



Prevalencia del interés superior del menor víctima de violencia sexual en las decisiones judiciales
del proceso penal colombiano, conforme a los tratados y convenios internacionales

Lida Vellaizac Riascos

Universidad Cooperativa de Colombia

Facultad de Derecho

Popayán

2019



Prevalencia del Interés Superior Del Menor Víctima de Violencia Sexual En Las Decisiones
Judiciales Del Proceso Penal Colombiano, Conforme A Los Tratados Y Convenios
internacionales

Lida Vellaizac Riascos

Tutores

Dr. Diego Fernando Ordoñez Trullo

Dr. William Ulrich Astaiza



Universidad Cooperativa de Colombia

Facultad de Derecho

Popayán

2019

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	1
Capítulo I. Los tratados y convenios internacionales en materia de protección a niños niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual.	4
1.1 Principios que regulan los tratados internacionales	4
1.1.1 Buena Fe	4
1.1.2 Pacta Sunt Servanda (los Pactos deben ser de obligatorio cumplimiento).....	4
1.1.3 Ex consensu advenit vinculum (del consentimiento deviene la obligación).....	5
1.1.4 Ius Cogens.....	5
1.2 Principios generales internacionales en materia de infancia.....	5
1.2.1 Definición del término niño, niña y adolescente.....	6
1.2.1.1 Reglas de Beijing	6
1.2.1.2 Convención sobre los derechos del niño	6
1.2.2 Principio 1: Interés Superior del Niño, Niña o Adolescente	7
1.2.3 Principio 2: De la Protección Prevalente	7
1.2.4 Principio 3: Igualdad y no Discriminación	8
1.2.5 Principio 4: Dignidad	10
1.2.6 Principio 5: Participación.....	10
1.3 Directrices internacionales sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos.....	11
1.3.1 Definiciones	14
1.4. Reconocimiento y protección jurídica internacional de los delitos contra la libertad y formación sexual en niños, niñas y adolescentes.....	15
1.4.1. Tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia en materia de abuso sexual en niños, niñas y adolescentes.	16
Capítulo II. El interés superior del niño, niña y adolescente víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en el proceso penal colombiano.....	20

2.1	Reconocimiento jurídico colombiano de la violencia sexual en niños, niñas y adolescentes.	20
2.2	Comprensión de violencia sexual en Colombia- Perspectiva desde la Investigación Penal	28
2.3	Reconocimiento jurídico de los delitos contra la libertad, integridad y formaciones sexuales en Colombia	30
2.3.1	Ley 599 de 2000.....	31
2.4	El desarrollo del proceso penal en delitos de violencia sexual infantil - partes intervinientes para toma de decisiones	37
2.4.1	El papel de los Jueces.....	37
2.4.2	Rol del juez en las diferentes etapas del proceso penal colombiano.....	38
2.4.3	Audiencias previas al juicio oral	39
2.4.4	Juez Constitucional	40
2.4.5.	Organización y competencia de la jurisdicción penal en casos de violencia sexual infantil	40
2.4.6.	El papel de la Fiscalía	41
2.4.7.	La Imputación	41
2.4.8.	Medidas de aseguramiento.....	42
2.4.9.	Prueba Anticipada.....	45
2.4.10.	Terminación Del Proceso.....	46
2.4.10.1.	Prescripción.....	46
2.4.10.2	Archivos y Solicitudes de Preclusión.....	46
2.4.11	Formas anticipadas de terminación del proceso penal	50
2.4.12.	El Juicio Oral	53
	Providencia Judiciales.....	58
3.	Capitulo III- jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema De Justicia colombiana, en casos de decisiones judiciales de menores víctimas de violencia sexual	60

3.1. Aspectos relevantes estudiados en las fases cualitativas y estáticas de la investigación, respecto de las decisiones judiciales	61
3.1.1. Análisis de las sentencias	62
3.1.1.1. Sentencia T-078 de 2010.....	62
Análisis crítico de la Jurisprudencia	65
3.1.2. Sentencia T-923 de 2013.....	67
3.1.3. Sentencia T 512 DE 2016	70
Análisis crítico de la Jurisprudencia	72
3.1.4. Sentencia T-116 de 2017.....	74
Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.....	74
Análisis crítico de la jurisprudencia.....	76
3.1.5. Sentencia SP4175 de 2018.....	78
Análisis crítico de la jurisprudencia.....	80
3.1.6. Sentencia T-448 de 2018.....	81
Análisis crítico de la Jurisprudencia	83
3.1.7. Sentencia SP5290—2018.....	85
Análisis crítico de la jurisprudencia.....	87
3.1.8. Sentencia T-196 DE 2015	88
Análisis crítico de la Jurisprudencia	90
3.1.9. Sentencia STC7111 de 2018	92
Análisis crítico de la Jurisprudencia	94
Conclusiones	95
Recomendaciones.....	101
Bibliografía	104

Firma del jurado

Firma del jurado

FECHA DE SUSTENTACIÓN: POPAYÁN _____ DE 2019

AGRADECIMIENTOS

Presento mis más sentidos agradecimientos en la culminación de este proceso, en primer lugar, a Dios por darme el privilegio de ser su hija consentida y discernimiento en las

adversidades, a mi familia por ser mi mayor motivación, a la Universidad Cooperativa de Colombia por permitirme crecer académicamente en su cuna del conocimiento del Derecho.

“Todo lo que se hace por amor, se hace más allá del bien y del mal”

Friedrich Nietzsche

Introducción

El presente trabajo de investigación busca establecer si en las decisiones judiciales del proceso penal colombiano, prevalece el interés superior del niño, niña y adolescente víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales conforme a los tratados y convenios internacionales; por lo tanto es donde finalmente se debe analizar si los funcionarios judiciales, a través de sus facultades oficiosas adoptan una actitud proactiva y realizan con debida diligencia, inmediatez, exhaustividad e imparcialidad las investigaciones que conlleven a la búsqueda de la verdad y a la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de la violencia sexual.

El abuso sexual infantil, es una forma de violencia que atenta contra la libertad, integridad y formación sexual de los niños, niñas y adolescentes. Si bien es cierto que no existe una definición única sobre abuso sexual infantil, se puede decir de forma general que éste ocurre cuando existen actos de naturaleza sexual impuestos por un adulto sobre un menor de edad, que por su condición carecen de madurez física y emocional, y de desarrollo cognitivo para dar consentimiento a la conducta o acción en la cual está siendo involucrado. El tratamiento a éste tipo de actos en todas las instancias de intervención judicial, deben presentar diferencias y relevancias en el manejo de otras formas de violencia, toda vez que, desde el momento de la comisión de un hecho de una conducta abusiva, éste se determinará como delito, de tal forma que se deben encender las alarmas y debe entrar en funcionamiento el aparato judicial con todos los mecanismos que el sistema dispone para ello; donde la justicia despliega una serie de acciones que le permiten determinar el grado del abuso, así como la responsabilidad penal del presunto agresor, propendiendo siempre por el bienestar del niño, niña y adolescente; obrando siempre en derecho y en el marco de su interés superior.

Según Faller, (2007) “el abuso sexual es un tema socialmente controversial:

Tanto si se cree como si no se cree en una denuncia de abuso sexual, esto puede tener consecuencias graves y de largo alcance para el niño víctima, el adulto agresor y las instituciones involucradas en dichos alegatos. Por otro lado, creer, incorrectamente, que un niño ha sido abusado sexualmente puede tener efectos devastadores, principalmente para el acusado” (p.27).

De ese modo la posibilidad de creer o no creer, hace referencia a optar una postura o actitud que promueva creer en la posibilidad de que el abuso haya ocurrido, frente a una postura que parte a priori de la posibilidad de que el abuso no haya ocurrido (Baita & Moreno, 2005).

Siguiendo con el mismo hilo conductor, Faller (2007) resalta que:

“Entre los temas en disputa en el abuso sexual se encuentran los alcances del problema, la exactitud de los relatos de abuso del niño, niña y adolescente, las técnicas y estrategias utilizadas por los profesionales al evaluar e investigar los hechos de abuso sexual, los métodos y procedimientos para la toma de decisiones acerca de la probabilidad de que haya sucedido el abuso sexual, las intervenciones apropiadas en estos casos, y el impacto del abuso sexual en las víctimas”. (p.7)

En ese orden de ideas, es importante tener en cuenta que, en el ámbito de lo judicial, la correspondencia entre lo que constituye abuso sexual infantil desde el punto de vista psicosocial y desde el punto de vista jurídico no suele ser igual o paralelo; es por esto que jueces y fiscales necesitan como primera medida conocer si un niño fue víctima o no de abuso sexual, para así, encuadrar la comisión de la conducta en la categoría de bienes jurídicos tutelados y específicamente determinar el delito; para que, en consecuencia se realice una efectiva investigación y se tomen correctas decisiones judiciales.

En materia de abuso sexual infantil, existen tratados y convenios internacionales de derechos humanos, los cuales aportan herramientas para la toma de decisiones; dichos instrumentos se

enfocan en sustentar como los niños, niñas y adolescentes, ostentan la calidad de sujetos de especial protección; postulado que tiene sustento en la Constitución Política de Colombia de 1991, el cual da razón al principio del interés superior, integrando el llamado bloque de constitucionalidad; por lo tanto en las decisiones judiciales, se busca realizar un estudio de cada caso en particular, de tal forma que se obtengan criterios jurídicos que conlleven a la salvaguarda y armonización efectiva de los derechos fundamentales de los menores o por lo menos al equilibrio de estos derechos con respecto a los derechos de los demás, cuando dicha armonización no sea posible.

El presente documento se desarrolla haciendo una descripción conceptual del marco jurídico de los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia sobre protección a víctimas de abuso sexual infantil; así mismo se refiere a las normas y aplicaciones de procedibilidad de los operadores judiciales en Colombia; para posteriormente y mediante el análisis de algunas sentencias, resaltar las decisiones que por acciones u omisiones han tomado fiscales y jueces, prevaleciendo o vulnerando el interés superior del menor víctima, donde finalmente ha sido la Corte Suprema de Justicia o la Corte Constitucional, las que han fallado a favor del niño, niña o adolescente, teniendo en cuenta la situación fáctica, y la prevalencia de sus derechos; por lo tanto la pregunta que surge para la presente investigación es la siguiente: ¿Prevalece el interés superior del menor víctima de violencia sexual en las decisiones judiciales del proceso penal colombiano, conforme a los tratados y convenios internacionales?

CAPITULO I. LOS TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE PROTECCIÓN A NIÑOS NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL.

1.1 Principios que regulan los tratados internacionales

El tratado, es la más importante negociación jurídica a nivel internacional. Hace parte de la Constitución conforme al acuerdo de voluntades entre sujetos y comunidades internacionales; surge con el objeto de crear una relación jurídica entre ellos que es regida por el derecho internacional público (Atlantic International University, s.f.).

El derecho de los tratados, es regido por unos principios fundamentales generales, entre los que cabe mencionar:

1.1.1 Buena Fe

Este principio es absoluto y prohíbe el abuso del derecho, el cual tiene lugar cuando un derecho es utilizado de mala fe; es decir, cuando está en contra del ordenamiento jurídico establecido. En él se presumen las buenas actuaciones de los obligados a garantizar un determinado derecho.

Siguiendo el hilo conductor, en referencia con los tratados internacionales, el principio de la buena fe, se expresa en que: “todo tratado en vigor obliga a sus partes, (...) deben ser cumplidos de buena fe” (Viena, 1969, art.26). Es evidente que los Estados que se comprometen al cumplimiento de un tratado deben actuar de buena fe. Si se anula del derecho internacional público el principio de buena fe, este orden jurídico caería por su propio peso.

1.1.2 Pacta Sunt Servanda (los Pactos deben ser de obligatorio cumplimiento).

Con éste principio, se instituye que los tratados deben ser cumplidos. Es un principio incondicional vinculante:

“(…) todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellos de buena fe”, lo encontramos consagrado en el preámbulo de la carta de las naciones unidas, y el párrafo 2 del artículo 2, el cual también reza: “sus miembros cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con dicha carta” (Convención de Viena, 1969, art.26).

1.1.3 Ex consensu advenit vinculum (del consentimiento deviene la obligación)

Es un principio también absoluto, quiere decir que los Estados deben manifestar libremente el consentimiento para obligarse por un tratado. Es el resultado de la estructura de la comunidad internacional, principalmente formada por Estados, formalmente considerados iguales. Al no haber un ente jurídico superior a ellos y capaz de imponerles una determinada conducta, se supone que deben dar su consentimiento para que nazcan las obligaciones jurídicas de carácter contractual (Atlantic International University, s.f.).

1.1.4 Ius Cogens

Este principio (art. 53 de la Convención de Viena), es sumamente discutido, toda vez que se dice que “un tratado sería nulo cuando fuera contrario a una norma imperativa del derecho internacional”, No obstante, sí es objeto de discusión qué normas concretas revestirían este carácter. Estas normas se imponen a todos los sujetos de manera obligatoria, se basan en el consenso universal, sobre determinados valores mínimos, elementales, consideraciones de humanidad, intereses generales de la humanidad, que todos los Estados tienen que respetar al margen de toda voluntad expresada. Es así por la especial naturaleza del objeto jurídico que esta norma pretende proteger. Tienen alcance erga omnes (frente a todos).

1.2 Principios generales internacionales en materia de infancia

El derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional, han creado y desarrollado normas especiales para garantizar los

derechos de los niños, niñas y adolescentes, castigando así a los perpetradores de delitos y crímenes, en todas las instancias, incluyendo las de violencia sexual.

1.2.1 Definición del término niño, niña y adolescente

1.2.1.1 Reglas de Beijing

Se trata de las reglas mínimas establecidas por la Organización de Naciones Unidas para la administración de justicia a los menores. Para los fines de las presentes reglas, los Estados miembros aplicarán las definiciones en forma compatible con sus respectivos sistemas y conceptos jurídicos. (Art. 2, inc.2, literal a y c).

“Son treinta orientaciones y comentarios, de carácter básico y genérico, con los que se pretende promover el bienestar de los menores, mediante unas políticas sociales constructivas que los Estados miembros deben desarrollar para ayudar a prevenir la delincuencia juvenil” (Vaquero, 2014, pág. 21).

1.2.1.2 Convención sobre los derechos del niño

Se entiende por niño, niña y adolescente “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (CDN, 1989, art.8).

En relación a la venta de niños, prostitución infantil y su utilización en la pornografía establece que “los Estados partes adoptarán medidas para asegurar una formación apropiada, particularmente en los ámbitos jurídico y psicológico, de las personas que trabajen con víctimas de los delitos prohibidos en virtud del presente protocolo (CDN, 1989, art.8)”.

Para tal fin y para que se hable un solo lenguaje se han establecido unos principios generales, tales como:

1.2.2 Principio 1: Interés Superior del Niño, Niña o Adolescente

“Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y su madurez (CDN, 1989, art.12-1); con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”(UNICEF, 2018).

1.2.3 Principio 2: De la Protección Prevalente

Dentro del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 23, se estableció que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado:

“Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, Art. 23 núm. 4 y párrafo 2. Núm. 1.).

Así mismo, el instrumento internacional en mención, establece que todo niño merece ser protegido por la sociedad, la familia y el Estado; sin discriminación alguna:

“Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su

familia como de la sociedad y del Estado”. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 24. Núm. 1.).

En la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, de igual manera, se establece que: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, art. 19).

A turno la Declaración de los Derechos del Niño reza que:

“El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ninguna trata de personas. Los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”. (Declaración de los Derechos del Niño, 1959, art. 19)

1.2.4 Principio 3: Igualdad y no Discriminación

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice que los “Estados firmantes están obligados a respetar y garantizar los derechos a todas las personas que yacen en sus territorios, sin que para ello las autoridades deban tener en cuenta criterios como la raza, sexo, idioma,

religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición social”.

Para hacerlo efectivo se establece:

“Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y que estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Cada Estado parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales. La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial. Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 2. Lit. 1).

En el mismo sentido, respecto de los niños, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) establece que es deber de los Estados garantizar los derechos de los menores establecidos en el instrumento internacional sin ninguna clase de discriminación, así:

“Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. (Art. 2) Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares” (Art. 1).

1.2.5 Principio 4: Dignidad

“El niño, por su condición, debe gozar de una protección especial, ello implica que se dispongan a su favor oportunidades y servicios que le permitan desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de manera saludable y normal, en condiciones de plena libertad y dignidad. Además de que, las normas que pretendan realizar tal cometido deben atender al interés superior del niño, considerando, además que éste debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad” (Declaración de los Derechos del Niño, 1959).

1.2.6 Principio 5: Participación

La Convención sobre los Derechos del Niño aduce que “los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de

revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos judiciales en que el niño es víctima de abuso exual por parte de un pariente cercano y que los padres no garanticen su bienestar. (Art. 9. Num 1). En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones”. (Art. 12. Num 1).

“Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. Los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño” (Art. 27. Inc.1). Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social” (Art. 6. Num 1 y 2).

1.3 Directrices internacionales sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos.

Según la UNICEF, (2014) “los niños que son víctimas y testigos de la comisión de delitos, son mayormente vulnerables, por lo tanto, requieren protección de manera especial, apoyo acorde con su edad y nivel de madurez, con el objeto de evitar que su participación en un proceso de justicia penal, le cause traumatismos, perjuicios y los conlleve a la revictimización”.

En ese orden de ideas, las siguientes directrices deberán aplicarse de conformidad con la legislación nacional, los procedimientos judiciales pertinentes y tener también en cuenta las condiciones jurídicas, sociales, económicas, culturales y geográficas:

- a) “Derecho a la protección contra la discriminación. Los niños víctimas y testigos de delitos deberán tener acceso a un proceso de justicia que los proteja de todo tipo de discriminación basada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones

políticas o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el linaje o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus tutores.

- b) Derecho a la intimidad. Deberá protegerse la intimidad de los niños víctimas y testigos de delitos como asunto de suma importancia. Deberá protegerse toda la información relativa a la participación del niño en el proceso de justicia. Esto se puede lograr manteniendo la confidencialidad y restringiendo la divulgación de información que permita identificar a un niño que es víctima o testigo de un delito en el proceso de justicia. Deberán tomarse medidas para proteger al niño de una aparición excesiva en público, por ejemplo, excluyendo al público y a los medios de información de la sala de audiencia mientras el niño presta testimonio, si así lo permite el derecho interno.
- c) El proceso de justicia y los servicios de apoyo a disposición de los niños víctimas y testigos de delitos y de sus familias deberán tener en cuenta la edad, los deseos, el nivel de comprensión, el sexo, la orientación sexual, las circunstancias étnicas, culturales, religiosas, lingüísticas y sociales, la casta, la situación socioeconómica y la condición de inmigrante o refugiado del niño, y también sus necesidades especiales, incluidas las relacionadas con su salud, sus aptitudes y su capacidad. Se deberá impartir a los profesionales capacitación y educación con respecto a esas diferencias.
- d) En algunos casos habrá que instituir servicios y protección especiales para tener en cuenta el sexo y la especificidad de determinados delitos cometidos contra los niños, como los casos de agresión sexual que afecten a niños.
- e) La edad no deberá ser obstáculo para que el niño ejerza su derecho a participar plenamente en el proceso de justicia. Todo niño deberá ser tratado como testigo

capaz, a reserva de su examen, y su testimonio no se considerará carente de validez o de credibilidad sólo en razón de su edad, siempre que por su edad y madurez pueda prestar testimonio de forma inteligible y creíble, con o sin el uso de ayudas de comunicación u otro tipo de asistencia.

- f) Derecho a ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia. Los profesionales deberán tomar medidas para evitar sufrimientos a los niños víctimas y testigos de delitos durante el proceso de detección, instrucción y enjuiciamiento a fin de garantizar el respeto de su interés superior y su dignidad.
- g) Los profesionales deberán tratar con tacto a los niños víctimas y testigos de delitos a fin de:
 - a) Prestarles apoyo, incluso acompañando al niño a lo largo de su participación en el proceso de justicia, cuando ello redunde en el interés superior del niño;
 - b) Proporcionarles certidumbre sobre el proceso, de manera que los niños víctimas y testigos de delitos tengan ideas claras de lo que cabe esperar del proceso, con la mayor certeza posible. La participación del niño en el proceso y en los juicios deberá planificarse con antelación y deberán extremarse los esfuerzos por garantizar la continuidad de la relación entre los niños y los profesionales que estén en contacto con ellos durante todo el proceso; Garantizar que los juicios se celebren tan pronto como sea práctico, a menos que las demoras redunden en el interés superior del niño. La investigación de los delitos en los que estén implicados niños como víctimas y testigos también deberá realizarse de manera expedita y deberá haber procedimientos, leyes o reglamentos procesales para acelerar las causas en que esos niños estén involucrados. Utilizar procedimientos idóneos para los niños, incluidas salas de entrevistas concebidas para ellos, servicios interdisciplinarios para niños víctimas de delitos integrados en un mismo lugar, salas de audiencia modificadas teniendo en

cuenta a los niños testigos, recesos durante el testimonio de un niño, audiencias programadas a horas apropiadas para la edad y madurez del niño, un sistema apropiado de notificación para que el niño sólo comparezca ante el tribunal cuando sea necesario, y otras medidas que faciliten el testimonio del niño” (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 2005, págs. 5-6).

Agrega el Consejo en mención, que, “al aplicarse tales directrices, en la jurisdicción de cada Estado deben asegurarse procedimientos adecuados; así mismo, la capacitación y selección de personal adecuado, todo ello para proteger y satisfacer las necesidades especiales de los niños víctimas y testigos de delitos cuando la naturaleza de la victimización afecte de distinta manera a una categoría de niños, como sucede cuando los niños, y en especial las niñas, son objeto de agresión sexual”.

