víctima de delitos sexuales recolectado por la psicóloga forense?
5. ¿Que se considera como re victimización?

Anexo 3. Acta de Validación