1.3.1 Definiciones

Las siguientes definiciones se aplican al conjunto de las directrices referidas:

- a) Por “niños víctimas y testigos” se entenderán los niños y adolescentes menores de 18 años que sean víctimas o testigos de delitos, independientemente de su papel en el delito o en el enjuiciamiento del presunto delincuente o grupo de delincuentes.
- b) Por “profesionales” se entenderán las personas que, en el contexto de su trabajo (jueces, fiscales, psicólogos, policía judicial, trabajadores sociales, defensores de familia, etc.), estén en contacto con niños víctimas y testigos de delitos o tengan la responsabilidad de atender las necesidades de los niños en el sistema de justicia. Este término incluye, aunque sin limitarse sólo a ellos, a: defensores de niños y víctimas y personal de apoyo, especialistas de servicios de protección de niños, personal de organismos de asistencia pública infantil, fiscales y, en su caso, abogados defensores, personal diplomático y consular, personal de los programas contra la violencia en el hogar, magistrados, personal

judicial, funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, profesionales de la salud mental y física y trabajadores sociales.

- h) Por “proceso de justicia” se entenderán los aspectos de detección del delito, presentación de la denuncia, instrucción de la causa, enjuiciamiento y las actuaciones posteriores al juicio, independientemente de que la causa se haya visto ante un tribunal nacional, internacional o regional, para delincuentes adultos o menores, o por alguna vía consuetudinaria o extrajudicial.
- i) d) Por “adaptado a los niños” se “entenderá un enfoque en que se tenga en cuenta el derecho del niño a ser protegido, así como sus necesidades y opiniones” (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 2005, pág. 4).

1.4. Reconocimiento y protección jurídica internacional de los delitos contra la libertad y formación sexual en niños, niñas y adolescentes.

Los tratados y convenios ratificados o suscritos por el Estado colombiano forman parte de una serie de grandes tratados, los cuales están encaminados a garantizar los derechos de los ciudadanos, imponiendo a los Estados contratantes el respeto de los derechos inherentes a la persona humana.

Si se habla del bloque de constitucionalidad, se dice que “este es conformado por aquellas normas y principios que, sin aparecer de manera formal en el articulado del texto constitucional, hacen parte de él en razón a la incorporación expresa que de ellos se establece en la misma Constitución; donde en la carta magna colombiana de 1991, en materia de Infancia y adolescencia se hace dicha integración” (Uprimny, 2001).

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989), aprobada por el Congreso de la República de Colombia, mediante la Ley 12 de 1991, conviene el principio que instituye el interés superior del menor; principio ampliamente reconocido de manera internacional y desde una perspectiva

humanista, porque propende por la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión, y/o desde una perspectiva ética, porque sostiene que sólo una adecuada protección del menor en todos los ámbitos, garantiza la formación de un adulto saludable, autónomo y con estabilidad física y emocional (Art. 55).

En esas condiciones, se ha constitucionalizado el derecho de los niños y el interés prevalente de los mismos, se ha incorporado mediante la labor de la Corte Constitucional, tratando de armonizar las leyes sustantivas y procesales con las garantías, contenidas no sólo en la Carta Política sino también en los diferentes documentos internacionales ratificados por Colombia. Esta labor ha sido muy ardua con su jurisprudencia al integrar el bloque de constitucionalidad; es decir, al reglamentar aquel conjunto de disposiciones de orden internacional que no se encuentran plasmadas en la Constitución Política y que ha tenido que tomar del derecho supranacional, con el fin de ir acostumbrando a los operadores judiciales (jueces, fiscales y defensores) (ICBF, 2009, pág. 11), de tal manera que, el manejo de dichas disposiciones que contienen los valores y principios que deben esgrimirse al momento de impartir justicia, pretendan lograr las garantías y los derechos fundamentales, así como la efectividad de los mismos.

Si bien es cierto que Colombia ha suscrito diversos tratados y convenios internacionales, cabe mencionar que en los siguientes y en materia de abuso sexual, el Estado colombiano se encuentra obligado a observar sus mandatos a través del desarrollo de sus políticas y programas de prevención y protección, con la coordinación de todas las instituciones o autoridades del Estado.

1.4.1. Tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia en materia de abuso sexual en niños, niñas y adolescentes.

Dentro del abanico normativo de protección, que incluye tratados internacionales y su desarrollo en el ámbito nacional, se ponen de presente los siguientes:

- a) “Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía (Ley 769 de 2002).
- b) Convenio No.182, adoptado por la OIT en 1999 y Recomendación No.90, que la complementa sobre las peores formas de trabajo infantil (Ley 704 de 2001). Fija la abolición de prácticas como la esclavitud infantil, el trabajo forzoso, el tráfico de niños y de niñas, la servidumbre por deudas, la condición de servidumbre, la explotación sexual y las formas de trabajo peligrosas y explotadoras. Sintetiza la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación. Fue ratificado por medio de la Ley 704 de 2001.
- c) Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía. El protocolo fue incorporado a la Legislación colombiana mediante la Ley 765 de 2002. Su contenido complementa la Convención de los Derechos del Niño (Ley 12 de 1991) y se encarga de llenar el vacío jurídico existente en el derecho internacional público sobre la materia. Es un instrumento que abre el camino para que se sancionen estas prácticas en el mundo entero mediante programas coordinados y la colaboración de todos los Estados. Como es la primera disposición de carácter internacional que se dicta sobre el tema, este instrumento parte de los aspectos básicos, como la obligación de los Estados partes de prohibir la venta, la prostitución y la utilización de los niños y las niñas en la pornografía, y la definición de las figuras objeto del protocolo”.

Vienen luego la consagración de los tipos penales con sus elementos específicos básicos, la orientación hacia la protección de los intereses de las niñas y los niños y los elementos básicos de la prevención. La intención de la comunidad internacional es que todos los Estados prohíban la venta, la prostitución y la utilización de los niños, las niñas y los

adolescentes en la pornografía. Esta prohibición ya existe en la mayoría de los Estados, pero se hace obligatoria para los Estados parte. La normatividad interna colombiana ha venido desarrollando el tema, aun antes de expedirse este protocolo. Su inclusión jurídica se ha soportado en los instrumentos internacionales declarativos, que reconocen y salvaguardan los derechos humanos, y en los instrumentos convencionales, que reconocen y salvaguardan los derechos de los niños.

Teniendo en cuenta que este protocolo hace parte de los instrumentos que reconocen, garantizan y promocionan los derechos humanos, nuestra actual Constitución Política le impone al Estado la función especial de hacer que se cumplan todos los principios que se orienten al respeto de la dignidad humana. Le otorga expresamente a los tratados y convenios internacionales que reconocen estos derechos, una prevalencia sobre el ordenamiento jurídico interno colombiano.

- d) El Código Penal (Ley 599 de 200), el Código de la Infancia y adolescencia (Ley 1098 de 2006), constituyen también un instrumento integrador de los postulados que consagra la Constitución Política y los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos (ICBF, 2009, págs. 93-86).

Así las vicisitudes, el sistema internacional cuenta con múltiples tratados de derechos humanos que contienen disposiciones específicas en materia de niñez; por lo tanto los tratados y convenios internacionales, reconocidos y acogidos por la legislación colombiana, con la finalidad de garantizar y proteger los derechos humanos, los cuales constituyen un reconocimiento eficaz para temas en general y con mayor razón para temas de abuso sexual infantil, dado el presente caso, han logrado que los Estados y los grupos de activistas para la protección de los niños se preocupen por las agresiones sexuales, creando y adoptando un

conjunto de herramientas jurídicas internacionales y nacionales, que se transforman en garantías legales de prevención y atención de las diversas formas de violencia sexual.

En materia de derechos humanos, los niños, niñas y adolescentes dieron un gran salto social, siendo el primer momento para su reconocimiento y especial mención la Declaración de Ginebra de 1924, donde se establece que todas las personas deben proteger por encima de todo a los niños, niñas y adolescentes, sin discriminación alguna.

En el transcurso del siglo XX, surgieron diversos instrumentos de índole internacional en protección de derechos de los niños, y para concretar el presente tema, a continuación, se plasmarán algunos y los más significativos mecanismos internacionales que protegen los derechos del niños, niñas y adolescentes y por consiguiente los derechos inmersos en materia delitos contra la integridad y formación sexual, dentro de los que encontramos La Declaración de los Derechos del Niño de 1959, Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de Menores de 1985, nombradas como Reglas de Beijing; la Convención Internacional de los Derechos del niño de 1989:

- a) Convención Internacional de los Derechos del niño. La Constitución Política de Colombia mediante la Ley 12 de 1991, ratificó esta Convención, considerándola un instrumento jurídico esencial e importante en material social y de la niñez, ya que se señala al niño, niña y adolescente como sujeto de derechos y obligaciones, los cuales deben gozar de las mismas garantías que tienen los adultos, sin dejar de lado las garantías de especial protección de las que son titulares.
- b) La Convención establece “protección especial de los Derechos del niño, niña y adolescentes, cuando estos van contra su integridad física y psicológica, cuando hay tratos inhumanos y cuando hay violaciones de índole sexual; motivo por el cual establece que

los Estados parte deben tomar medidas” (Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 2002).

CAPITULO II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE VÍCTIMA DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACION SEXUALES EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

Si bien es cierto que en Colombia la Legislación ha sido de alguna forma volátil en materia de violencia sexual infantil, es importante resaltar, que, desde la promulgación de nuestra Carta Magna de 1991, se ha intentado fortalecer el tratamiento de las víctimas y castigar el comportamiento de los victimarios; donde la misma Constitución Política señala que los derechos de los niños tienen prevalencia sobre los derechos de las demás personas, resaltando que entre lo esencial de sus fines está la protección infantil.

Consecuentemente con la Norma de Normas, el derecho penal como mecanismo de control social, sanciona de manera drástica los comportamientos sexuales abusivos de los adultos y más cuando éstos van dirigidos hacia niños, niñas y adolescentes.

2.1 Reconocimiento jurídico colombiano de la violencia sexual en niños, niñas y adolescentes.

Para el reconocimiento jurídico de los delitos de violencia sexual, se debe seleccionar el tipo penal y clasificar sus elementos, por lo tanto, este tipo de violencia puede manifestarse a través de distintas conductas penales, las cuales se encuentran tipificadas en dos secciones del Código Penal (Ley 599 de 2000); el título II tipifica los delitos en contra de personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario (Art .138 a 141B del CP). Por su parte, el Título IV incluye los delitos de la Libertad, Integridad y Formación Sexuales (Art. 205 a 219B), en el cual está enfocado el presente trabajo.

En Colombia, para los casos o procesos de violencia sexual infantil, la Fiscalía General de la Nación delega a un Fiscal, quién con un equipo de trabajo deben seleccionar el o los tipos penales que mejor se adecuen a los hechos, de tal forma que articulen sus elementos (verbo rector, sujeto activo, sujeto pasivo y elementos normativos). Además, debe determinar los aspectos que apuntan a la existencia del dolo, antijuricidad y culpabilidad; así como seleccionar la forma de atribución de responsabilidad aplicable, seleccionando sus elementos en caso de cada autor o participe vinculado; como en caso de concurso de personas, los elementos que permiten sustentar la adecuación del modelo de atribución de responsabilidad seleccionado. Cada uno de estos elementos se constituye como un objetivo específico de investigación en sí mismo. (Fiscalía General de la Nación, 2017, pág. 21).

De forma reciente la Fiscalía General de la Nación, mediante la resolución 01774 de 2016, ha adoptado un protocolo de investigación de violencia sexual en general, el cual brinda herramientas para cumplir con los estándares de debida diligencia, fortalecer las capacidades institucionales y superar los obstáculos investigativos y técnico penales, así como aquellos que impiden una atención adecuada a las víctimas tanto en el marco del conflicto armado como fuera de él (Fiscalía General de la Nación, 2017).

Por su parte, el papel de los jueces en el juzgamiento de la violencia sexual infantil, termina siendo activo en la construcción de una verdad procesal, no quedándose solamente en la figura del in dubio pro reo, sino avanzando más allá de toda duda probatoria, de tal forma que logre formarse una plena verdad respecto de los hechos que le fueron expuestos y probados.

En concordancia con lo expuesto en el primer capítulo de esta investigación, a continuación, se expondrán las principales normas que protegen a las víctimas y regulan los delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales en niños, niñas y adolescentes en Colombia:

1. Constitución Política De Colombia de 1991.

Derechos sexuales y reproductivos

(Art. 44) “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud (...). Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual (...).”

(Art. 29.) “Debido proceso: El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

2. Ley 1098 De 2006, Código De Infancia y Adolescencia

“Derechos de protección: Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra: (...) La violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad. (...) La transmisión del VIH-SIDA y las infecciones de transmisión sexual” (Ley 1098, 2016, art. 20- 4,18).

Derecho al debido proceso. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones

administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados. En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta (Ley 1098, 2016, art. 26).

Obligaciones de la familia: La familia tendrá la obligación de promover la igualdad de derechos, el afecto, la solidaridad y el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y debe ser sancionada. Son obligaciones de la familia para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes: (...) 6. Promover el ejercicio responsable de los derechos sexuales y reproductivos y colaborar con la escuela en la educación sobre este tema (Ley 1098, 2016, Art. 39. Num. 6).

Obligaciones del Estado: El Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá: (...) Investigar y sancionar severamente los delitos en los cuales los niños, las niñas y las adolescentes son víctimas, y garantizar la reparación del daño y el restablecimiento de sus derechos vulnerados. Resolver con carácter prevalente los recursos, peticiones o acciones judiciales que presenten los niños, las niñas y los adolescentes, su familia o la sociedad para la protección de sus derechos (Ley 1098, 2016, art. 41. Núm. 6 y 7).

Funciones del defensor de familia. Corresponde al Defensor de Familia: (...)

Representar a los niños, las niñas o los adolescentes en las actuaciones judiciales o administrativas, cuando carezcan de representante, o este se halle ausente o incapacitado, o sea el agente de la amenaza o vulneración de derechos. Prevenir y atender la violencia sexual, las violencias dentro de la familia y el maltrato infantil, y

promover la difusión de los derechos sexuales y reproductivos (Ley 1098, 2016, art. 82. Núm. 12 y 26).

Obligaciones complementarias de las instituciones educativas. Los directivos y docentes de los establecimientos académicos y la comunidad educativa en general pondrán en marcha mecanismos para: (...) Orientar a la comunidad educativa para la formación en la salud sexual y reproductiva y la vida en pareja (Ley 1098, 2016, art. 82. 44. Núm. 10).

Obligaciones especiales del sistema de seguridad social: Son obligaciones especiales del sistema de seguridad social en salud para asegurar el derecho a la salud de los niños, las niñas y los adolescentes, entre otras, las siguientes: (...) Garantizar el acceso gratuito de los adolescentes a los servicios especializados de salud sexual y reproductiva. Desarrollar programas para la prevención del embarazo no deseado y la protección especializada y apoyo prioritario a las madres adolescentes (Ley 1098, 2016, art. 46. Núm. 7 y 8).

Práctica de testimonios. Los niños, las niñas y los adolescentes podrán ser citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos. Sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez. El defensor sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior (Ley 1098, 2016, art. 150).

Derechos especiales de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos. En los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en

los convenios internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en esta ley (Ley 1098, 2016, art. 192).

Criterios específicos que deben tener en cuenta los operadores de justicia para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes; dichos criterios se deben resaltar con el fin de hacer efectivos los principios previstos en el artículo anterior, de tal forma que se garantice el restablecimiento de los derechos, en los procesos por delitos de violencia sexual:

- i. Los operadores judiciales darán prioridad a las diligencias, pruebas, actuaciones y decisiones que se han de tomar.
- ii. Citarán a los padres, representantes legales o a las personas con quienes convivan, cuando no sean estos los agresores, para que lo asistan en la reclamación de sus derechos. Igualmente, informarán de inmediato a la defensoría de familia, a fin de que se tomen las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes, en los casos en que el niño, niña o adolescente víctima carezca definitiva o temporalmente de padres, representante legal, o estos sean vinculados como autores o partícipes del delito.
- iii. Prestarán especial atención para la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de los derechos vulnerados.
- iv. Decretarán de oficio o a petición de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos, de sus padres, representantes legales, del defensor de familia o del ministerio público, la práctica de las medidas a que haya lugar.
- v. Pondrán especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos

consagrados en esta ley. Igualmente velará porque no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo de proceso judicial de los responsables.

- vi. Tendrán en cuenta la opinión de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos en los reconocimientos médicos que deban practicárseles. Cuando no la puedan expresar, el consentimiento lo darán sus padres, representantes legales o en su defecto el defensor de familia o la comisaría de familia y a falta de estos, el personero o el inspector de familia. Si por alguna razón no la prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. De perseverar en su negativa se acudirá al juez de control de garantías quien decidirá si la medida debe o no practicarse. Las medidas se practicarán siempre que sean estrictamente necesarias y cuando no representen peligro de menoscabo para la salud del adolescente.
- vii. Ordenará a las autoridades competentes la toma de medidas especiales para garantizar la seguridad de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas y/o testigos de delitos y de su familia, cuando a causa de la investigación del delito se hagan necesarias.
- viii. Informarán y orientarán a los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos, a sus padres, representantes legales o personas con quienes convivan sobre la finalidad de las diligencias del proceso, el resultado de las investigaciones y la forma como pueden hacer valer sus derechos.
- ix. Se abstendrán de decretar la detención domiciliaria, en los casos en que el imputado es miembro del grupo familiar del niño, niña o adolescente víctima del delito.

- x. En los casos en que un niño niña o adolescente deba rendir testimonio deberá estar acompañado de autoridad especializada o por un psicólogo, de acuerdo con las exigencias contempladas en la presente ley.
- xi. En las diligencias en que deba intervenir un niño, niña o adolescente, la autoridad judicial se asegurará de que esté libre de presiones o intimidaciones (Ley 1098, 2016, art. 192).

Audiencia en los procesos penales. En las audiencias en las que se investiguen y juzguen delitos cuya víctima sea una persona menor de dieciocho (18) años, no se podrá exponer a la víctima frente a su agresor. Para el efecto se utilizará cualquier medio tecnológico y se verificará que el niño, niña o adolescente se encuentre acompañado de un profesional especializado que adecue el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad. Si el juez lo considera conveniente en ellas sólo podrán estar los sujetos procesales, la autoridad judicial, el defensor de familia, los organismos de control y el personal científico que deba apoyar al niño, niña o adolescente” (Ley 1098, 2016, art. 194).

Ley 1146 de 2007

Por medio de la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente.

De ésta Ley resaltaremos:

“Definición: Para efectos de la presente ley se entiende por violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes, todo acto o comportamiento de tipo sexual ejercido sobre un niño, niña o adolescente, utilizando la fuerza o cualquier forma de coerción física, psicológica o emocional, aprovechando las condiciones de indefensión, de desigualdad y las relaciones de poder existentes entre víctima y agresor” (Ley 1146 de 2007, 42).

2.2 Comprensión de violencia sexual en Colombia- Perspectiva desde la Investigación Penal

La violencia sexual es un fenómeno criminal extendido y poco denunciado; es el delito silente. Ocurre en diversos lugares, ya sean públicos o privados, dentro o fuera del conflicto armado y puede ser perpetrado tanto por agresores conocidos como desconocidos de la víctima (Corte Constitucional, Auto 092 de 2008). Las investigaciones por delitos de tipo sexual que involucran menores, deben realizarse con activa y debida diligencia, deben ser inmediatas, exhaustivas e imparciales, y para ello es preciso que se afronten y se superen los retos asociados a su desarrollo.

Todo operador judicial debe reconocer cuando está ante una denuncia por un delito de violencia sexual, de tal forma que debe activar las rutas de atención e investigación más efectivas.

Los delitos de violencia sexual no están limitados a la invasión física del cuerpo, ni a la penetración, o al contacto físico (Tribunal Penal Internacional para Ruanda aso No. ICTR-96-4-T, 1998). La Jurisprudencia ha señalado que algunos pueden configurarse sin contacto corporal como en caso de acoso sexual, pornografía con niños, niñas y adolescentes, algunas formas de constreñimiento a la prostitución o de actos sexuales, entre otros. Por esto hay que considerar que las investigaciones de los delitos sexuales exigen un inicio oficioso. No son queréllales, conciliables, ni desistibles (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.exp. 29053, 2008).

Toda víctima de violencia sexual tiene derecho a:

“Los Niños, Niñas y adolescentes con importancia y protección reforzada

- ✓ Protección de su intimidad y privacidad.
- ✓ Igualdad y no discriminación.
- ✓ Dignidad y atención no revictimizante.
- ✓ A no ser confrontada con su agresor.
- ✓ Autonomía y participación libre, voluntaria e informada en el proceso penal.
- ✓ Obtener copias de la denuncia y acceder a información sobre el proceso.

- ✓ Orientación y asistencia técnica legal con carácter gratuito, inmediato y especializado.
- ✓ Protección y seguridad personal.
- ✓ Atención integral, urgente y gratuita en salud física, mental, sexual y reproductiva.
- ✓ Verdad, justicia y reparación integral” (Alcaldía de Medellín, 2019).

Estos derechos deben ser garantizados por todas las entidades del Estado según su competencia, mediante acciones oportunas integrales y coordinadas. Operadores de justicia, entidades prestadoras de salud, organismos de bienestar, seguridad y protección, entre otros deben articularse en una red de atención integral para las víctimas de violencia sexual.

3.2.1 actos de investigación inaplazables y actuaciones necesarias

En este punto la Fiscalía General de la Nación, dice que vale la pena recabar en los actos de investigación, y que, en casos de violencia sexual en niños, niñas y adolescentes, estos son inaplazables (Investigación y judicialización. Módulo 1, Pág. 23 y 24), los cuales son aquellos donde la práctica resulta decisiva desde el conocimiento de los hechos para evitar la pérdida de EMP y EF (Elementos Materiales probatorios y Evidencia Física), así como para iniciar medidas de atención, protección y restablecimiento de derechos de las víctimas y evitar situaciones de revictimización; lo cual además es útil para propiciar la participación de las víctimas y posibles testigos en la investigación. Así mismo, las actuaciones necesarias, constituyen trámites y otros procedimientos indispensables para el desarrollo de actos de investigación inaplazables y para garantizar los derechos de las víctimas.

Algunos actos inaplazables y actuaciones necesarias relacionadas con las víctimas menores de edad son:

Tabla 1. Actos de investigación y actuaciones inaplazables

ACTOS DE INVESTIGACIÓN INAPLAZABLES	ACTUACIONES NECESARIAS
Realizar entrevista Forense (Art. 206 ^a . CP) como Acto Urgente.	Solicitar defensor de familia que acompañe a la víctima en caso de que acuda sola. Si no puede acudir de inmediato (Está hospitalizada por ejemplo) se debe abrir reporte de inicio e iniciar la investigación.
Recolectar, embalar, rotular los EMP y EF aportados por la víctima (prendas con rastros de evidencia biológica, evidencia traza, etc.) y remitirlos para su análisis. Cuando se conozca de otros EMP y EF, susceptibles de perderse, que no hayan sido aportados, se deben emprender acciones para recolectarlos.	Articular con el ICBF para el inicio del restablecimiento de derechos. Es obligatorio para cualquier autoridad del Estado informar u oficiar al defensor de familia cuando un niños, niñas y adolescentes esté en riesgo o en Estado de vulnerabilidad, amenaza o inobservancia (Art. 51. Ley 1098).
Solicitar valoración médico legal cuando corresponda.	Notificar a la comisaria de familia, las autoridades que hagan sus veces u otras competentes para dar inicio a acciones de protección.
Remisión psicológica Forense /o psiquiátrica Forense	Tratamiento psicológico clínico.

Fuente: Elaboración propia.

- 2.3 Reconocimiento jurídico de los delitos contra la libertad, integridad y formaciones sexuales en Colombia

2.3.1 Ley 599 de 2000

Como primera medida, hay que referirse al Título IV del Código Penal Colombiano, el cual reza los siguientes delitos:

Capítulo I-De la Violación:

“Art. 205: Acceso carnal violento. El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia (...)”

En este caso, respecto a la violencia ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, que no se desvirtúa por la ausencia de gritos u actos de resistencia. Para el alto tribunal:

“En este elemento normativo del tipo, no se desvirtúa en la ausencia de gritos o actos de resistencia física de la víctima, el indicio de un acceso no violento o consentido, por cuanto “[...] para la efectiva materialización del comportamiento sólo es menester la realización de ‘acceso carnal con otra persona mediante violencia’, esto es, que el sujeto activo quebrante la voluntad del sujeto pasivo a través de actos de fuerza física o moral, para obligarla a permitir la penetración anal, vaginal u oral del miembro viril, o de cualquier otro objeto o parte del cuerpo” (Corte Suprema de Justicia, exp. 23909, 2009).

“Art. 206: Acto sexual violento. El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia (...)”.

“En este delito media la violencia realizada por el autor y el hecho agresor (éste tipo de delito incluye hechos donde no necesariamente hay contacto genital, contacto físico o penetración), existiendo así una relación causal; lo que traduce en que el acto sexual debe ser realizado con aplicación de violencia. Entonces, decimos que el medio idóneo a través del cual se realiza la violación, es la violencia, donde media la fuerza moral o física, ya que la violencia en este tipo de casos es quebrantar, dañar, violentar la capacidad de la voluntad de las personas, y para el caso de

estudio, la voluntad de los niños, niñas y adolescentes, con el uso de la fuerza” (Mendez, 1989, pág. 101).

“Art. 207: Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir. El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en Estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento” (...).

Esta conducta busca sancionar a su autor por el hecho “de impedir a la víctima ejercer el derecho a la libertad sexual; Así, la incapacidad de resistir está dada por poner a la víctima en una situación de inferioridad psíquica que conlleva a que “sin eliminar por completo la consciencia la disminuya en tal medida que impide a la víctima el entendimiento de la relación sexual, cualquiera que sea la persona y edad” (Corte Suprema de Justicia. Exp. 24096 , 2006).

La jurisprudencia y la doctrina, han definido la violencia en delitos sexuales como “el constreñimiento, la fuerza, la amenaza y la presión física o psíquica, que el sujeto activo ejerce sobre la víctima para reducirla y lograr que no se oponga a sus pretensiones” (Santacana, 2018).

Capítulo II-De los Actos Sexuales Abusivos:

“Art. 208: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años” (Expresión subrayada declarada Exequible mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-876 de 2011)

En la norma se establece la presunción de derecho según la cual las personas menores de 14 años:

“(...) no se encuentran en condiciones de asumir, sin consecuencias para el desarrollo de su personalidad, la realización de conductas sexuales que les causen lesiones por el Estado de madurez presente en la esfera intelectual, volitiva y afectiva. Esta presunción, es de carácter absoluto, de derecho, es decir “iuris et de iure”, pues

la edad a la que se refiere la ley es la edad cronológica más no biológica, toda vez que la ley establece que hasta los catorce años el menor debe estar totalmente libre y protegido en todos los ámbitos” (Corte Suprema de Justicia, exp. 29053, 2008).

De acuerdo a la jurisprudencia, la presunción de la ausencia de juicio y discernimiento en el menor de catorce años para decidir sobre su sexualidad opera de pleno derecho. Por lo tanto, lo que dice textualmente la Corte Suprema de Justicia es:

“(…) es de carácter absoluto: iuris et de iure, y no admite, por tanto, prueba en contrario. La ley ha determinado que hasta esa edad el menor debe estar libre de interferencias en materia sexual, y por eso prohíbe las relaciones de esa índole con ellos, dentro de una política de Estado encaminada a preservarle en el desarrollo de la sexualidad, que en términos normativos se traduce en el imperativo del deber absoluto de abstención (...) y la indemnidad e intangibilidad sexual del menor, en los cuales se sustenta el Estado de las relaciones entre las generaciones en la sociedad contemporánea... En este sentido, la ley prohíbe categóricamente las relaciones sexuales con menores de catorce años dentro de “una política de Estado encaminada a preservarles el desarrollo de su sexualidad, que le niega todo efecto jurídico a aquellos actos en los que exterioricen una manifestación de voluntad que en otras condiciones sería vinculante, y sanciona aquellos comportamientos de terceros que no sólo desconozcan las claras previsiones legales, sino que los lesionen o pongan en peligro. Esto significa que al juzgador no le es dado entrar a discutir la presunción de incapacidad absoluta para decidir y actuar libremente, que la ley establece a favor de los menores de 14 años, con el propósito de protegerlos frente a toda situación de riesgo que pueda acarrearles consecuencias desfavorables frente a los bienes jurídicos de los cuales son titulares, pretextando idoneidad del sujeto para hacerlo, en razón a

sus conocimientos o experiencias anteriores o de la existencia de una prueba que evidencie capacidad de conocimiento o de autodeterminación, o con el inadmisibles argumento de no haber sido obligados a proceder contra su voluntad, como en este caso, en que el Tribunal adujo que no se obligó, constriñó o engañó a las menores para que procedieran a consumir licor y fumar cigarrillo, sino que lo hicieron libre y voluntariamente, más cuando ellas sabían que el consumir licor las podía llevar a un estado de embriaguez” .Este establecimiento de un mínimo a partir del cual es válido el consentimiento del menor en materia sexual, no son sino aserciones jurídicas, indispensables para efectos de reconocer, aplicar y organizar de manera coherente la axiología constitucional, e incluso la procedente de los tratados internacionales de derechos humanos. Desde el punto de vista constitucional, estas delimitaciones normativas obedecen a parámetros objetivos y razonables en un Estado social y democrático de derecho como el nuestro, que está fundado en el respeto de la dignidad. Así esto “no representa una restricción arbitraria o caprichosa de la garantía en comento, ni una negación de la libertad y autonomía de los adolescentes, sino es la consecuencia del mandato de proteger a los más débiles, tal como se desprende de los artículos 13 inciso 3º, 44 incisos 1º y 2º, y 45 de la Norma Superior”.

En consecuencia, para la Corte, “la presunción de que trata los artículos 208 y 209 del Código Penal (en el sentido de que el sujeto pasivo de la conducta es incapaz para ejercer libremente su sexualidad) (i) tiene que ser de pleno derecho, no sólo porque es irrefutable, sino en razón del interés superior del niño y la especial protección que debe brindársele (por lo que jamás admitirá prueba en contrario, ni estará sujeta a valoraciones relacionadas con el comportamiento del menor); (ii) modificarla es competencia exclusiva del poder legislativo (bien sea para aumentar o para reducir el

límite legal, conforme a los criterios culturales, sociológicos, psicológicos y de similar índole que se impongan en la comunidad), con la única condición de que no sea fijada a una edad muy temprana; y (iii) el límite de catorce años en materia penal no es desproporcionado ni incongruente, pues está por debajo del promedio de las naciones de tradición occidental y no riñe con la consagrada en el sistema de responsabilidad para jóvenes y adolescentes, ni con la jurisdicción civil en relación con la capacidad para contraer matrimonio” (Corte Suprema de Justicia, exp. 29053, 2008).

“Art. 209: Actos sexuales con menor de catorce años (Modificado por el art. 5, ley 1236 de 2008). 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 (...)”.

“Art. 210: Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir. (Modificado por el art. 6, ley 1236 de 2008). El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir. (...)” .

“Art. 210-A: Acoso sexual: El que en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos (...)”.

Capítulo III-Disposiciones Comunes A Los Capítulos Anteriores:

“Art. 211: Circunstancias de agravación punitiva (Artículo modificado por el artículo 7 de la ley 1236 de 2008). Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

1. La conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas.

2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.
3. Se produjere contaminación de enfermedad de transmisión sexual.
4. Se realizare sobre persona menor de catorce (14) años.
5. La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. (...) ((Modificado por el artículo 30 de la Ley 1257 de 2008).
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”.

“Art. 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”.

“Art. 212A. Violencia: Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por violencia: el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación; la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder; la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento.

PARÁGRAFO. El consentimiento dado por la víctima menor de 18 años, no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal”.

“Art. 218. Pornografía con personas menores de 18 años: El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, trasmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad (...)”.

“Art. 219. Turismo sexual: El que dirija, organice o promueva actividades turísticas que incluyan la utilización sexual de menores de edad (...)”.

“Art. 219-A. Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años: El que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación, para obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con personas menores de 18 años de edad (...)”.

2.4 El desarrollo del proceso penal en delitos de violencia sexual infantil - partes intervinientes para toma de decisiones

Por otra parte, también en el proceso penal colombiano y en materia de abuso sexual infantil, se encuentra inmersa la Ley 906 de 2004, que consagra el Código de Procedimiento Penal, donde encontramos la aplicabilidad para las investigaciones de delitos en contra de la libertad, integridad y formación sexual:

2.4.1 El papel de los Jueces

El Artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, reza “...Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley...”. Por eso se considera una justicia rogada y reglada (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

En general, se puede señalar que en el proceso Penal Colombiano, el rol del juez se sustenta en dos componentes: por un lado, el juez como garante de derechos. El juez es un garante de los derechos y garantías, por eso en las etapas del proceso penal, existe un juez de control de

garantías, el cual autoriza las actuaciones de la fiscalía y de la policía judicial velando porque dichas actuaciones estén conformes con la Constitución y la Ley, de tal manera que se salvaguarden los derechos fundamentales de las personas (Fiscalía General de la Nación, S.F).

Por otro lado, el juez interviene en la Investigación, pero su función es verificar el cumplimiento de la legalidad y sobre todo la constitucionalidad de las actuaciones llevadas a cabo por la Fiscalía General de la Nación.

Existe un juez de conocimiento, donde el cual se desarrolla la etapa de juicio y quién toma decisiones (dicta sentencia) con fundamento en la parte probatoria ante él expuesta por las partes; así mismo es quién vela porque los derechos de los intervinientes sean respetados.

Solamente los jueces pueden restringir los Derechos, por lo tanto, las actuaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación en la investigación y las actuaciones procesales llevadas a cabo en el juicio cumplan sus objetivos, donde muchas veces es necesario y proporcional restringir la libertad de la persona acusada, atendiendo a una serie de reglas o parámetros legales, tales como, la excepcionalidad (solamente lo decide el juez siempre y cuando éste señalado en la Constitución y la Ley). No haya afectación de la presunción de inocencia (Ninguna persona es responsables, hasta que en sentencia se declare lo contrario). Los jueces, siempre deben tener una motivación o propósito razonable (En el caso de abuso sexual infantil, por ejemplo, que las víctimas, otras personas intervinientes o la sociedad corran peligro, o se encuentren en situaciones de vulnerabilidad; que el implicado pueda obstaculizar la acción judicial, o que éste no comparezca ante el proceso).

2.4.2 Rol del juez en las diferentes etapas del proceso penal colombiano

Etapa de investigación: Como ya se ha mencionado, el juez efectúa el control de los actos que desarrolla la Fiscalía, aunque no existe un proceso propiamente dicho. En esta etapa, el juez de control de garantías no hace un juicio sobre la responsabilidad del indiciado o imputado si es el

caso, si no que verifica que las actuaciones se hayan adecuado a las normas legales, pero, sobre todo, que se hayan respetado los derechos fundamentales del implicado.

En ésta etapa hay dos tipos de control, uno que puede ser previo y otro que puede ser posterior. En control previo se ve en las diligencias de capturas, intervención corporal o toma de muestras, etc. El control posterior, es inmediato o hasta un plazo máximo de 36 horas, y se da en procedimientos para búsqueda de elementos materiales probatorios y evidencia física en allanamientos, interceptaciones o registros.

El juez con función de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, puede ordenar medidas cautelares o de protección y medidas de aseguramiento.

2.4.3 Audiencias previas al juicio oral

1. “Audiencia de formulación de acusación: En ésta audiencia, el juez dirige y controla que las partes den cumplimiento con las obligaciones que les corresponden para esta etapa, tales como el descubrimiento de las pruebas; así mismo, que el escrito de acusación que presenta el fiscal sea adecuado a los requerimientos reglados (de qué se acusa al indiciado y por qué)” (Sierra, 2008).
2. “Audiencia preparatoria: En esta el juez dirige y establece las reglas y condiciones que se deberán tener en cuenta en el debate del juicio oral, es aquí donde se señala qué pruebas se llevarán a juicio y si hay acuerdos sobre algunos hechos, a los que se les llama estipulaciones” (Sierra, 2008).
3. “Juicio oral y sentencia: En esta audiencia, se lleva a cabo el debate entre las partes, se hace de manera pública y oral. Es decir, se practican las pruebas y se adelantan los alegatos generales, así como los de apertura y de conclusión (argumentaciones). Es aquí donde el juez es el director y suprema autoridad del proceso, por lo cual, señala y define las reglas del debate, las controla y tiene poderes sancionatorios” (Sierra, 2008).

Por otra parte, el juez está atento a las actividades y argumentaciones de las partes, las cuales analiza para así decidir sobre ellas. Entre sus funciones ésta evitar la mala fe o manipulación del juicio por las partes, es decir, señala los derroteros de racionalidad e irracionalidad que se puedan presentar en la discusión. En los hechos de abuso sexual infantil, salvaguarda el interés superior del niño, niña y adolescente y sus derechos fundamentales. Finalmente, declara si el acusado tiene o no responsabilidad, definiendo la procedencia de la pena y dosificándola.

2.4.4 Juez Constitucional:

En el caso de competencia del juez constitucional, destacamos las funciones de éste después de haber sido creada la Corte Constitucional, con la promulgación de la Constitución de 1991. Entre las funciones de la Corte Constitucional como Tribunal Constitucional, que también determinan su competencia, se destaca la del control concreto y abstracto de constitucionalidad. Por ende, se convierte en el único Tribunal con competencia para conocer de las demandas contra leyes que vayan en contraposición con la Carta Magna; además de tener la función de revisión de las sentencias de tutela que hayan sido falladas por los jueces en calidad de juez constitucional. Por lo anterior, se le encomendó a la Corte Constitucional la misión de unificar la jurisprudencia mediante la revisión de las acciones de tutela y de velar por la supremacía de la Constitución, a través de los fallos de constitucionalidad (Pulido, 2011).

2.4.5. Organización y competencia de la jurisdicción penal en casos de violencia sexual infantil

- a) Los órganos de la Rama Judicial que administran justicia son:
 - i. Tribunales del distrito judicial: Los cuales adelantan los recursos de apelación contra los autos y sentencias de los jueces municipales del mismo distrito. Del recurso de apelación interpuesto contra la decisión del juez de ejecución de penas.

- ii. Juzgados penales de circuito: Conocen, entre otros, de los siguientes asuntos: Recurso de apelación contra los autos proferidos por los jueces penales municipales o cuando ejerzan la función de control de garantías. Procesos que no tengan asignación especial de competencia. Definición de competencia de los jueces penales o promiscuos municipales del mismo circuito.
- iii. De los jueces penales municipales: De acuerdo al Artículo 37 numeral 5 de la Ley 906 de 2004, conocen de la función de control de garantías.

2.4.6. El papel de la Fiscalía

De acuerdo al Artículo 114 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, las atribuciones de la Fiscalía General están contenidas en los numerales del 1 al 15, donde en resumidas cuentas se evidencia que en el sistema penal oral acusatorio, el fiscal tiene como función dirigir coordinar, controlar y ejercer verificación técnica en las etapas de indagación e investigación, como también sobre la actividad desarrollada por la policía judicial, de manera que de su trabajo depende el éxito de todo un proceso.

En cumplimiento de esas atribuciones y funciones, la Fiscalía realiza la indagación e investigación de los hechos con características de delito que lleguen a su conocimiento, ya sea por medio de denuncia, querrela u oficio.

2.4.7. La Imputación

La Imputación es el acto por el cual la Fiscalía General de la Nación comunica al indiciado que en su contra existe un proceso penal por hechos de los que presuntivamente es responsable. La imputación de los hechos únicamente puede realizarse antes de la prescripción de los delitos que hayan sido atribuidos al presunto agresor y no requiere el descubrimiento de elementos materiales probatorios o evidencia física.

En la imputación de delitos de violencia sexual, debe comunicarse:

- a) La ocurrencia de los hechos jurídicamente relevantes, haciendo una relación clara y sucinta de los mismos. La imputación procede cuando hay inferencia razonable existiendo motivos fundados en la comisión de un delito sexual, lo cual no puede ser condicionado a:
- i. La existencia de evidencia traza (fluidos, espermatozoides, etc.) o ADN en el cuerpo de la víctima (Ley 1719 de 2014, Art. 19-2).
 - ii. La existencia de contacto físico (Corte Suprema de Justicia, exp. 30305, 2008).
 - iii. El hallazgo de desgarros en el himen de la víctima (Existen Acceso Carnal que no comprometen el himen de la víctima, y también hay víctimas con himen elástico y complaciente, lo cual permiten el paso del miembro viril erecto).
 - iv. La presencia de prueba física ((Ley 1719 de 2014, Art. 19-1).
 - v. Contradicciones o imprecisiones en la entrevista Forense del niños, niñas y adolescentes, o la retractación del mismo.
- b) La identificación e individualización del presunto indiciado.

2.4.8. Medidas de aseguramiento

En casos de violencia sexual infantil, las medidas de aseguramiento, que limitan material o jurídicamente el derecho a la libertad del imputado, son importantes y relevantes para proteger a las víctimas y evitar que otros niños, niñas y adolescentes puedan ser victimizadas. Entonces las medidas de aseguramiento, pueden ser preventivas, excepcionales y temporales (La Directiva 0013 de 2016 de la FGN, establece lineamientos generales sobre la proporcionalidad de la detención preventiva).

Las medidas de aseguramiento solicitadas deben cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Responder a un fin constitucional, según lo dispuesto en el artículo 250 de la Constitución Política, para demostrarlo hay que establecer ante el juez que el imputado puede:
1. Obstruir el proceso penal.
 2. Constituye un peligro para la sociedad o para la víctima, con mayor razón cuando es menor de edad, sobre todo cuando es menor de 14 años y si hay una posición dominante sobre la víctima.
 3. No comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia (Ley 906 de 2004).
- b) Ser idóneas, es decir, útiles y adecuadas para lograr las finalidades constitucionales.
- c) Ser necesarias y proporcionales. Para ello el fiscal debe realizar un examen de proporcionalidad, antes de solicitar o de imponer una medida de aseguramiento. (Ley 906 de 2004)

Entre los factores que debe considerar el Fiscal para el análisis de proporcionalidad de las medidas de aseguramiento en casos de violencia sexual infantil, son:

- a) Condiciones de especial vulnerabilidad de las víctimas (edad, género, condición de discapacidad, situación de pobreza o desplazamiento) y el deber reforzado del Estado de protegerlas (interés superior).
- b) Motivos fundados donde se considera que el imputado puede llegar a afectar la vida, seguridad o integridad de la víctima o de sus familiares. Estos motivos pueden estar relacionados con:
1. La naturaleza del hecho violento, el cual también va relacionado con la ejecución de maniobras homicidas, tales como: ensañamiento en el cuerpo de la víctima, ahorcamiento, sofocamiento, estrangulamientos, etc.
 2. La reincidencia.

3. Las amenazas de muerte o revictimización.
 4. La utilización de armas, agentes químicos o sustancias corrosivas.
 5. Calidad específica del perpetrador: posición de autoridad frente al niños, niñas y adolescentes, adición o consumo de sustancias, la pertenencia a grupos ilegales o a la fuerza pública.
 6. Antecedentes judiciales o personales del presunto agresor.
 7. Riesgo de nuevos episodios de agresión sexual.
- c) La medida de prisión preventiva es idónea para asegurar con alto nivel de certeza la protección de las víctimas y demás finalidades de las medidas de aseguramiento. Los riesgos pueden sustentarse en valoraciones hechas por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, por programas de protección, por la prevalencia del interés superior del niño, niña o adolescente (Especial protección) conforme a tratados y convenios internacionales, o mediante instrumentos estandarizados (Corte Constitucional, C-910 del 2012).
- d) Las relaciones de convivencia y la proximidad entre la víctima y el victimario (Cuando el indiciado y la víctima convivan en el mismo lugar el fiscal debe oponerse a la solicitud de sustitución de prisión preventiva por la medida de atención domiciliaria, argumentando que esto impide el cumplimiento de los fines de las medidas de aseguramiento, en especial de aquellos relacionados con las víctimas.

Las Reglas para solicitar medidas de aseguramiento en casos de violencia sexual infantil:

- a) Solo es procedente la medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.
- b) La solicitud de la medida puede provenir de la Fiscalía General de la Nación o del representante de las víctimas.

- c) El factor objetivo, debe ser sustentado con elementos de convicción (procedencia respecto del tipo penal, al igual que el factor subjetivo (necesidad y proporcionalidad) de las medidas.
- d) Al solicitar la medida privativa de la libertad deben sustentarse los motivos que hacen necesaria la imposición de ésta (primordial, el interés superior del menor) y los que sustentan la improcedencia de otras.

En el marco de la solicitud de las medidas de aseguramiento, el fiscal puede manifestar al juez lo estipulado por la Corte Constitucional en sentencia T-772 de diciembre de 2015, relacionado a su “posición de garante” por las lesiones que pueda sufrir la víctima de no adoptarse las medidas tendientes a su protección y en respuesta al principio de corresponsabilidad ante hechos de violencia basada en género.

2.4.9. Prueba Anticipada

En caso de violencia sexual infantil, y teniendo en cuenta que éste es un delito silente y que por lo general no hay testigos de los hechos, y existe el riesgo de no poder practicar el testimonio de la víctima en juicio, el fiscal puede solicitar al juez de control de garantías la práctica de dicho testimonio anticipadamente.

Al solicitar la práctica del testimonio del niño, niña o adolescente víctima, como prueba anticipada, el fiscal debe argumentar:

- a) La necesidad de prevenir la afectación del contenido del testimonio, ya que la distancia entre la ocurrencia de los hechos y la audiencia de juicio oral puede afectar el medio probatorio. Para estos casos de violencia sexual infantil, dicha afectación puede ser mayor como efecto del olvido o de la imprecisión fáctica a la que está sometida la memoria del niño, niña o adolescente.

- b) La necesidad de proveer al proceso de material probatorio que permita la construcción del caso y la garantía de contradicción para la persona acusada.
- c) La necesidad de prevenir la posible revictimización al pedir al niño, niña o adolescente víctima que se refiera a hechos acaecidos mucho tiempo atrás.
- d) La necesidad de evitar el déficit probatorio, por posible desistimiento de la práctica de la prueba en juicio para evitar una situación revictimizante o de retractación de la víctima.

La Corte Constitucional ha señalado que, “en casos de violencia sexual donde son víctimas, niños, niñas o adolescentes, es deber de los fiscales propender por la práctica de pruebas testimoniales anticipadas, en cumplimiento de los requisitos para la protección de derechos, y para y lo establecido en el artículo 284 de la Ley 906 de 2004”; lo anterior, para evitar que el niño, niña o adolescente tenga que declarar varias veces y evitar las presiones a las que pueda ser sometido para modificar su versión (Corte Constitucional , T-116 del 2017).

2.4.10. Terminación Del Proceso

2.4.10.1. Prescripción

La prescripción de la acción penal genera su extinción, cesa la posibilidad de investigar y sancionar penalmente la comisión del delito, aún en casos de graves hechos como los de violencia sexual infantil. Las investigaciones en ese tipo de delitos deben ser impulsadas y las imputaciones proferidas con celeridad. A fin de interrumpir el término de prescripción.

De acuerdo al decreto 100 de 1980, a las leyes 360 de 1997, 599 de 2000, 890 de 2004 y a la ley 1236 de 2008, para establecer si los delitos de violencia sexual han prescrito, el fiscal debe considerar la fecha de ocurrencia de los hechos y debe considerar la fecha de ocurrencia de los hechos y el máximo de la Pena establecido para el tipo penal vigente de acuerdo a las diversas normas aplicables.

2.4.10.2 Archivos y Solicitudes de Preclusión

a) Archivo

El Archivo es una decisión tomada por el Fiscal. “El Archivo se da cuando la Fiscalía General de la Nación constata que los elementos objetivos del tipo penales encuentran ausentes, sin hacer consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta o sobre la existencia de causales de justificación” (Corte Constitucional, C-1194 de 2005).

Para archivar una investigación, el fiscal debe tener como sustento:

- i. Carencia de motivos para que un hecho sea caracterizado como delito (atipicidad).
- ii. Ausencia de circunstancias que confirmen la existencia del hecho (inexistencia).

Las etapas del proceso penal en las que se puede proceder a Archivo de diligencias son:

- i. Tras el conocimiento de los hechos.
- ii. Durante la realización de los actos inmediatos en la investigación.
- iii. En cualquier momento antes de la imputación.

b. Preclusión

La preclusión es una decisión de carácter judicial. La preclusión en procesos llevados bajo la ley 906 de 2004 es una decisión emitida por el juez de conocimiento y dependiendo de la etapa del proceso, ante el juez de control de garantías.

Para solicitar la preclusión de la investigación el fiscal se debe sustentar en:

- i. Inexistencia de una causal de exclusión de responsabilidad, de acuerdo al artículo 32 del Código Penal.
- ii. Inexistencia del hecho.
- iii. Ausencia de intervención del imputado en el hecho o imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, descartando cualquier forma de participación o autoría.

- iv. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal (muerte del acusado, constatación de cosa juzgada respecto de los mismos hechos). Este aspecto no puede fundamentarse en: poca información en la denuncia, imposibilidad de ubicar al NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES para confirmar el relato o falta de interés en acompañar las diligencias.

Las etapas del proceso penal en las que el fiscal puede proceder a solicitar la preclusión al juez:

- i. En cualquier momento antes de presentar el escrito de acusación, de acuerdo a las causales del 1 al 7 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, si no existe mérito para acusar.
- ii. En la etapa de juzgamiento, excepcionalmente, el fiscal, el Ministerio Público o la Defensa pueden solicitarla de acuerdo a las causales de los numerales del 1 al 3 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

Antes de archivar las diligencias o solicitar la preclusión de la investigación, el fiscal debe verificar que:

- i. “Es competente para adoptar la decisión y no se está extralimitando en sus funciones.
- ii. Se han desarrollado diligencias de averiguación integrales para la recolección, valoración y práctica de todos los EMP y EF posibles.
- iii. Existen motivos facticos y jurídicos suficientes que permitan justificar la decisión.
- iv. Los EMP y EF e información utilizada en el sustento de la decisión cumplen con los requisitos de legalidad y licitud.
- v. La decisión está sustentada en hechos probados.
- vi. No se han omitido injustificadamente la valoración de ningún EMP y EF o información.
- vii. La decisión no está sustentada en normas derogadas, inexecutable, inconstitucionales o inadecuadas a los hechos.

- viii. No existen vicios en el procedimiento, en las formalidades del mismo y en las garantías del debido proceso.
- ix. La decisión se debe fundamentar en principios y valores constitucionales, en tratados internacionales, garantizando de forma plena los derechos fundamentales de las partes.
- x. No existe un precedente jurisprudencial aplicable al caso cuyas conclusiones y reglas sean contrarias a la decisión de archivo. En éste punto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado, por ejemplo, que la ausencia de desfloración puede estar relacionada con que el himen es dilatante, no con la inexistencia de la conducta de violencia sexual. Es en ese sentido, que el archivo de una investigación por no existir prueba física de la desfloración, resultaría contraria a dicho precedente jurisprudencial” (Corte Suprema de Justicia e, exp. 18455, 2005).
- xi. Se han identificado a todos los posibles responsables de los hechos.
- xii. “La víctima y su Representante han sido informados de la decisión y sus implicaciones; que también se han considerado sus posibles inconformidades o argumentos de la resolución. En este punto según la Corte Constitucional, se dice que las víctimas tienen derecho a expresar su inconformidad frente a esta decisión, solicitando el desarchivo o el rechazo de la petición de preclusión del proceso ante el juez. También pueden aportar nuevos elementos probatorios para solicitar con continuación de la investigación” (Corte Constitucional , C- 209 de de 2007) .

Se puede revocar una decisión de archivo o preclusión cuando:

1. Aparecen nuevos elementos probatorios.
2. Fueron desconocidos derechos y principios constitucionales en la decisión. La Corte constitucional ha determinado en su jurisprudencia algunos defectos en los que pueden incurrir las decisiones judiciales, los cuales son:

- a) Defecto orgánico.
- b) Defecto procedimental.
- c) Defecto fáctico
- d) Defecto material y sustantivo.
- e) Error inducido.
- f) Decisión sin motivación.
- g) Desconocimientos del precedente.
- h) Violación directa de la Constitución.
- i) Desconocimiento de los tratados y convenios internacionales.
- j) Se determina que la decisión fue arbitraria.

“La Corte Suprema de Justicia ha establecido unos lineamientos básicos que deben cumplir las decisiones de los funcionarios judiciales relativas a agresiones sexuales. Con base en cumplimiento de dichos lineamientos, una decisión de archivo puede ser revocada por el fiscal que la profirió o por un fiscal posteriormente asignado, mientras que una decisión de preclusión puede ser controvertida mediante recursos ordinarios (reposición y apelación o acción de revisión)” (Corte Suprema de Justicia, exp. 2007-0019, 2007).

La Corte Constitucional dice que “la imposibilidad de identificar al sujeto activo o pasivo en los delitos de violencia sexual infantil, no constituye una causal válida de archivo. Tampoco son motivo suficiente para el archivo o solicitud de preclusión de la investigación, las dificultades de personal en el desarrollo de actos investigativos, los obstáculos para lograr la participación de las víctimas en el proceso, y el paso del tiempo desde la ocurrencia de los hechos” (Corte Constitucional, T-520 2009).

2.4.11 Formas anticipadas de terminación del proceso penal

La investigación de los hechos de violencia sexual puede terminar de forma anticipada, siempre y cuando existan motivos y condiciones legales, por ejemplo y para la ley colombiana, podemos hablar de los pre-acuerdos y principios de oportunidad.

Los preacuerdos y el principio de oportunidad en casos de violencia sexual, deberán propender:

- I. La indemnización de los perjuicios causados a la víctima.
- II. El restablecimiento de derechos de la víctima.
- III. Las garantías de protección y medidas de no repetición.

a) Los Preacuerdos

“Los Preacuerdos son facultades reservadas para la Fiscalía General de la Nación, tienen como objeto negociar con el imputado o acusado las condiciones de su responsabilidad penal, a través de cambios en la imputación fáctica y jurídica, sin invisibilizar las conductas de violencia sexual. También se puede negociar el carácter subjetivo de la imputación (dolo, culpa, preterintención), el tipo de responsabilidad (autor o participe), la forma de ejecutar la pena, o el grado de ejecución del delito (de consumado a tentado), mediante la disminución de la pena. Además, mediante el preacuerdo se pactan medidas para la reparación a las víctimas” (Corte Suprema de Justicia, exp. 41570, 2013).

Para que se pueda celebrar un preacuerdo, el fiscal debe tener en cuenta:

- I. El acuerdo debe respetar los principios de legalidad, tipicidad, transparencia y lealtad con la administración de Justicia (Corte Suprema de Justicia, exp. 42184, 2014).
- II. El acuerdo debe procurar conservar el prestigio de la justicia, de forma tal que el fiscal debe realizar un ejercicio de ponderación sobre el costo-beneficio de celebrarlo.
- III. El fiscal debe abstenerse de:
 - a) Otorgar beneficios prohibidos expresamente por la ley.
 - b) Permitir que el indiciado obtenga beneficios superiores a los permitidos.

c) Conceder algún subrogado sin cumplir con las exigencias punitivas.

En el caso de violencia sexual infantil, la celebración de preacuerdos está limitada, toda vez que en estos delitos no proceden las rebajas de pena, ya que fueron prohibidas por el artículo 199 de la ley 1098 de 2006, el cual reza que “en los casos en los que la víctima de violencia sexual sea un niño, niña o adolescente, no proceden los beneficios por rebaja de pena o subrogados penales a favor del acusado”.

b) Principio de Oportunidad

El principio de oportunidad permite que la Fiscalía General de la Nación suspenda, interrumpa o renuncie al ejercicio de la acción penal por encontrarse ante alguna de las causales taxativas, autónomas e independientes consagradas en el art 324 de la ley 906 de 2004, que hagan preferible la terminación del procedo o renuncia al mismo.

Para aplicar el principio de oportunidad el fiscal requiere:

- I. Un mínimo de elementos materiales probatorios y evidencia física, que permitan inferir autoría o participación respecto de quién le podrá ser aplicado el principio de oportunidad.
- II. Control formal y material por parte del juez de control de garantías (Ley 599 de 2000, art. 327).

En el caso de violencia sexual en niños, niñas y adolescentes el principio de oportunidad es aplicable cuando se configura algunas de las siguientes circunstancias:

- i. El máximo de la pena sea menor a 6 años. Esta causal aplica únicamente para casos de acoso sexual, siempre que se repare integralmente a la víctima (Ley 599 de 2000, Art. 210a).
- ii. El imputado o acusado, antes de iniciar la audiencia de juicio oral, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realice nuevamente. Aplica, por ejemplo, para casos de inducción a la prostitución,

proxenetismo con menor de edad, turismo sexual y trata de personas con fines de explotación sexual.

- iii. El juicio de reproche de culpabilidad sea tan secundario que la sanción penal sea una respuesta innecesaria y sin utilidad social, por ejemplo, una relación sexual “consentida” entre un adolescente de 14 años y otro de 13 años de edad.
- iv. El imputado o acusado sea menor de 18 años (Para el caso del Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes (SRPA), debe tenerse como principio rector la aplicación preferente del principio de oportunidad de acuerdo con el art. 174 de la ley 1098 de 2006, de acuerdo con lo establecido en los arts. 321 a 330 de la ley 906 de 2004), siempre que tras realizar un análisis de proporcionalidad, se concluya que es más razonable y benéfico optar por medidas de carácter pedagógico, formativo y reparador, incluso si la víctima es menor de edad. Por ejemplo, al tratarse de conductas sexuales no violentas entre menores de edad en el marco de una relación sentimental.

El principio de oportunidad NO procede cuando:

- i. “Los hechos constituyen graves infracciones del Derecho Internacional Humanitario (DIH), delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio o graves violaciones a los derechos humanos” (Corte Constitucional, C-936 del 23 de 2010).
- ii. La víctima es menor de 18 años y su agresor mayor de edad o siendo este menor de edad resulta desproporcionada la aplicación del principio de oportunidad.

2.4.12. El Juicio Oral

La etapa de juicio oral es crucial para lograr el acceso efectivo a la justicia de las víctimas. Una apropiada atención y orientación a las mismas durante las fases anteriores del proceso, evita su retractación o falta de participación durante esta etapa.

a. Preparación de la teoría del caso

La teoría del caso guía el desarrollo del juicio, pues permite ordenar y articular los medios de prueba con los hechos penalmente relevantes para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.

b. Análisis y acreditación de medios probatorios

Una vez finalizado el proceso de investigación, el fiscal debe analizar la evidencia con la que cuentan. Esto incluye establecer las fuentes y disponibilidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física recolectados, y valorar su pertinencia, autenticidad, legalidad y suficiencia, para establecer si pueden ser excluidos o si presentan problemas con su mérito probatorio.

Los estándares legales para el análisis de pruebas en casos de violencia sexual están contenidos en los artículos 18 y 19 de la ley 1719 de 2014 y en el artículo 38 de la ley 1148 de 2011, así como en la jurisprudencia nacional e internacional.

A continuación, veremos pautas para el análisis de cada tipo de medio de pruebas:

1. “Testimonio de víctimas y testigos: La jurisprudencia nacional ha destacado la relevancia del testimonio de la víctima de un delito sexual. Se ha señalado que, cuando se encuentre con el mismo, debe ser considerado esencial para el esclarecimiento de los hechos, especialmente en el caso de víctimas menores de edad” (Corte Constitucional, T-554 de 2003).

Los riesgos ante los testimonios de los niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de violencia sexual, pueden ser:

- i. La víctima o los testigos pueden no estar dispuestos a rendir su testimonio.
- ii. Las víctimas o los testigos pueden presentar inconsistencias o cambiar la versión de los hechos en su declaración.
- iii. La defensa podría usar tácticas para desacreditar a la víctima o los testigos.

La teoría del caso de la fiscalía debe construirse usando diversos medios probatorios, pues no existe tarifa legal en casos de violencia sexual infantil. La imposibilidad de incluir el testimonio de la víctima en el juicio no debe ser interpretado como un indicio de la no ocurrencia de los hechos o como un impedimento para solicitar una condena al juez.

Para determinar la pertinencia y utilidad del testimonio de la víctima niño, niña o adolescente o testigo en la preparación para el juicio, se debe verificar:

- i. La disposición del niño, niña o adolescente víctima o testigo, para rendir testimonio en juicio.
- ii. Que no exista riesgo de ocasionar un alto impacto emocional en la víctima (para determinar un impacto emocional, puede apoyarse en una valoración especializada de un psicólogo que fundamente desde su experiencia, la conveniencia o no de presentar la entrevista o declaración de la víctima en juicio) o de comprometer su seguridad o la de su familia.

El fiscal no puede dudar de la credibilidad del relato del niño, niña o adolescente, por comportamientos sexuales anteriores o posteriores a su victimización, ni por supuesta inmadurez de su edad, ni por el contexto de los hechos.

Respecto del testimonio de la víctima infantil, es útil tener en cuenta que:

- i. “Es altamente confiable, debido a que los hechos suelen cometerse en espacios cerrados sin la presencia de testigos” (Corte Constitucional, T-554 de 2003). Esto,

específicamente frente al testimonio del niño, niña o adolescente, el cual goza de especial credibilidad.

- ii. “No es válido restar credibilidad al testimonio de la víctima niño, niña o adolescente bajo argumentos como inmadurez psicológica o la inferioridad mental” (Corte Suprema de Justicia, exp. 23706, 2006).
 - iii. El testimonio, como único, puede fundamentar una condena por parte del juez. Las inexactitudes, inconsistencias o variaciones en la narración de los hechos no inválida el testimonio, más bien, una perfecta coincidencia en la narración de los hechos haría pensar que fue preparado. Restar aptitud probatoria a dicha declaración carece de fundamento.
- a) Medios materiales de prueba a través del testimonio de peritos médicos (médicos forenses o tratantes), funcionarios de policía judicial o de otras entidades.

Estos testimonios son de utilidad para:

- i. Explicar el alcance de los resultados y el análisis efectuado sobre cualquier medio material de prueba (Inspección al lugar de los hechos, corroboración de los hechos, etc.) respecto de valoraciones técnico-científicas hechas sobre la víctima.
 - ii. Explicar el contenido de historias clínicas, así como de documentos confidenciales.
 - iii. Explicar el contenido de entrevistas realizadas.
- b) Medios de pruebas documentales en casos de violencia sexual infantil
- i. Registro civil de nacimiento.
 - ii. Historia Clínica de la víctima o del agresor.
 - iii. Constancias de estudio.
 - iv. Observador académico.
 - v. Antecedentes judiciales y disciplinarios del agresor.

Los documentos como medio de prueba pueden ser de utilidad para:

- Establecer filiación y parentesco entre víctima y agresor (determina también delito, concurso de delitos, agravantes).
- Establecer la existencia de antecedentes de violencia sexual en el agresor (antecedentes o anotaciones judiciales).

La Corte Suprema de Justicia ha dicho que “las historias clínicas y otros documentos confidenciales no deben constituirse como medios de prueba documentales, si no que su contenido debe ser explicado por un experto” (Corte Suprema de Justicia, exp. 25920, 2007).

c) Prueba de referencia

La prueba de referencia puede ser utilizada para:

1. Introducir lo dicho por la víctima niño, niña o adolescente o por los testigos en entrevistas, cuando no estén disponibles para asistir a juicio.
2. Introducir lo dicho por el indiciado en el marco de interrogatorios u otras diligencias de investigación.
3. Impugnar la credibilidad de testigos o peritos que serán presentados por la defensa.

Para determinar la pertinencia y autenticidad de un medio de prueba de referencia se debe evaluar que:

1. La declaración debe ser tomada respetando los requisitos establecidos para dicho medio de prueba, por ejemplo, la entrevista forense realizada a niños, niñas y adolescentes, de acuerdo a la ley 1652 de 2013.
2. El profesional que realice la entrevista forense al niño, niña o adolescente, debe cumplir con las calidades requeridas por el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal.

3. El fiscal debe presentar al juez los motivos que fundamentan la introducción de un medio de prueba indirecto, como la prueba de referencia, de acuerdo al artículo 438 del Código de Procedimiento Penal.

Providencia Judiciales

- a) Ley 906 de 2004

En el capítulo V, encontramos las clases de providencias judiciales. El artículo 161, nos señala las clases de providencias judiciales:

(...)

2. Autos, si resuelven algún incidente o aspecto sustancial.
3. Ordenes, si se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación o evitar el entorpecimiento de la misma. Serán verbales, de cumplimiento inmediato y de ellas se dejará un registro.

PARÁGRAFO. “Las decisiones que en su competencia tome la Fiscalía General de la Nación también se llamarán órdenes y, salvo lo relacionado con audiencia, oralidad y recursos, deberán reunir los requisitos previstos en el artículo siguiente en cuanto le sean predicables”.

En el capítulo VIII, se encuentran plasmados los recursos ordinarios.

El artículo 176, señala:

- Reposición: Salvo las sentencias, éste recurso procede para todas las decisiones y se sustenta y resuelve de manera oral e inmediata en la respectiva audiencia.
- Apelación: Procede salvo los casos previstos en el Código de Procedimiento Penal, contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra la sentencias condenatoria y absolutoria.

Art. 177, reza:

“Efectos. (artículo modificado por el artículo 13 de la ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente) La apelación se concederá:

En el efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de quien profirió la decisión objeto de recurso se suspenderá desde ese momento hasta cuando la apelación se resuelva:

- i. La sentencia condenatoria o absolutoria.
- ii. El auto que decreta o rechaza la solicitud de preclusión.
- iii. El auto que decide la nulidad.
- iv. El auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral; y
- v. El auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral.

En el efecto devolutivo, en cuyo caso no se suspenderá el cumplimiento de la decisión apelada ni el curso de la actuación:

- i. El auto que resuelve sobre la imposición, revocatoria o sustitución de una medida de aseguramiento.
- ii. El auto que resuelve sobre la imposición de una medida cautelar que afecte bienes del imputado o acusado.
- iii. El auto que resuelve sobre la legalización de captura.
- iv. El auto que decide sobre el control de legalidad del diligenciamiento de las órdenes de allanamiento y registro, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares.
- v. El auto que imprueba la aplicación del principio de oportunidad en la etapa de investigación.
- vi. El auto que admite la práctica de la prueba anticipada”.

3. CAPITULO III- JURISPRUDENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA, EN CASOS DE DECISIONES JUDICIALES DE MENORES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL

En éste capítulo, el entendido es analizar algunas sentencias donde la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia a partir de las leyes colombianas y de los tratados y convenios internacionales, se han pronunciado sobre el principio del interés superior del niño en procesos donde operadores de justicia (jueces y fiscales) del territorio nacional han tomado decisiones en delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, siendo víctimas niñas, niños y adolescentes.

Es aquí donde se debe entender que en la parte motiva de las sentencias, estaremos frente a las etapas de evaluación y determinación, toda vez que las decisiones finalizan con la imposición de dejar patente que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial lo cual incluye explicar cómo se ha examinado y la importancia que se le ha atribuido a esa decisión (Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Mayo 2013, párrafo 14 letra b.). En este sentido el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, explica que “a fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño y que su interés superior ha sido evaluado, constituyendo una consideración primordial conforme a los tratados y convenios internacionales, cualquier decisión que involucre niños, niñas y adolescentes debe estar motivada, justificada y explicada”. Continuando en un nivel internacional, ésta idea se refuerza en la opinión consultiva N°17 donde se señala que “cualquier actuación que afecte a los menores de edad debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, debe ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atendiendo el interés superior del niño, siendo sujetos a procedimientos y a las garantías

que permitan en todo momento verificar su idoneidad y legitimidad.” (CIDH, 2002, Serie A No. 17, párr. 113).

Por lo anterior, se puede decir que las sentencias terminan siendo el principal insumo de la investigación, toda vez que son documentos jurídicos que tienen directa y estrecha relación con el derecho, siendo ellas el producto final del sistema jurídico, que cierra la investigación de un caso particular y como cuerpo documental, permiten ser tratadas de forma técnica y cualitativa.

En este acápite de la investigación, el análisis jurisprudencial se realiza con dos metodologías, una cualitativa y otra estática; inicialmente se presentará una cualitativa donde se escogerán y analizarán de forma individual y general sentencias, las cuales están basadas en principios teóricos de la hermenéutica; lo que se busca con esta metodología es dar aplicación a los capítulos I y II del presente trabajo, de tal forma que se logre entender la posición de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia colombiana en las decisiones tomadas por los operadores judiciales de acuerdo a las circunstancias fácticas, donde son víctimas de abuso sexual, niños, niñas y adolescentes; así mismo se hará un análisis estático que otorga una profundización sobre los argumentos utilizados por las Cortes en su estudio, conforme a los tratados y convenios internacionales.

Para la elaboración de dicho análisis se trabaja una tabla por cada sentencia que permite entender de manera clara y precisa la determinación de los hechos por los cuales se genera la investigación, el derecho vulnerado, las decisiones tomadas por los jueces y fiscales en las etapas de indagación e investigación del proceso penal y los pronunciamientos que realizan la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, y en general, cualquier aspecto que resulte relevante para el estudio del caso.

3.1. Aspectos relevantes estudiados en las fases cualitativas y estáticas de la investigación, respecto de las decisiones judiciales.

Para visualizar y vincular adecuadamente el tema del discurso jurídico y la persistencia de las prácticas de los operadores judiciales para la toma de decisiones y la terminación de los procesos penales (Archivo de diligencias, preclusión, condena absolutoria, preacuerdos, práctica de pruebas, etc.) en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales donde son víctimas niños, niñas y adolescentes, organizamos el análisis de los documentos tomando las sentencias más recientes y las cuestiones más relevantes que surgen de los hechos; por lo que se hizo necesario y en procura de sostenerse dentro de los límites que hicieran posible el desarrollo del presente trabajo, restringir su campo al del específico tema, al de las decisiones tomadas por los jueces y fiscales en el sistema jurídico penal colombiano, donde en algunos casos dichas decisiones se apartan del interés superior del menor, de acuerdo a los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia:

3.1.1. Análisis de las sentencias

3.1.1.1. Sentencia T-078 de 2010

- Corporación: Corte Constitucional

- Referencia: expediente T-2418585
- Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.
- Accionante: Nestor Ivan Osuna
- Accionada: Fiscalía 21 de Cartagena y la Fiscalía Cuarta ante el Tribunal de Cartagena.
- DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de 14 años

En la sentencia a analizar observaremos:

- Autoridades judiciales en procesos penales: Valoración probatoria y Actuación discriminatoria contra las víctimas.
- Decisión del operador judicial: Preclusión de diligencias

ACTUACIONES PROCESALES	HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES
ANTECEDENTES	<p>La presente investigación se inició por una denuncia que presentó la madre de una niña de tres años de edad, de quién dijo haber sido víctima del delito de Actos sexuales abusivos en menor de catorce años, por parte del padre.</p> <p>NÉSTOR IVÁN OSUNA PATIÑO, actuando como apoderado de la madre dela víctima y de su hija menor de edad, interpone acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación (Unidad Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Fiscalía Cuarta y la Fiscal Seccional 21 de Cartagena), para la protección inmediata de los derechos al debido proceso, acceso a la justicia, igualdad e interés superior de la menor.</p>
Acción de tutela contra providencias judiciales-procedencia excepcional	<p>DEFECTO FACTICO POR NO VALORACION DEL ACERVO PROBATORIO: Esta hipótesis se presenta cuando el funcionario judicial OMITE considerar y valorar EMP que se encuentran dentro del proceso, toda vez que no los tiene en cuenta o no los advierte para efectos de fundamentar su decisión y, en el caso concreto, resulta evidente que, de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido habría cambiado sustancialmente.</p>
Hecho objeto de debate	<p>En el presente asunto judicial se aportaron, decretaron y practicaron las siguientes pruebas: psicológicas; b) medico legales c) entrevista forense a la niña víctima. Todas estas pruebas, de modo unánime, coincidieron en afirmar que existieron actos de abuso sexual en contra de la menor de edad.</p> <p>La Fiscal Seccional 21 de Cartagena, desecha los EMP antes descritos y echa de menos la falta de declaración sin juramento de la menor, olvidando que los menores de doce (12) años de edad, no están sometidos a la declaración bajo juramento. En el caso específico del</p>

Problema jurídico	<p>testimonio de los menores de 12 años, se observa que tanto en el artículo 266 de la Ley 600 de 2000, como el artículo 383 de la Ley 906 de 2004 se establece que cuando estos hablen sobre los hechos experimentados, no se les recibirá juramento y que en lo posible deberán ser asistidos por su representante legal o Defensor de Familia. Este hecho conlleva a la PRECLUSION DE LAS DILIGENCIAS. La cuestión que se plantea radica en determinar si en el presente caso se configura una causal de procedibilidad de la acción de tutela y si por una indebida valoración probatoria se vulneraron los derechos mencionados, de acuerdo a las resoluciones proferidas dentro de la investigación penal adelantada por el delito de actos sexuales abusivos en menor de catorce años.</p>
Conclusiones del análisis conforme a los Planteamientos de la Corte Constitucional.	<p>El deber de los fiscales que fallaron la investigación de este caso, era velar por la protección del interés superior de la menor, y no deducir consecuencias jurídicas de una falta de comparecencia que no era legalmente exigible. Por ende, incurre la providencia de primera instancia en un claro defecto sustantivo al sugerir la aplicación de una norma claramente inaplicable al caso sub examine.</p>
Consideraciones y argumentos de la Corte constitucional respecto del actuar del operador judicial (fiscalía):	<p>“Los fiscales emplean un argumento circular que no conduce al esclarecimiento de la verdad de lo sucedido, que es finalmente lo que se busca en el proceso investigativo. Rechazar un peritazgo por formal y otro que dice lo mismo, por informal, es una técnica perversa frente a las pruebas que unánimemente describen un abuso sexual donde es víctima una niña de 3 años. Los operadores judiciales no captaron las decisiones acusadas, cuáles eran las necesidades de la víctima, no privilegiaron sus intereses y les dieron a las pruebas los alcances que su arbitrio les dictó; lo que realmente hicieron fue prescindir del testimonio de la víctima menor, que debía ser valorado independientemente de que se hubiera dado por interpuestas personas, como fueron las psicólogas en este caso. Ignorar el testimonio de la menor, es igualmente incurrir en una vía de hecho por contrariar el precedente constitucional según el cual, en los casos de abusos de menores, el testimonio de la víctima puede bastar como prueba de cargo”.</p>
Los niños y las niñas como sujetos de especial protección constitucional.	
Decisión de la Corte Constitucional	<p>TUTELAR los derechos al debido proceso y al interés superior de la menor. En consecuencia, REVOCAR las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia en sus Salas de Casación Civil y Penal.</p> <p>DEJAR SIN EFECTO la Resolución No. 92 de 2 de diciembre de 2008, proferida por la Fiscalía Seccional 21 de Cartagena, que precluyó la investigación, y la Resolución 064, de la Unidad Delegada ante el Tribunal del Distrito Judicial de Cartagena (Fiscalía Cuarta), proferida en Cartagena el 19 de mayo de 2009, mediante la cual se confirmó la decisión preclusiva de primera instancia.</p>

Análisis crítico de la Jurisprudencia

En la precitada sentencia, la Corte Constitucional hace referencia al bloque de constitucionalidad, en ese sentido reafirma que “...Con el tiempo, la presencia de los niños en los grupos humanos ha provocado un creciente y evolutivo interés de parte de la comunidad internacional, en tanto se ha impuesto la necesidad de reconocer, precisar, proteger y consolidar sus derechos al amparo de unas categorías políticas y sociales que otorguen suficiente soporte al discurrir de su crecimiento, desarrollo e integración fundamental en la sociedad, que de suyo abreva desde antiguo en la irradiación de esa sorprendente inteligencia y demoledora capacidad de cuestionamiento que protagonizan los niños... (Corte Constitucional , C-1068 de 2002)”.

Por otra parte, y conforme a criterios jurídicos para determinar el interés superior del menor y consecuente con las normas internacionales, la Corte dijo “...A su turno, el derecho internacional de los derechos humanos se ha ocupado de proteger los derechos del niño y de la niña, y de garantizar la protección prevalente del interés superior del menor” (Corte Constitucional, T-078 de 2010).

Así, en cumplimiento de las disposiciones constitucionales, legales e internacionales, la Corte Constitucional ha señalado que “los criterios que deben regir la protección de los derechos e intereses de los menores que comprende la garantía de un desarrollo armónico e integral son: i) la prevalencia del interés del menor; ii) la garantía de las medidas de protección que su condición de menor requiere; iii) la previsión de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y saludable, y en condiciones de libertad y dignidad” (Corte Constitucional, T-078 de 2010).

En consecuencia, con el presente caso tras de no valorarse el interés superior de la menor víctima, los funcionarios judiciales constituyeron también actos de discriminación, ya que con su actuar y sus decisiones, desconocieron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

(Art. 24. Núm. 1), así como uno de los principios generales internacionales en materia de infancia (Igualdad y no discriminación), donde en consecuencia resalta la Corte en los precedentes judiciales “cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omitiendo realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria, generan actos de discriminación” (Corte Constitucional, T-078 de 2010).

Según el relato de la demanda, descartadas las pruebas técnicas que obran en el expediente, la fiscalía 21 seccional de Cartagena analizó algunas pruebas testimoniales de personas que conocían al acusado (algunas con cercanía familiar y dependencia económica respecto del mismo). En la valoración de esos testimonios, “no hay constancia alguna de los actos de abuso sexual referidos por la prueba técnica y la fiscalía no tuvo en cuenta lo reiteradamente sostenido por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en varios fallos acerca de la prueba de delitos sexuales, en los que la versión de la víctima se ha admitido reiteradamente como prueba única, y en los que se ha considerado que es absurdo pretender que el violador o el abusador realice sus comportamientos perversos en presencia de testigos; no se tuvo en cuenta que el abuso sexual, es un delito silente. En verdad, la fiscalía creó una serie de inexistentes requisitos legales para que la evaluación de los facultativos al menor víctima del abuso pudiera tener algún valor probatorio, olvidando que solo la prueba pericial está sometida a mínimos requisitos formales”.

3.1.2. Sentencia T-923 de 2013

- Corporación: Corte Constitucional
- Referencia: expediente T-3.996.309
- Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.
- Accionante: Madre de niña víctima
- Accionada: Fiscalía Primera Seccional Caivas de Cúcuta.
- Delito: Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado y en concurso homogéneo y sucesivo. -Art 209 C.P

En la sentencia a analizar observaremos:

- a) Responsabilidad de los jueces: Como garante de derechos.
- b) Responsabilidad de la fiscalía: Decisión por terminación del proceso por ARCHIVO Y PRECLUSIÓN DE LAS DILIGENCIAS (Incorrecta valoración del material probatorio).

ACTUACIONES PROCESALES	HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES
ANTECEDENTES	El trámite de revisión de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta - Sala de Decisión Penal - el 7 de junio de 2013, negó por improcedente la acción de tutela interpuesta por AA, en representación de su hija BB ¹ (aclaración previa), contra la <u>FISCALÍA SECCIONAL CAIVAS I DE CÚCUTA DEL 13 DE FEBRERO DE 2012 MEDIANTE LA CUAL DISPUSO PRECLUIR LA INVESTIGACIÓN ADELANTADA CONTRA CC</u> . AA solicita se ordene a la entidad accionada reabrir el proceso penal y solicita el amparo de los derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación de su hija, al debido proceso y la prevalencia de sus derechos, conforme al artículo 44 de la Constitución, los cuales estima vulnerados.

¹ No se registra el nombre de la niña en aplicación del numeral 8 del artículo 47 del Código de la Infancia y la Adolescencia. Teniendo en cuenta que en las sentencias se involucran los derechos de niños, niñas y adolescentes, se mantendrá la medida de protección a la intimidad que fue adoptada por los jueces que conocieron los casos a continuación expuestos, consistente en suprimir de las providencias que sean proferidas en estos trámites, el nombre de los niños, niñas y adolescentes, así como los datos e informaciones que permitan conocer su identidad¹.

<ul style="list-style-type: none"> • Acción de tutela contra providencias judiciales-Requisitos generales y especiales de procedibilidad. 	<p>DEFECTO FACTICO-Dimensión negativa de la prueba por valoración defectuosa del material probatorio allegado al proceso.</p>
<p>Traslado y Respuesta de la autoridad accionada (Fiscalía Primera Seccional Caivas de Cúcuta)</p>	<p>Ocurre cuando el funcionario judicial niega la práctica del medio probatorio solicitado, no ordena el que debía recaudar de oficio u omite la valoración de elementos de juicio determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge.</p> <p>La fiscalía decidió apartarse y negar valor probatorio a la versión dada por la menor víctima de los hechos, porque aduce una inconsistencia en la fecha en que iniciaron los tocamientos. En la contestación a la acción de tutela la entidad accionada luego de hacer un recuento cronológico de las diligencias realizadas dentro de la investigación penal adelantada contra CC y que culminaron en virtud de la DECISIÓN DE PRECLUSIÓN de la investigación, sostiene que todas las decisiones tomadas dentro del proceso estuvieron debidamente sustentadas y razonadas.</p>
<p>Problema jurídico</p>	<p>Con el fin de determinar si la actuación del ente investigador significó una amenaza o violación de los derechos fundamentales de la tutelante y su hija, la Corte analizará los siguientes temas relevantes : i) procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; ii) Los niños y las niñas como sujetos de especial protección constitucional; iii) El derecho de acceso a la administración de justicia de los niños, niñas y adolescentes víctimas de conductas punibles; y iv) Los deberes de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación en desarrollo de investigaciones de conductas cometidas contra menores de edad.</p>
<p>Conclusiones del análisis conforme a los Planteamientos de la Corte Constitucional.</p>	<p>De conformidad con lo anterior, observa la Sala de Revisión sustanciales deficiencias en la valoración probatoria efectuada por el funcionario judicial accionado en la resolución de preclusión de la investigación, que constituyen una razón de más para otorgar el amparo solicitado.</p>
<p>Consideraciones y argumentos de la Corte constitucional respecto del actuar del operador judicial (fiscalía):</p>	<p>La Constitución Política, en el artículo 13 anticipa el deber de protección especial que tiene el Estado con los niños, niñas y adolescentes en consideración a la condición de debilidad manifiesta.</p>
<p>Los niños y las niñas como sujetos de especial protección constitucional.</p>	<p>Posteriormente, este deber de protección se concreta y realiza en el artículo 44 de la Constitución Política que declara que los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los de los demás. De igual forma ratifica que distintos Instrumentos de Derecho Internacional han reconocido de manera especial los derechos de los niños, niñas y adolescentes: la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones</p>

	internacionales que se interesan en el bienestar del niño; en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y posteriormente aprobada en Colombia a través de la Ley 12 de 1991, que en su artículo 19 señala que los Estados partes están llamados a establecer medidas de protección no sólo en el campo legislativo, sino también en el administrativo, económico y social a favor de los niños.
Decisión de la Corte Constitucional	Dentro de lo resuelto por la Corte Constitucional, se resalta “Ordenar a la fiscalía primera seccional Caivas de Cúcuta que disponga las medidas correctivas que correspondan para continuar con el proceso por los cauces legales previstos en la Ley 906 de 2004, formulando imputación y teniendo en consideración el material probatorio legalmente recaudado, el cual conserva su validez y debe ser valorado e incorporado a la investigación y al juicio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del fallo.

Fuente: Corte Constitucional-Sentencia T-923 de 2013.

Análisis crítico de la Jurisprudencia

De acuerdo al análisis de la anterior sentencia, refiere la Corte, “...Existe consenso en la legislación nacional e internacional en el sentido de rodear a los niños de todas las garantías que se requieran para proteger su proceso de formación y desarrollo, y establecer disposiciones que fijen un trato preferente en razón de su condición de pronunciada vulnerabilidad por su natural sujeción frente a los adultos con los cuales se relaciona. De allí que el artículo 44 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establezca el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual “La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.” Lo cual permite establecer redes de protección de los niños a efectos de evitar en todo momento y lugar su desamparo” (Corte Constitucional, T-923 de 2013).

Entonces vemos que en la sentencia hubo errores fácticos y procedimentales por parte de los operadores judiciales como la fiscalía y el juez de tutela, donde por parte del Tribunal se evidencia que éste debió amparar el derecho fundamental al debido proceso de la menor y haber dejado sin efectos la resolución de preclusión de la investigación censurada por la fiscalía, permitiendo un nuevo estudio del caso y del material probatorio existente.

3.1.3. Sentencia T 512 DE 2016

Corporación: Corte Constitucional

Referencia: Expediente T-5.474.128

Magistrado Sustanciador: Luis Ernesto Vargas Silva

Accionante: Ángel Eduardo Marín Quintero

Demandados: Secretaría de Educación del Tolima.

Delito: acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso homogéneo agravado con pornografía infantil

En la sentencia a analizar observaremos:

- a) Habeas data en proceso penal: Caso en que se solicita que el rector de un colegio sea retirado de su cargo, en razón al riesgo al que se exponen los estudiantes por sus antecedentes penales por delitos sexuales con niños, niñas y adolescentes.
- b) Responsabilidad del operador judicial (Juez): Para dirimir el conflicto de derechos (principio del interés superior del menor y principio de resocialización).

ACTUACIONES PROCESALES	HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES
HECHOS	El señor Luis Alfonso Cano Bolaños fue condenado en el año 2000 por el Juzgado primero Penal del Circuito de Barranquilla a sesenta meses de prisión por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso homogéneo agravado con pornografía infantil (Proceso N°. 2000-0282), quién durante el lapso de un año realizó prácticas sexuales a menores de edad y sobre todo menores de 14 años a quienes les realizaba fotos y videos de tales conductas; quince años después

	<p>el antes mencionado se posesionó como rector de Institución Educativa “Antonio Herrán Zaldúa de Honda Tolima.</p>
<p>ANTECEDENTES</p>	<p>El 1 de diciembre de 2015, el señor Ángel Eduardo Marín Quintero instaura acción de tutela contra la Secretaría de Educación del Tolima, considerando que los Derechos fundamentales de los estudiantes de la Institución Educativa “Antonio Herrán Zaldúa”, se encuentran vulnerados (integridad personal e interés superior), porque el Rector de dicha Institución tiene antecedentes penales por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.</p> <p>El 15 de diciembre de 2015, el Juzgado Civil del Circuito de Honda Tolima, negó la acción de Tutela, aduciendo “analizando los argumentos presentados por el accionante, tenemos que solo con el hecho de ser rector el señor LUIS ALFONSO CANO BOLAÑOS, no pone en riesgo o vulnera siquiera el interés superior de los niños de la comunidad formativa, ya que según valoración de las pruebas allegadas por el mismo Rector (documentales y testimoniales), éste ha desempeñado cabalmente sus funciones, tanto así que docentes, estudiantes, y padres de familia apoyan la gestión realizada, máxime que no tiene actualmente ninguna deuda con la sociedad o la justicia.”</p>
<p>PRETENSIONES</p> <p>Problema jurídico</p>	<p>Dejar sin efecto el nombramiento como rector de LUIS ALFONSO CANO BOLAÑOS”</p> <p>Entre otras, “planteada la tensión entre los derechos fundamentales contrapuestos para el caso concreto, pasa la Corte a identificar los siguientes problemas jurídicos puntuales que de allí se derivan:</p> <p>¿Se vulnera el derecho fundamental al habeas data penal, a la resocialización y el derecho al olvido, de una persona condenada a la que le fue declarada extinta su pena, al revelarse sus antecedentes penales por delitos sexuales con menores de edad en el proceso de selección objetiva para el cargo de Directivo Docente de una Institución Educativa?</p> <p>¿El marco constitucional de protección reforzada sobre los niños, niñas y adolescentes, en especial cuando se trata de delitos sexuales, impide que una persona condenada por tales delitos, que ha cumplido la pena y demostrado buena conducta, desempeñe de manera habitual y permanente actividades educativas con menores de edad?</p>
<p>Conclusiones del análisis conforme a los Planteamientos de la Corte Constitucional.</p>	<p>La resocialización como principio constitucional. Marco jurisprudencial: “Dentro del marco constitucional, el sistema penitenciario está orientado no sólo a la garantía y protección de los derechos fundamentales de la población carcelaria, sino que tiene como fin último, la resocialización y reintegración de las personas que fueron privadas de la libertad, como expresión del Estado Social de Derecho, y los principios humanistas y de solidaridad. A través de la reclusión y la penitenciaría, se pretende la resocialización de la persona privada de la libertad para que, tras cumplir con su condena pueda reintegrarse al</p>

Consideraciones y argumentos de la Corte Constitucional respecto de las garantías de los estudiantes de la Institución educativa	tejido social y adopte las reglas sociales y jurídicas que le permitan mantener la convivencia social. En consecuencia, la resocialización debe ser el principal objetivo de la reclusión, así como la disuasión, que permitan garantizar la no repetición. Precisamente en relación con las funciones de la pena, en Colombia, el sistema penal contempla que estas son: “prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado”. Expresando particularmente que: “La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”.
Los niños y las niñas como sujetos de especial protección constitucional.	Sobre este punto la Corte constitucional, hace referencia al marco de protección del derecho internacional sobre los derechos de los niños, del cual dice que está conformado por distintos Tratados e Instrumentos que tienen el carácter de obligatorios para el Estado colombiano (Convención sobre los Derechos del Niño art. 3-1, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 24-1, art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, Declaración Universal de Derechos Humanos art. 25-2) y entre otras sentencias, hizo referencia a la sentencia C-318 de 2003, la cual puntualiza respecto de los niños, niñas y adolescentes: “i) el respeto de la dignidad humana que, conforme a lo previsto en el Art. 1º de la Constitución, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho colombiano; ii) su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social, y, iii) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos”.
Decisión de la Corte Suprema de Justicia	Entre otras, “REVOCAR la sentencia del 15 de diciembre de 2015, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Honda, dentro del expediente T-5.474.128, y en su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, en los términos de esta providencia”.

Fuente: Corte Constitucional-Sentencia T-512 DE 2016

Análisis crítico de la Jurisprudencia

Al realizar una lectura minuciosa de la sentencia en estudio, se observa que la Corte Constitucional consideró que dejar en el cargo al rector de la institución educativa “Antonio Herrán Zaldúa” es colocar en riesgo los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes de dicha institución, por lo que con la tutela instaurada, se buscó garantizar los derechos a la protección integral (art. 7), al interés superior de los niños, niñas y adolescentes

(art. 8), la prevalencia de los derechos (art. 9), la exigibilidad de los derechos (art. 11) y el derecho a la integridad personal (art. 8) de la Ley 1098 de 2006.

El operador judicial (Juzgado civil del circuito de Honda Tolima), cuando decidió negar la tutela en favor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de la institución educativa, aduciendo la no vulneración de los mismos basándose en pruebas documentales y testimoniales presentadas por el mismo rector, se apartó de los preceptos legales internacionales y constitucionales que rigen en favor de los menores, este operador, simplemente amparó los derechos al habeas data penal, a la resocialización y el derecho al olvido de una persona condenada, sin sopesar que se encontraban en juego los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, que desde los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia y su especial prevalencia, se consagran en el artículo 44 de la Carta Magna, donde en consonancia reza: “ los niños son considerados sujetos de especial protección constitucional”, que demandan una posición activa y orientadora por parte del Estado, la sociedad y la familia para brindarles las garantías y beneficios que los protejan en su proceso de formación y desarrollo (Corte Constitucional, T-512 de 2016).

Adicionalmente y para el caso puntual, se está ante una situación en donde los niños gozan de un marco de protección que presenta un carácter reforzado, por tratarse de asuntos relacionados con delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

3.1.4. Sentencia T-116 de 2017

Corporación: Corte Constitucional.

Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez

Demandante: Subdirección nacional de atención a víctimas y usuarios de la Fiscalía

General de la Nación

Demandado: Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio

Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años

En la sentencia a analizar observaremos:

- a) Responsabilidad de los jueces como garante de derechos: Testimonio de menores de edad por delitos se
- b) Practica de prueba anticipada (Excepción válida en el principio de inmediación y garantía de los Derechos de los menores).

ACTUACIONES PROCESALES	HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES
ANTECEDENTES	<p>La Corte Constitucional en la presente sentencia, destacó hechos en los que la menor XXX de 6 años de edad, fuera víctima del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, por parte del compañero sentimental de su madre, señor ZZZ, de quién dijo que en repetidas ocasiones le introdujo el pene por la cola y en la boca.</p> <p>En la presente oportunidad, la acción de tutela objeto de estudio surge con ocasión del proceso penal que adelanta el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio en contra del señor BBB, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años. En el mismo proceso, para la etapa de juicio oral, la defensa del imputado solicitó que se decretara como prueba el testimonio de la menor. Sin embargo, el juez de conocimiento negó la práctica con la finalidad de evitar su revictimización. Impugnada la decisión, el superior jerárquico la revocó en el entendido que, más allá de las garantías especiales para llevarse a cabo la práctica de testimonios de menores en estos casos, el ordenamiento no prevé una prohibición para que comparezcan. Asimismo, el aquem</p>

	<p>advirtió que en el presente caso no se observa que la menor haya manifestado su voluntad en uno u otro sentido sobre rendir el testimonio, ni que se cuente con un reporte pericial fehaciente en el que de manera concreta se pueda concluir que existiera un riesgo real de revictimización para la niña con tal práctica probatoria.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Acción de tutela contra providencias judiciales-Requisitos generales y especiales de procedibilidad. 	<p>En este contexto, debe tenerse en cuenta que el testimonio de la menor XXX fue solicitado en el juicio penal por la defensa del sindicado. Sin embargo, el juez de conocimiento negó su práctica por considerar que ello generaría una revictimización de la posible víctima por su condición de menor y haber transcurrido 2 años desde la ocurrencia de los hechos. Esta decisión, fue controvertida por la defensa a través del recurso de reposición y apelación. El primero fue negado, pero el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, Sala de Decisión Penal revocó la decisión de primera instancia al considerar que la ley no proscribía la declaración a las víctimas menores de edad, sino que “deben tomarse especiales cuidados en su deposición y, ante todo, tomarse en cuenta siempre su opinión, que en este caso brilla por su ausencia.</p>
<p>Problema jurídico</p>	<p>En la presente oportunidad corresponde a la Corte determinar si la entidad accionada, que ordena la práctica del testimonio de la niña XXX dentro del proceso penal en el que la misma tiene la calidad de víctima del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, genera una revictimización de la menor y, con ello, vulnera su derecho fundamental a la dignidad humana en relación con el principio de interés superior de los niños y niñas.</p>
<p>Conclusiones del análisis conforme a los Planteamientos de la Corte Constitucional.</p>	<p>La Corte advierte que las reglas observadas en relación con la participación de los menores en los procesos penales, sobre todo cuando se trata de rendir testimonios, constituyen un imperativo para las autoridades que participan en el proceso penal, pues como lo ha sostenido esta Corporación “[l]a normativa interna, la jurisprudencia constitucional y varios organismos internacionales han sentado importantes directrices que deben guiar los procesos judiciales penales en los que los niños intervienen como víctimas y testigos, con la finalidad de promover la realización de sus derechos. Estas directrices deben orientar no solamente el trámite del proceso, sino también las decisiones que se adoptan en materia de decreto y práctica de pruebas -como exámenes médicos y testimonios.</p>
<p>Consideraciones y argumentos de la Corte constitucional respecto del actuar del operador judicial (Tribunal), apoyados en Tratados y convenios internacionales:</p> <p>Los niños y las niñas como sujetos de especial protección constitucional</p>	<p>De manera particular, el código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) se refirió a los derechos y garantías especiales en favor de menores cuando son víctimas de delitos. Sobre lo cual dispuso que “en los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas, el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior, la prevalencia de sus derechos, la protección integral y los derechos consagrados en los convenios internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en esta ley.</p>
<p>Decisión de la Corte Constitucional</p>	<p>CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de junio de 2016, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que, a su</p>

vez, confirmó la sentencia proferida el 19 de abril de 2016, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Fuente: Corte Constitucional-Sentencia T-116 de 2017

Análisis crítico de la jurisprudencia

En el caso decidido a través de la sentencia ahora en cita, observamos la importancia del testimonio de los menores en delitos sexuales, pero sobre todo la práctica de pruebas a los mismos, sin que medie la revictimización; por lo tanto, con la figura de la prueba anticipada, se puede llevar a cabo la práctica de un testimonio de un niño, niña o adolescente víctima de abuso sexual sin que éste sea revictimizado, donde se requiere llamar al menor con anticipación al juicio oral, para que narre los hechos por el vivenciados y que ocurrieron mucho tiempo atrás. Anticipar la prueba resulta preventiva para la afectación del niño, niña o adolescente y del contenido del testimonio, de tal forma que se llega a proveer al proceso de material probatorio que permite la construcción del caso y la garantía de contradicción para la persona acusada como expresión de su derecho a la defensa.

En referencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), aduce la importancia de la protección de niños, niñas y adolescentes en el curso de los procesos de índole judicial, en los cuales refiere que se debe tener en cuenta cada situación en particular y donde en todo caso y momento, debe prevalecer el interés superior de los mismos (CIDH, 2002. Serie A No. 17, párrafo 102.).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, “entre las reservas que hace a los Estados, exige que para que se obtenga la declaración o entrevista de menores víctimas de delitos sexuales no se debe acudir a la revictimización y que por lo tanto estos se deben escuchar en el relato de

los hechos por una sola vez, y hasta dos veces si es necesario, con el objeto de que se evite un impacto traumático en su estructura psicológica” (CIDH, 2002).

La UNICEF (2014), en sus directrices dice que se debe garantizar que los juicios en los que participen niños, deben celebrarse tan pronto como sea práctico y de manera expedita a menos que las demoras redunden en el interés superior del niño, por lo que además deberán haber procedimientos, leyes o reglamentos procesales que acelerar las causas en que esos niños estén involucrados; es por ello, que la presente sentencia y de acuerdo al resuelve, la Corte Constitucional, llama la atención de la Fiscalía General de la Nación para que “en las causas penales en que los menores tengan la calidad de testigos o víctimas, y dentro del ejercicio autónomo de sus funciones, contemple la posibilidad de hacer uso de la práctica de la prueba anticipada para que los menores rindan testimonio dentro del proceso, evitando la revictimización que puede significar volver sobre hechos delictivos acontecidos tiempo atrás, así como para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio y garantizar el derecho a la defensa del presunto responsable”.

En conclusión, el presente caso, deja entrever como el funcionario de la Fiscalía General de la Nación, dentro del proceso penal no precavó la utilización de la práctica de la prueba anticipada con la menor víctima, simplemente buscó que el testimonio de la misma fuera excluido en el juicio oral, argumentando la revictimización, pero sin demostrar la misma con los presupuestos exigidos por los jueces de tutela (“como por ejemplo, que ya ha rendido versiones sobre lo sucedido y que ello lo ha afectado, o que la misma se muestra renuente a comparecer en razón a las lógicas consecuencias de los hechos de que ha sido víctima, o cuando se tiene un soporte pericial o recomendación psicológica, eventualidades que no se ha siquiera aducido en este caso”); La Corte Constitucional ampara los derechos de las víctimas menores de edad, pero advierte que “si bien el funcionario judicial goza de discrecionalidad para ordenar la recolección de elementos

materiales probatorios de oficio, no puede decretar pruebas cuya práctica termine afectando aún más emocional y psicológicamente a dicha víctima, conforme a lo manifestado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Constitucional, T-116 de 2017).

3.1.5. Sentencia SP4175 de 2018

Corte Suprema de Justicia

Referencia: Radicación 49463

Magistrado Ponente: Luis Antonio Hernández Barbosa

Accionante: Fiscalía 001 CAIVAS de Popayán

Contra: Tribunal Superior de Popayán

Delito: Actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

En la sentencia a analizar observaremos:

- a) Responsabilidad de los jueces: Como garante de derechos
- b) Decisión de tribunal superior: Terminación del proceso por REVOCAR SENTENCIA CONDENATORIA Y PROFERIR UN FALLO ABSOLUTORIO.

ACTUACIONES PROCESALES	HECHOS Y ACTUACIONES PROCESALES
	<p>El 23 de abril de 2011, siendo aproximadamente las 07:00 de la noche, la niña XXX² de 09 años de edad, se encontraba en el Centro Comercial Plaza Colonial de la ciudad de Popayán Cauca, jugando con su primo www³ (09 años) y su amiga QQQ⁴ (8 años); donde fue víctima de tocamientos por parte del vigilante de turno del lugar, de nombre JULIO CESAR PAPAMIJA ASTAIZA), conocido con el apodo de “JULIAN”, quien llamó a la niña al auditorio, donde la subió sobre una mesa, le quitó la ropa, le besó la vagina y el cuerpo, y le frotó sus órganos genitales sobre el cuerpo.</p>

² No se registra el nombre de la niña en aplicación del numeral 8 del artículo 47 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

³ No se registra el nombre de la niña en aplicación del numeral 8 del artículo 47 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

⁴ No se registra el nombre de la niña en aplicación del numeral 8 del artículo 47 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

ANTECEDENTES PROCESALES	<p>Se debe aclarar que, desde el inicio de la investigación, los intervinientes en el proceso (víctima y testigos), señalaron al agresor con el nombre de “JULIAN” (nombre o apodo con el que lo distinguían), y no con su nombre real (JULIO CESAR PAPAMIJA), toda vez que no lo conocían por éste último.</p> <p>En el Centro Comercial Plaza Colonial, también trabajaba como vigilante y en turnos diferentes al de JULIO CESAR PAPAMIJA, otra persona con el nombre de JULIAN URRUTIA.</p> <p>El señor JULIO CESAR PAPAMIJA ASTAIZA, el 22 de septiembre de 2012, fue capturado, imputado y cobijado con medida de aseguramiento en Centro Carcelario.</p> <p>Una vez surtido el juicio oral, el primero de julio de 2016, el Juzgado segundo Penal del circuito de Popayán condenó al antes mencionado a 108 meses de prisión, como autor del delito de Actos Sexuales Abusivos con Menor de 14 años.</p> <p>La defensa apeló el pronunciamiento y el Tribunal Superior de Popayán a través de la sentencia recurrida en casación, dictada el 29 de septiembre de 2016, lo revocó para en su lugar ABSOLVER AL ACUSADO.</p>
LA DEMANDA	<p>Con fundamento en el artículo 181-3 de la Ley 906 de 2004, la fiscalía postuló un cargo por VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL, derivada del hecho por falso juicio de identidad y falso raciocinio que condujeron a la absolución del procesado.</p> <p>Falso raciocinio: Por un lado, el Tribunal asume y mal interpreta algunos hechos de los relatos de la víctima, en cuanto le quita credibilidad a la misma como víctima de agresión sexual, por ejemplo, en la acreditación del reproche, el Tribunal asumió que JULIO CESAR PAPAMIJA, llevó a la niña hasta el segundo piso del Centro Comercial, donde se encontraba el Auditorio; sin tener en cuenta que la menor manifestó que el agresor estaba en el segundo piso, la llamó y ella subió.</p> <p>Hecho por falso juicio de identidad: De otra parte, el mismo procesado aceptó en la declaración que lo llaman “JULIÁN”, y si bien el Tribunal aludió al otro vigilante de nombre Julián Urrutia, lo cierto es que este último según el libro de minutas de vigilancia analizado por la investigadora de Policía Judicial, no estuvo de turno el día de los hechos, si no al día siguiente de los mismos.</p>
Problema jurídico y planteamiento del caso analizado	<p>El objeto de debate gira en torno a la aplicación de IN DUBIO PRO REO, en favor del acusado, es conveniente indicar que respecto de la búsqueda de la verdad señalado en el artículo 5 de la Ley 906 de 2004, la sala ha precisado que tratándose del proceso penal, la reconstrucción de los hechos respecto de la conducta humana debe ser fidedigna respecto a las vicisitudes materiales, personales, sociales, modales, psicológicas, etc., que los hayan rodeado, donde el juez debe realizar la pertinente ponderación jurídica conforme a las disposiciones legales.</p>

Consideraciones de la Corte Suprema de Justicia	Con la aplicación del IN DUBIO PRO REO, se resuelve la vacilación probatoria a favor del procesado, considerando el Tribunal de Popayán que respecto de los hechos objeto de estudio, no se demostró más allá de toda duda razonable la ocurrencia de los mismos y la responsabilidad del procesado, decidiendo revocar el fallo de Condena proferido por el juez de primer grado.
Conclusiones del análisis conforme a los Planteamientos de la Corte Suprema de Justicia.	La Corte considera cada uno de los elementos encontrados en el Proceso y el desarrollo del Juicio Oral, donde en general refiere que el Tribunal Superior de Popayán erró al deducir que la niña víctima estaba mintiendo o inventando historias fantásticas. Concluye la Corte, que tal y como se planteó en la demanda de Casación, no surge duda alguna acerca de la autoría del referido delito en cabeza del señor JULIO CESAR PAPAMIJA ASTAIZA, así en el Centro comercial hubiera trabajado otra persona con el nombre de “JULIAN”, tal y como era conocido el implicado.
Consideraciones y argumentos de la Corte Suprema de Justicia respecto del actuar del operador judicial (Tribunal Superior de Popayán):	Señala que si la niña víctima, en la época de los hechos ofreció un relato sobre la experiencia vivenciada y sobre su agresor, y cinco años después en juicio reprodujo los mismos; los funcionarios judiciales no pueden quedarse en nimiedades capaces de convertir impropiaamente el derecho a la presunción de inocencia, en un mal entendido derecho a la impunidad insostenible en el modelo del Estado Colombiano.

Fuente: Corte Suprema de Justicia -Sentencia SP4175-2018

Análisis crítico de la jurisprudencia

En el análisis antes realizado, la Corte Suprema de Justicia, resuelve CASAR la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal de Popayán en favor del acusado, señor JULIO CESAR PAPAMIJA ASTAIZA, para, en su lugar confirmar el fallo condenatorio de primera instancia dictado en su contra, ordenando así, librar orden de captura inmediata.

Interés superior del niño: Si se tiene en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, señaló que el Tribunal Superior de Popayán incurrió en errores de apreciación (falsos raciocinios y falsos juicios de identidad por distorsión), los cuales lo llevaron a proferir una sentencia absolutoria, vulnerándose el interés superior de la niña víctima, la Sala también puntualizó que conforme a las recomendaciones que en el ámbito internacional y nacional se ocupan del tema, que tratándose de niños víctimas de delitos sexuales es necesario no desechar lo expuesto por ellos, si no desentrañar de sus relatos la verdad de los sucesos, desde luego sin convertir tales

declaraciones en aspectos incontrovertibles, sino cotejándolos en la reconstrucción de los hechos a partir de su concatenación con los demás medios de prueba; por lo que para el presente caso, argumenta la Corte que se encuentra acreditada más allá de toda duda razonable la materialidad del delito imputado, como la responsabilidad respecto del mismo por parte de JULIO CESAR PAPAMIJA ASTAIZA.

3.1.6. Sentencia T-448 de 2018

Corporación: Corte Constitucional

Referencia: Expediente T-6.674.947

Magistrado Sustanciador: Antonio José Lizarazo Ocampo

Accionante: Procuraduría 115 Judicial II Penal de Florencia (Caquetá), agente oficioso de la menor de edad ADGV

Demandados: Fiscalía 17 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), la defensora del procesado, el representante de la víctima y contra el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá).

Delito: Acto Sexual con menor de 14 años.

En la sentencia a analizar observaremos:

- c) Permision de la Ley para terminar procesos anticipadamente-Preacuerdos
- d) Responsabilidad de entidades y partes en el proceso al realizar preacuerdos.

ACTUACIONES PROCESALES	HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES
HECHOS	<p>La madre y representante legal de niña ADGV de 08 años de edad, en noviembre de 2015 denunció al señor H MV, docente de segundo de primaria de su hija, a quien éste le realizó tocamientos sexuales en sus partes íntimas.</p> <p>Ante la denuncia, la Fiscalía 17 CAIVAS de Puerto Rico (Caquetá), el 9 de noviembre de 2016, presentó escrito de acusación y el 11 de mayo de</p>

	2017 formuló acusación contra el señor H MV por el delito de “acto sexual con menor de 14 años agravado.
ANTECEDENTES	Sin existir material probatorio adicional o diferente al que sustentó la Fiscalía en la acusación, el 28 de agosto de 2017, se realizó un preacuerdo entre la Fiscalía mencionada y el para entonces procesado, en el cual se decidió cambiar el tipo penal de “acto sexual con menor de 14 años agravado” al de “acoso sexual agravado, en tanto que el acusado no tiene antecedentes judiciales y manifestó de forma libre y voluntaria aceptar los cargos de ACOSO SEXUAL.
Acción de tutela contra providencias judiciales	El 8 de noviembre de 2017, el Procurador 115 Judicial II Penal de Florencia (Caquetá), en calidad de agente oficioso de la menor de edad ADGV, presentó acción de tutela por considerar lesionados los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de su agenciada, debido a que fue víctima de un delito de violencia sexual y, sin embargo, se celebró y aprobó un PREACUERDO, degradando el tipo penal de ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS a ACOSO SEXUAL AGRAVADO, donde el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico Caquetá con el Aval de la defensora del agresor y del defensor de víctimas, condenó al responsable a la pena de 24 meses de prisión.
PRETENSIONES	El accionante solicita que se ordene la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, así como del principio de prevalencia del interés superior del niño que le asiste a la víctima ADGV y, en consecuencia, se declare la nulidad del preacuerdo celebrado entre la Fiscalía 17 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), el señor H MV, su defensa y el representante de la víctima, así como de la Sentencia mediante la cual este fue aprobado, dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá). En contraste, exige la aplicación de la prohibición determinada en el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006.
Problema jurídico	En virtud de los antecedentes referidos, el debate constitucional que le corresponde decidir a la Sala Quinta de Revisión se concentra en determinar si se incurrió o no en la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la menor de edad agenciada, al realizar y aprobar el preacuerdo en el cual se cambió el delito de acto sexual agravado en menor de 14 años por el de acoso sexual agravado
Conclusiones del análisis conforme a los Planteamientos de la Corte Constitucional.	Si bien es cierto que la aplicación del interés superior del niño que le asiste a la agenciada no es absoluto, sí exigía a la fiscalía, al juez y al defensor de la víctima, abstenerse de desconocer el alcance de la garantía legal reconocida en su favor mediante el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006, en concordancia, era su responsabilidad asumir las medidas correspondientes y la protección ante los “riesgos prohibidos” para los menores de edad, la cual implica resguardar a los niños, niñas y adolescentes frente a condiciones que amenacen su desarrollo armónico y generen violencia física y moral.
Consideraciones y argumentos de la Corte constitucional respecto del actuar de las entidades y las partes en el proceso:	Se reitera que los derechos de niña víctima, por ser menor de edad, son “prevalentes” (artículo 9º Ley 1098 de 2006) y, en consecuencia, en caso de que surgiera una duda o dos interpretaciones posibles respecto al

Los niños y las niñas como sujetos de especial protección constitucional.	alcance de una norma, debió aplicarse la que fuese más favorable para ella.
	Lo anterior tiene mayor alcance por las particulares condiciones de vulnerabilidad de la niña, factores de discriminación a los que está expuesta, no solo por su corta edad, su género, su residencia en un sector rural y su situación socioeconómica, sino porque además en su contra se cometió una agresión sexual, actuación desplegada por el docente de su escuela, quien aprovechó su posición y la desigualdad existente, para ponerla en condición de indefensión, lesionando sus derechos a la libertad, integridad y formación sexuales. En esa medida, se constata que se trata de una persona en estado de grave debilidad manifiesta, vulnerabilidad y de un sujeto de especial protección constitucional. Por consiguiente, dicha interseccionalidad exigía al juez de conocimiento especial cuidado y diligencia en el ejercicio de sus funciones, en procura del respeto, garantía y protección de los derechos de la víctima.
Decisión de la Corte Constitucional	DEJAR SIN EFECTOS JURÍDICOS la sentencia dictada por el juez Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá) el 31 de agosto de 2017 y el preacuerdo aprobado mediante dicha providencia, el cual fue realizado el 28 de agosto de 2017, entre la Fiscalía 17 Seccional Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), la defensora pública del procesado, el señor HMV, condenado por el delito de acoso sexual agravado en menor de 14 años y el representante de la víctima. Por consiguiente, deberá adelantarse el proceso penal desde la etapa previa a la realización del preacuerdo y acatar lo dispuesto en el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006, de conformidad con las consideraciones de esta providencia

Fuente: Corte Constitucional-Sentencia T-448 de 2018.

Análisis crítico de la Jurisprudencia

En cuanto a los preacuerdos, se dice que estos constituyen un mecanismo jurídico que debe permitir el acceso a la administración de justicia, a la verdad, a la reparación y no repetición de manera expedita, sin embargo, estos no son taxativos, toda vez que es deber del operador judicial tener especial cuidado al celebrar estos para no violentar el derecho fundamental al debido proceso respecto de todos los sujetos procesales.

A través de un fallo de tutela, la Corte Constitucional afirmó que la intervención de las víctimas en los preacuerdos debe ser conforme a los parámetros esenciales del sistema penal acusatorio colombiano, por tal razón, si bien es cierto que una víctima no cuenta con poder de decisión para concretar que se realice o no el preacuerdo, ésta tiene derecho a ser escuchada e informada acerca de su celebración, situación que debe ser tenida en cuenta.

Para el caso de la sentencia en estudio, dice la Corte que, afirmar, como lo hizo la Fiscalía General de la Nación, que la niña víctima fue informada y escuchada antes de celebrar el preacuerdo y que ésta “expresó su consentimiento frente a los hechos que se reprochan judicialmente”, y que en su contra se incurrió en la conducta delictiva en una sola ocasión, resulta lesivo contra los derechos fundamentales de la menor de edad establecidos en la Constitución Política, artículo 44 superior y los instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, disposiciones que exigían un trato digno y respetuoso de la misma. De igual forma refiere la Corporación que “está proscrito en el ordenamiento jurídico colombiano considerar el consentimiento o la desaprobación de la víctima como prueba para descalificar o atenuar un delito de violencia sexual, debido a que la víctima se encuentra en condición de vulneración e indefensión y, en todo caso, los menores de edad tienen viciado su consentimiento. Situación que es notoria en el presente caso por la edad de la víctima y por las diversas condiciones de vulnerabilidad a las que fue expuesta, que fueron agravadas por el desequilibrio y el temor que le fue causado por su agresor debido a que era su docente”. Se recuerda que la Corte Penal Internacional estableció en los principios de prueba, que en casos de violencia sexual: “a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre; b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre; c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual; d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.” En conclusión, y acorde con el numeral 7 del artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, “no es posible realizar

preacuerdos o negociaciones que generen la rebaja de pena cuando se encuentre comprometida la libertad, integridad y formación sexual de niños y adolescentes” (Corte Constitucional, T-448 de 2018).

Por ende, la variación que hizo la fiscalía al degradar el tipo penal no obedeció a un ajuste de legalidad ni a una nueva valoración del operador judicial que atendiera a nuevos elementos materiales probatorios allegados legalmente, sino a la simple decisión de las partes intervinientes para terminar el proceso.

3.1.7. Sentencia SP5290—2018

Corporación: Corte Suprema de Justicia

Referencia: Radicación 4564.

Magistrado Ponente: José Francisco Acuña Vizcaya

Accionante: delegado de la Fiscalía General de la Nación

Contra: sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Medellín

Delito: Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado.

En la sentencia a analizar observaremos:

- c) Responsabilidad de los jueces de conocimiento: Fallo absolutorio por retractación de la menor víctima.
- d) Decisión del Tribunal Superior de Medellín: Confirmación de fallo absolutorio por falso raciocinio.
- e) Consecuencia: Vulneración del interés superior de la niña víctima

ACTUACIONES PROCESALES	HECHOS Y ACTUACIONES PROCESALES
HECHOS	<p>Entre los meses de marzo y abril de 2012, una niña de diez años de edad, en el municipio de Bello Antioquía, fue víctima de abuso sexual por parte del señor CARLOS ANDRÉS DÍAZ, quién en repetidas ocasiones le realizó actos sexuales, tales como besarla en la boca, mostrarle videos pornográficos y sobarle el pene en la cola y vagina.</p> <p>El agresor era el esposo de una de las tías de la víctima, por lo que tenía sobre ella una condición superior, de autoridad y de confianza.</p>
ANTECEDENTES PROCESALES	<ul style="list-style-type: none"> • Formulación de imputación contra CARLOS ANDRÉS DÍAZ, por el delito de Actos Sexuales Abusivos Con Menor De 14 Años agravado en concurso homogéneo. • Audiencia preparatoria. • Juicio Oral, donde el Juzgado primero Penal del circuito de Bello Antioquía, tomó la decisión de proferir sentencia absolutoria. • Recurso de Apelación por la Fiscalía General de la Nación. • Confirmación de la decisión absolutoria por parte del Tribunal superior de Medellín. • Recurso extraordinario de Casación.
LA DEMANDA	<p>El delegado dela Fiscalía denuncia la violación Indirecta de la ley sustancial por falsos raciocinios, porque el Tribunal hizo uso de un postulado científico falso, argumentando que la niña víctima en el testimonio mintió, por lo que refirió “La mentira en la infancia es un fenómeno frecuente y hasta característico en los niños”.</p> <p>Es importante dejar claro, que la niña en la declaración inicial del proceso refirió a sus familiares y a las autoridades cada uno de los tocamientos de los que fue víctima, pero en juicio oral cambió el relato, evidenciándose la influencia de sus mismos familiares, quién le hacían gestos para que no contara la verdad, cayendo en la retractación.</p>
Problema jurídico y planteamiento del caso analizado	<p>El delegado de la Fiscalía, considera que la decisión de absolver al agresor estuvo determinada por los errores del operador judicial (Juzgado penal y Tribunal), al apreciar las pruebas testimoniales de la menor víctima.</p>
Consideraciones de la Corte Suprema de Justicia	<p>Las declaraciones que se realizan cuando inicia el proceso penal, pueden ser utilizadas en el juicio oral, para interrogatorio cruzado o para refrescar memoria; para éste caso, se pueden utilizar en vista de la retractación de la víctima; ahora bien, en diversas sentencias, la Corte Suprema de Justicia (SP2709-2018 rad. 50637), adujo que la protección superior de los derechos de los niños víctimas de delitos, especialmente de abuso sexual impone la flexibilidad de las reglas generales de la prueba testimonial, lo que se traduce en que se pueden ingresar sus testimonios anteriores, así el niño comparezca a juicio oral.</p>

Conclusiones del análisis conforme a los errores probatorios de la Sentencia absolutoria.

La decisión de absolución de CARLOS ANDRES viola de manera indirecta la ley sustancial, porque ésta fundada en errores de hecho, tales como:

- Falsos juicios de existencia: El Tribunal asumió que la menor no tenía indicadores de abuso sexual.
- Falsos juicios de identidad: Se sesgaron los testimonios de los intervinientes en el caso, por parte de la víctima.
- Falsos raciocinios: El Tribunal infringió reglas de la sana crítica (principio lógico de no contradicción), en primer lugar, falló cuando, por una parte, dio por sentado que la “mentira en la infancia es un fenómeno frecuente y hasta característico”, con lo cual desvirtuó la versión inculpativa inicial de la menor, pero, por otra parte, con la misma premisa justificó la credibilidad de la retractación que ella realizó en juicio.

Consideraciones y argumentos de la Corte Suprema de Justicia respecto del actuar del operador judicial (Tribunal Superior de Medellín):

Según todo lo anterior, la sentencia que absolvió a CARLOS ANDRES DIAZ, fue el resultado de diversas violaciones indirectas de la Ley sustancial por parte del Tribunal Superior, tales como las que ya fueron mencionadas.

RESUELVE

Casar la sentencia que absolvió a CARLOS ANDRES DIAZ DE LA OSSA por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, y en consecuencia declararlo responsable de los hechos, emitir orden de captura e imponerle las penas correspondientes.

Fuente: Corte Suprema de Justicia -Sentencia SP5290—2018

Análisis crítico de la jurisprudencia

Referenciada la presente sentencia, la Corte Suprema de Justicia, consideró que entre la declaración inicial y la declaración de la niña víctima en el juicio oral, resultó creíble la primera, toda vez que la niña relató que en varias ocasiones fue víctima de abuso sexual por parte del esposo de su tía; dichas manifestaciones fueron fundadas en las siguientes razones:

- El relato con el que la niña víctima inculpa a su agresor es basado en circunstancias detalladas de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de los hechos (fecha en que ocurrieron, número de veces del abuso, partes del cuerpo que le fueron tocadas, sensaciones sentidas, etc.,) cosa diferente al relato de la retractación, donde da un motivo puntual y sin mayores especificaciones (“mentí porque me quería ir a vivir con mi papa, no más”).

- Correspondencia de la versión inicial con otras pruebas (testimoniales).

Dado lo anterior y teniendo en cuenta el fallo de sentencia absolutoria del presente caso, donde el operador judicial, o sea el Juzgado penal del circuito de Bello Antioquía y el Tribunal Superior de Medellín, tuvieron errores de hecho por falsos raciocinios (por un lado no le dan credibilidad a una primera versión de una niña, aduciendo que ésta mintió, pero por otro lado le dan credibilidad a un segundo relato de retractación de la misma niña), se puede argumentar, que estos violaron las directrices internacionales sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, toda vez que la UNICEF (2014), en dichas directrices argumenta “que la edad no debe ser obstáculo para que el niño ejerza su derecho a participar plenamente en el proceso de justicia, y que todo niño debe ser tratado como testigo capaz, a reserva de su examen, y que su testimonio no se considerará carente de validez o de credibilidad sólo en razón de su edad, siempre que por su edad y madurez pueda prestar testimonio de forma inteligible y creíble, con o sin el uso de ayudas de comunicación u otro tipo de asistencia”.

3.1.8. Sentencia T-196 DE 2015

Corporación: Corte Constitucional

Referencia: Expediente T-4647595

Magistrado: María Victoria Calle Correa

Accionante: representante legal del Cabildo Indígena Colombia

Demandados: la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali y la Fiscalía 154 Seccional de Puerto Escondido.

Delito: acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años agravado en concurso homogéneo y sucesivo

En la sentencia a analizar observaremos:

c) Conflicto de jurisdicciones: Jurisdicción Especial Indígena y Jurisdicción ordinaria.

ACTUACIONES PROCESALES	HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES
HECHOS	<p>El 28 de marzo de 2012, las autoridades del resguardo Indígena Colombia de Puerto Escondido Valle, recibieron una denuncia presentada por la señora Jennifer en contra del señor Juan, quien era su compañero sentimental, porque éste sostuvo relaciones sexuales consentidas con su hija de 13 años de edad, dejándola en embarazo.</p>
ANTECEDENTES	<p>El Gobernador del Cabildo Indígena Colombia, instauró acción de tutela en contra del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali y la Fiscalía Seccional Puerto Escondido-Valle del Cauca, para proteger los derechos fundamentales a la autonomía, a la jurisdicción indígena, al respeto por la pluridiversidad y a la cultura, toda vez que las autoridades en mención iniciaron un proceso penal en contra de uno de sus comuneros por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, hechos por el que dicho integrante se encuentra capturado en la cárcel de Villa Hermosa (Cali Valle) y por los cuales ya había sido investigado y condenado (6 años de trabajo comunitario, 15 fuetazos, la posibilidad de permanecer en la comunidad hasta que su compañera lo defina, la obligación de participar de las actividades de capacitación que programe el cabildo o la organización indígena, la prohibición de acercarse a la niña, y el deber de hacerse cargo de la manutención de esta y del hijo que aquella esperaba) por las autoridades del resguardo gen ejercicio de la función jurisdiccional que les es propia.</p>
Pretensiones	<p>La niña víctima, su madre y el acusado son miembros de la comunidad indígena Colombia.</p> <p>El accionante solicita al juez de tutela que se ordene la entrega inmediata del responsable de los hechos acaecidos y comunero del cabildo indígena Colombia a las autoridades indígenas para que cumpla la pena impuesta por dicha comunidad.</p>
Problema jurídico	<p>De conformidad con los antecedentes expuestos, le corresponde a la Sala determinar, en primer lugar, si el Consejo Superior de la Judicatura violó los derechos fundamentales a la jurisdicción especial, a la autonomía y la diversidad étnica y cultural del Cabildo Indígena Colombia conforme al artículo 246 constitucional, toda vez que al resolver el conflicto de jurisdicciones suscitado en relación con el juzgamiento del señor Juan aquella Corporación decidió que el conocimiento del proceso fuese asumido por la justicia ordinaria con el fin de garantizar los derechos de la niña afectada por la conducta antijurídica.</p>

Conclusiones del análisis conforme a los Planteamientos de la Corte Constitucional.	Acorde al caso planteado, la Corte estableció que si bien, en principio, corresponde al Consejo Superior de la Judicatura resolver los conflictos de competencia que se presenten entre la justicia ordinaria y la jurisdicción especial indígena (toda vez que no existe una ley de coordinación entre las jurisdicciones), corresponde a la Corte definir el alcance del art. 246 Superior, debido al carácter fundamental que asiste al principio de autonomía de los pueblos indígenas.
Consideraciones y argumentos de la Corte Constitucional respecto de las garantías de la menor víctima	La Corte dice que suponer que los derechos de los niños y de las mujeres son bienes jurídicos exclusivos de la sociedad mayoritaria puede llevar a la formulación de falsas dicotomías en casos como el que se encuentra bajo estudio, pues podría pensarse que es necesario elegir entre salvaguardar los derechos de los niños o preservar la autonomía de las comunidades a las que estos pertenecen. La incongruencia de esta elección radica precisamente en que la garantía de los derechos de los niños indígenas requiere que se respeten los derechos de sus comunidades, pues es este el entorno cultural del que hacen parte, que les da su cosmovisión y llena de sentido su identidad individual y como miembros de una colectividad. El interés superior de los niños, tiene un carácter relacional, en cuanto debe ser apreciado en el caso concreto y de acuerdo a las circunstancias particulares de las personas. Así las cosas, la aludida dicotomía cae en el error de crear una tensión entre el principio del interés superior del niño y el respeto por la diversidad étnica y cultural en abstracto, sin siquiera preguntarse si resulta posible armonizar ambos principios en la práctica.
Los niños y las niñas como sujetos de especial protección constitucional.	
Decisión de la Corte Constitucional	Tutelar los derechos fundamentales del Cabildo Indígena Colombia a la autonomía, al respeto por la diversidad étnica y cultural, y al ejercicio de la jurisdicción especial indígena, así como ordenar al Establecimiento carcelario Villa Hermosa de Cali, que el cabildante en mención sea entregado al cabildo para que cumpla el castigo impuesto (descontándose el tiempo que paso en la cárcel), donde, las autoridades del Cabildo deben garantizar los derechos de la niña, impidiendo que el condenado no se acerque y asuma la manutención de la misma como la de del hijo concebido.

Fuente: Corte Constitucional-Sentencia Sentencia T-196 DE 2015

Análisis crítico de la Jurisprudencia

Para dar solución a los interrogantes, que surgieron de la precitada sentencia, la Corte Constitucional como primera medida realizo algunas consideraciones sobre la jurisdicción especial indígena y el principio de respeto por la diversidad étnica y cultural, donde mencionó que éste principio está dado por la cesión de funciones que el Estado colombiano le ha conferido

a los pueblos indígenas para la administración de justicia, de tal forma que se ha establecido una jurisdicción especial para dirimir aquellos asuntos que involucran intereses de los grupos étnicos.

En el presente caso y de acuerdo a los hechos, tanto el Tribunal Superior de Cali Valle, como la Corte Constitucional, tuvieron un criterio objetivo, con respecto al interés prevalente de la menor víctima “(Se refiere al estatus del sujeto y del bien jurídico afectado), argumentando: Si bien la Corte reitera lo señalado en la sentencia T-617 de 2010, en cuanto a los problemas que entraña este factor, estima que “el mismo se encuentra satisfecho, toda vez que el sujeto pasivo de la acción por la que se sancionó al agresor fue una niña perteneciente a la misma comunidad indígena que él, cuya pertenencia al grupo étnico no se ha puesto en duda. Así mismo, al analizar el tipo de bien jurídico comprometido por la conducta penal, la misma recayó sobre lo que podría identificarse como integridad sexual de la niña agredida, situación que nos permite afirmar que el bien jurídico comprometido, tal como se explicó, pertenece tanto a la sociedad mayoritaria como al pueblo indígena”.

En vista de lo anterior, se tiene que el principio del interés superior de la niña víctima, no fue un requisito en el conflicto de jurisdicciones, porque no existieron elementos que permitieran a las autoridades ordinarias concluir que los derechos de la niña se encontraban vulnerados o desprotegidos al reconocerle competencia a la jurisdicción de la comunidad indígena de la que hace parte.

En el caso concreto, se observó que el cabildo indígena al solicitar el cambio de competencia, no se mostró movido por garantizar el interés superior de la niña víctima, sino que su interés estuvo basado en el respeto de su jurisdicción especial y de la diversidad étnica y cultural, sin embargo, el hecho de sancionar la conducta reprochable del comunero, de alguna manera garantizó los derechos de la menor, porque acorde a la sentencia T-921 de 2013 ésta señala que “la garantía del interés superior del niño indígena requiere que se propenda por: (i) el desarrollo

integral del niño; (ii) la efectividad de todos sus derechos fundamentales; (iii) que no sea expuesto a riesgos prohibidos; (iv) que sus derechos se encuentren en equilibrio con los de sus padres; (v) que el mismo tenga un ambiente familiar apto; (vi) que la intervención estatal en las relaciones familiares se justifique en razones poderosas. Así las cosas, la protección de la integridad física, mental y emocional del niño indígena víctima de situaciones de abuso sexual no puede pretenderse de espaldas a la diversidad y al pluralismo”.

Así las cosas, y para concluir, podemos afirmar que el actuar de los operadores judiciales accionados para éste caso (la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el Juzgado ercero Penal del Circuito de Cali y la Fiscalía 154 Seccional de Puerto Escondido), aunque apartados del artículo 246 constitucional, estuvo movido por la garantía del interés superior de la niña víctima, siendo acordes con la Convención de los Derechos del niño.

3.1.9. Sentencia STC7111 de 2018

Corporación: Corte Suprema de Justicia

Radicación: 11001-02-04-000-2018-00411-01

Magistrado Sustanciador: Margarita Cabello Blanco

Accionante: José Rodolfo Guevara Cunacue

Demandados: Sala jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, Juzgado Promiscuo municipal de Inza Cauca, Fiscalía Seccional de Páez Belalcazar y otros.

Delito: Acceso carnal violento

En la sentencia a analizar observaremos:

d) Conflicto de jurisdicciones: Jurisdicción Especial Indígena y Jurisdicción ordinaria.

ACTUACIONES PROCESALES

HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS	El señor José Rodolfo Guevara Cunacue, perteneciente al Cabildo Indígena La Gaitana de Inza Cauca, fue denunciado ante la Fiscalía de Belalcazar Cauca por el delito de Acceso Carnal violento, por hechos ocurridos el 31 de diciembre de 2013, siendo víctima una niña menor de edad, motivo por el cual y después de que le ordenaran captura y de las audiencias concentradas (legalización de captura, imputación, medida de aseguramiento), fuera privado de la libertad en establecimiento carcelario.
ANTECEDENTES	El Cabildo Indígena la Gaitana, solicita cambio de jurisdicción con el fin de continuar conociendo el caso objeto de investigación, por ser el investigado comunero activo; el Juzgado del circuito vinculado al caso, remite las actuaciones al Consejo Superior de la Judicatura de Popayán Cauca, con la finalidad de que diriman el conflicto de competencia suscitado entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena.
PRETENSIONES	El señor José Rodolfo Guevara Cunacue, demanda la protección constitucional de sus derechos fundamentales al debido proceso, y juez natural, presuntamente vulnerados por las autoridades demandadas, ya que estas no respetaron su condición de cabildante indígena del Cabildo la Gaitana de Inza Cauca, a su vez solicita que se revoque la decisión del Consejo Superior de la Judicatura y se sirva ordenar el envío del proceso a la jurisdicción especial indígena.
Problema jurídico	Corresponde a la sala resolver el conflicto de competencia.
Conclusiones del análisis conforme a los Planteamientos de la Corte Suprema de Justicia.	Referente al elemento objetivo del proceso, y relativo al bien jurídico tutelado, encuentra la Corte que, en el caso de la víctima, por la conducta penal investigada, ésta corresponde a una mujer, menor de catorce años de edad, que no es cabildante tal y como lo es el investigado, ni pertenece a comunidad indígena alguna.
Consideraciones y argumentos de la Corte Suprema de Justicia respecto de las garantías de la menor víctima	Dice la Sala Penal, que aunque surge un conflicto entre el fuero del investigado (accionante) para ser juzgado en el marco de su cultura, y los derechos e intereses de la niña víctima que no hace parte de la jurisdicción indígena, empero al hacer una ponderación de prerrogativas entre ambos, surgiendo tal y como lo ordenan las normas nacionales e internacionales que los derechos de la menor son prevalentes frente a cualquier persona o grupo social, por lo que para éste caso, priman los derechos de la niña, sin desconocer por ellos la Corte la autonomía de las comunidades indígenas y su jurisdicción especial para investigar y para sancionar a través de las normas de control social que ejercen tales comunidades, a través de sus líderes o gobernadores.
Los niños y las niñas como sujetos de especial protección constitucional.	
Decisión de la Corte Suprema de Justicia	La Corte Suprema de Justicia, niega la tutela invocada (el caso debe ser de competencia de la jurisdicción ordinaria) y oficia para que el ICBF coordine con las instituciones competentes para que a la niña víctima se le brinde atención médica y terapéutica especializada con ocasión a los hechos de abuso sexual de los que fue víctima.

Fuente: Corte Constitucional-Sentencia T-448 de 2018.

Análisis crítico de la Jurisprudencia

La Jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha indicado que “la integridad sexual de los niños, niñas y adolescentes es un bien jurídico tutelado, el cual debe ser compartido por el sistema jurídico ordinario y mayoritario, y por el sistema jurídico especial” (Corte Constitucional, T-196 de 2015), ya que este último también tiene la obligación de velar por el cumplimiento de las normas de la Carta Magna; La Corte argumenta que “el bienestar de los menores de edad y la igualdad de género son dos objetivos esenciales en la Constitución Política de 1991, que estos no pueden entenderse como un bien jurídico exclusivo de la jurisdicción ordinaria, sino de todos los pueblos que conforman un Estado pluricultural, tanto en un entorno social amplio, como en aquel donde se conservan las tradiciones culturales, tales como las de los pueblos indígenas; es por lo anterior que para el presente caso, la víctima tras de que no integra o no hace parte de una comunidad indígena, es una niña (menor de edad), y por su condición de ser mujer, es un sujeto de especial protección por parte del Estado, razón por la cual, la autoridad que prosiga la investigación y sancione a su juicio, debe mirar con especial diligencia que la decisiones adoptadas le garanticen a la víctima el restablecimiento de sus derechos, sin que estos entren en conflicto con el de otras personas y/o grupo social, ya que siendo así, los derechos de los demás deben ser cedidos para que se de prevalencia a los derechos de ella por el hecho de ser una niña, de tal forma que se apliquen las normas y principios establecidos tanto por los organismos internacionales” (Convención sobre los Derechos del niño, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración de los Derechos del niño, Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y demás), así como por la legislación colombiana (Artículos 44 y 93 de Constitución Política de Colombia y Ley de Infancia y adolescencia, Ley 1098 de 2006) (Corte Constitucional, T-448 de 2018) .

En vista de lo anterior, en la justicia especial indígena, existen dos elementos que protegen los derechos de los cabildantes y que deben ser tenidos en cuenta para que exista competencia en su normatividad, estos elementos son, uno de carácter personal (la persona debe ser juzgada de acuerdo a las normas y a las autoridades de su propia comunidad) y otro de carácter geográfico (cada comunidad puede juzgar las conductas que ocurran dentro de su territorio, aplicando sus propias normas); por lo tanto se observa que hay un conflicto de derechos entre sujeto activo y sujeto pasivo, sin embargo y de acuerdo a la Carta Magna y la Convención de los Derechos del niño (artículo 3), dicho conflicto se dirimió por el principio de prevalencia de interés superior del menor, quedando así tutelados los derechos de la niña víctima, resaltándose que ésta no era cabildante de ninguna comunidad indígena.

CONCLUSIONES

En Colombia el proceso penal acusatorio, se encuentra enmarcado y estructurado en principios y normas rectoras, las cuales son de contenido prevalente y en las que se ven reflejadas las pretensiones del Estado Social de Derecho, en congruencia con las garantías de dignidad humana, igualdad y libertad; traducidas estas en una exégesis constitucionalista de las instituciones de orden procesal; por lo que debe haber una perfecta armonización entre la Carta Magna y el derecho penal, entendiéndose éste como la creación de normas penales bajo una hermenéutica sociológica, axiológica y filosófica constitucional.

Es de mencionar que al desarrollar el presente trabajo, se evidencia que en el sistema penal colombiano, no todas las etapas procesales son agotadas dentro de un determinado caso, toda vez

que en ocasiones, los operadores judiciales plantean formas anticipadas de terminación del proceso (archivo, preclusión, preacuerdos, allanamiento en la imputación, etc.), por lo tanto, se debe entender que estas formas de terminación, se traducen en instituciones jurídicas que dan lugar a la parte final de un caso.

Ahora bien, la temática aludida en este trabajo fue de vital importancia; por una parte, se dejó claro que en el proceso penal acusatorio, cada hecho punible debe ser expuesto y motivado con los fundamentos legales constituidos en la base de las decisiones judiciales, de tal forma que estos diriman el conflicto expuesto de manera definitiva o que garanticen o restrinjan derechos fundamentales.

En consecuencia con lo anteriormente expuesto, y de acuerdo con la parte motiva del presente trabajo, es importante dejar claro que el proceso penal colombiano, es una vertiente de las garantías de la Constitución Política y de ella provienen los bienes jurídicos tutelados, donde se encuentra el reconocimiento jurídico del abuso sexual infantil, el cual merece especial protección penal; dicho bien jurídico, también emana de los tratados y convenios internacionales, toda vez que propende por la protección integral de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, dándoles la prevalencia que su condición les acredita. En dichos términos y si bien la norma de normas no hace alusión expresa de los derechos personales o particulares de los infantes intervinientes en procesos penales, ni a las garantías generales que se les deben brindar, en el presente estudio se determinó que sus derechos tienen aplicación en todo momento y en escenarios determinados, y que por ende, de manera adicional y de forma especial se encuentra la incorporación de los tratados internacionales; los cuales propenden por la aplicación total y general de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas en 1989, la cual reconoce de manera concreta las obligaciones que tienen los Estados parte para adoptar las medidas apropiadas para “proteger en todas las fases del proceso penal los

derechos e intereses de los niños víctimas de las prácticas prohibidas por el presente Protocolo”. Entre ellas se especifican las obligaciones relacionadas con “reconocer la vulnerabilidad de los niños víctimas y adaptar los procedimientos, de tal forma que se reconozcan sus necesidades especiales, incluidas las necesidades para declarar como testigos”; “prestar la debida asistencia durante todo el proceso a los niños víctimas”; garantizar “el tratamiento por la justicia penal de los niños víctimas de los delitos enunciados en el presente protocolo, la consideración primordial que se atienda debe ser el interés superior del niño” y “asegurar una formación apropiada y especializada, en el ámbito jurídico y psicológico de las personas que trabajen con víctimas de los delitos prohibidos en virtud del presente protocolo”, entre otras (Corte Constitucional, T-116 de 2017)..

Si bien es cierto que la legislación colombiana, conforme al bloque de constitucionalidad, provee las herramientas normativas necesarias para que el Estado preserve el interés superior del niño en los procesos penales, también es cierto que dicha preservación y sobre todo aplicación recae en los operadores judiciales, quiénes teniendo en cuenta el tema en estudio, son los estrechamente responsables para garantizar los derechos de los menores cuando son víctimas de cualquier delito, por ende con mayor fuerza, son responsables cuando estos son víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, siendo que este tipo de delitos transgreden la línea delgada entre lo íntimo y lo personal del niño, niña o adolescente abusado, ya que presumen la imposición de comportamientos o conductas sexuales por parte de una persona (adulta o menor de edad); entonces, es aquí donde la autoridad judicial se vincula por reglas procesales a los derechos que protegen a los menores víctimas, correspondiéndoles analizar desde la parte fáctica y probatoria la posible afectación que le pueda generar la participación de estos en el proceso y los resultados del mismo; coincidentalmente, la Corte Constitucional (T-116 del 2017), reza que “en el caso de procesos judiciales en que los menores tienen la calidad de

víctimas, el mencionado interés superior se expresa en las medidas especiales que el legislador debe adoptar como desarrollo de los artículos 44 y 45 de la Carta Magna y de la normativa internacional que se refiere al respecto” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, art. 19); de igual forma menciona “las disposiciones contenidas en el título II del Código de la Infancia y la Adolescencia en el que se afirma la prevalencia de los derechos de los menores y su garantía por parte de los funcionarios judiciales en los casos en que aquellos sean sujetos pasivos”.

Por otra parte, siguiendo la línea investigativa, y con base en los postulados manifestados, es pertinente mencionar que, al desarrollarse el análisis jurisprudencial, se encontró que la mayoría de los casos de abuso sexual analizados debieron resolverse inicialmente a la luz del principio pro infans, teniendo en cuenta que éste es un postulado derivado del derecho internacional aunado a la Carta Política, postulado del cual proviene la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico, de tal forma que vaya en consonancia con la protección del interés superior del niño, porque tanto la ley internacional como la nacional, es clara en ratificar que los conflictos en los que se vean involucrados niños, niñas y adolescentes deben resolverse según la regla pro infans; proposición de la que de alguna manera se apartaron los fallos cuestionados en cabeza de los operadores judiciales.

No obstante, el análisis de las sentencias emitidas tanto por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional colombiana, demuestran las dificultades y limitaciones que las víctimas (de abuso sexual) menores de edad y sus representantes legales encuentran en el proceso penal colombiano para lograr un reconocimiento y resarcimiento pleno de sus derechos, así como la garantía efectiva para acceder a la justicia; por lo tanto, resultan alarmantes las falencias detectadas en todos los casos a la hora en que los fiscales y jueces deben determinar el interés superior del niño; sin ser ésta una afirmación certera, pero si relativa y probabilística, puede

ocurrir que la mayoría de los operadores del sector justicia, no cuentan con la preparación necesaria y profesional para abordar las investigaciones en los procesos de los delitos sexuales donde son víctimas niños, niñas o adolescentes; lo que termina dificultando los procesos de asistencia para las víctimas, la investigación de los hechos y la sanción para el responsable; siendo estas situaciones las que permiten deducir que la ley nacional, de por sí sola, en muchas situaciones no sirve de mecanismo para reducir los factores de riesgo frente a la penalización del delito de abuso sexual en menores de edad; es por ello que con la elaboración del presente trabajo, se pudo determinar que la respuesta que da el sistema o proceso penal colombiano a la problemática de los delitos contra la integridad y formación sexual a través de los operadores judiciales es insuficiente para la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y para su interés superior.

Una vez expuesta la presente investigación, se puede concluir que tanto la Corte Constitucional, como la Corte Suprema de Justicia, han resaltado que, en las decisiones judiciales en casos de menores víctimas de agresión sexual, se debe ponderar la parte fáctica con la parte probatoria, toda vez que ésta última es la que debe estar dirigida a la verificación o refutación de los hechos jurídicamente relevantes y contenidos en la acusación, los cuales deben tener una veracidad fáctica demostrada, que conlleve a la exclusión de la vida íntima del niño, niña o adolescente como prueba.

Entre otras cosas, se pudo apreciar que la legislación colombiana vigente es lapsa y permisiva en materia de abuso sexual infantil, lo que se traduce en ambigüedades que terminan apartándose de la normatividad internacional suscrita por el Estado en materia de éste tipo de delitos; lo que puede generar la inadecuada interpretación y concatenación de los hechos y las pruebas en el proceso penal por parte de los operadores judiciales a la hora de tomar determinadas decisiones, como, por ejemplo, en reiterados conceptos, la Corte Constitucional ha resaltado su criterio en la

especial confiabilidad que merece el testimonio de los niños, niñas y adolescentes, víctimas de violencia sexual, máxime cuando “el sujeto activo de la conducta, por lo general, busca condiciones propicias para evitar ser descubierto y, en esa medida, es lo más frecuente que sólo se cuente con la versión del menor ofendido, por lo que no se puede despreciar su versión tan ligeramente”; es aquí donde entra en conflicto la parte objetiva, interpretativa, argumentativa, fáctica y probatoria del proceso, ya que los operadores de justicia al no contar con otro tipo de elementos materiales probatorios, recurren a la terminación del proceso, sin tener en cuenta que cuando se habla del interés superior del niño, niña y adolescente, deben agotarse todos los mecanismos probatorios tales como evidencia forense (pruebas físicas, rastros biológicos, etc.), que puede terminar siendo contundente como factor indispensable para sustentar la ocurrencia de los hechos.

Se evidenció también, que tanto fiscales como jueces en sus decisiones, propendieron por dar terminación a los procesos (archivo, preclusión, sentencia absolutoria, preacuerdos, etc.); decisión que tomaron por falta de interpretación de la ley, sin tener en cuenta que el desarrollo de un proceso penal de violencia sexual donde son víctimas niñas, niñas y adolescentes, puede sustraerse de las obligaciones constitucionales e internacionales, relacionadas con el acceso a la justicia, el respeto a la dignidad de las víctimas, y a la protección especial y reforzada de los derechos de los menores; por lo tanto no tuvieron en cuenta que, en los tratados y convenios internacionales (Artículo 19 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos) en materia de abuso sexual infantil, los niños, niñas y adolescentes tienen un marco legal especial que está respaldado por la Constitución y el bloque de constitucionalidad que el Estado ha suscrito en relación con los derechos humanos y sus derechos fundamentales.

A partir del análisis concreto de casos, se pudo observar que cada situación en estudio reconstruyó el camino judicial que un niño, niña y adolescente y sus representantes legales tienen

que seguir para lograr protección y justicia en casos de abuso sexual infantil; camino donde los operadores judiciales (jueces y fiscales) son los protagonistas que preceden los derechos de las víctimas; operadores que en el momento de tomar decisiones definitivas para salvaguardar los derechos de libertad, integridad y formación sexual de los menores abusados, en ocasiones tienden a apartarse de las reglas y principios de los tratados y convenios internacionales; por consiguiente se apartan del postulado del interés superior del niño, yendo en contravía con el artículo 12-1 de la Convención Internacional de los Derechos del niño.

Finalmente, es conveniente decir, que, si bien es cierto que los jueces y fiscales son operadores judiciales, también los magistrados de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia lo son, siendo estos últimos quienes de acuerdo a los recursos interpuestos por diversos accionantes (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 2. Lit. 1), terminaron dando prevalencia a los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual, propendiendo con sus decisiones estar acordes con los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, instrumentos que defienden el interés superior del niño; siendo sus sentencias conformes a la Declaración de los derechos del niño, a los principios generales internacionales en materia de infancia, y a las directrices internacionales sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos de connotación sexual.

RECOMENDACIONES

La corte Constitucional en Sentencia T- 843 de 2011, respecto de la eficaz administración de justicia y dadas nuestras realidades sociales reza “el deber de garantizar los derechos fundamentales de las víctimas de violencia sexual, especialmente cuando son niños y mujeres, impone a las autoridades judiciales (jueces y fiscales) la obligación de adelantar las respectivas investigaciones y juicios penales con debida diligencia. Este deber de debida diligencia se traduce

en obligaciones concretas como (i) adelantar la investigación de manera oportuna y dentro de un plazo razonable; (ii) no tomar decisiones discriminatorias basadas en estereotipos de género; (iii) brindar a las víctimas oportunidades para ser oídas y participar dentro del proceso, así como tomar en cuenta sus opiniones y reclamos, y adoptar mecanismos para facilitar la rendición del testimonio y para proteger su intimidad; (iv) dictar mandatos judiciales de amparo para evitar nuevas agresiones, así como para garantizar la seguridad de la víctima y su familia durante y después del proceso; (v) dar aviso a las víctimas de la liberación de los agresores; (vi) brindar información a las víctimas sobre sus derechos y la forma cómo puede participar en el proceso, así como orientación psicológica; (vii) permitir a las víctimas solicitar el control de legalidad de las decisiones que afectan sus derechos; y (viii) guardar la debida reserva de la identidad de la víctima. Adicionalmente, cuando la víctima es un menor de 18 años, los funcionarios judiciales deben (i) armonizar los derechos de los presuntos agresores con los derechos de los niños, por ejemplo, aplicando el principio de *in dubio pro reo* en última instancia después de una investigación seria y exhaustiva; (ii) minimizar los efectos adversos sobre los niños que se derivan de su participación en el proceso, por ejemplo, a través de apoyo interdisciplinario; (iii) dar prioridad a los casos y resolverlos con celeridad; (iv) tratar a los niños con consideración teniendo en cuenta su nivel de madurez y su situación de indefensión como víctimas; (v) permitir que los niños en todas las etapas sean acompañados y asistidos por personas de su confianza; (vi) informar a los niños y a sus representantes sobre las finalidades, desarrollo y resultados del proceso, resolver todas sus inquietudes al respecto y orientarlos sobre la forma como pueden ejercer sus derechos al interior del proceso; (vii) informar al ministerio público para que pueda velar por los intereses de los niños; y (viii) acudir el principio *pro infans* como criterio hermenéutico ” (Corte Constitucional, T- 843 de 2011).

Teniendo en cuenta la anterior sentencia, es importante resaltar que con el presente trabajo, no se pretendió sentar verdades de forma absoluta, ni agotar contenidos y desarrollos de la materia, por lo tanto al observar los resultados del mismo, se pudo evidenciar la forma como los operadores judiciales tomaban decisiones en los procesos penales en los que son víctimas niños, niñas y adolescentes de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, donde en algunos casos se actuó en derecho teniendo en cuenta el interés superior del menor víctima; por el contrario, en otros casos las decisiones fueron basadas en errores fácticos de apreciación; por lo tanto, se hace necesario insistir en que los jueces y fiscales lejos de alcanzar la excelencia en la aplicación de la ley nacional e internacional en materia de infancia y sobre todo de delitos sexuales, sean capacitados y entrenados mediante una metodología constructivista; donde tengan ampliación y actualización de los temas en derecho penal colombiano y en derechos humanos, dentro de los cuales se profundicen contenidos sobre la ley procesal, la ley sustancial, el abuso sexual infantil, sus causas, consecuencias, las garantías procesales de las víctimas, la aplicación de la Constitución Política de Colombia y de los tratados y convenios internacionales, como parte de un engranaje y una formación integral del proceso investigativo, que busca cumplir a cabalidad con la misión de la investigación, como resultado de las garantías de los derechos fundamentales y de la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de éste tipo de delitos. Además de la capacitación de fiscales y jueces, se deben también capacitar a funcionarios de policía judicial que trabajan en el manejo de conductas punibles, con el propósito de recaudar el mayor material probatorio posible, contrarrestando la congestión judicial, la impunidad y la retractación de víctimas por el ajustado y complicado proceso del actual Sistema Penal Oral Acusatorio.

Ahora bien, el estudio teórico de los tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia, la revisión y análisis de las diversas sentencias de la Corte Constitucional y de la

Corte Suprema de Justicia, y la realidad social del país, en cuanto a violencia sexual infantil, instituye que el sistema jurídico penal oral y acusatorio colombiano es parcialmente ineficiente; por lo tanto, se demanda de la conformación de grupos interdisciplinarios especializados en el tema de abuso sexual en niños, niñas y adolescentes, de tal forma que se tenga una gran interacción entre las instituciones gubernamentales encargadas del tema, para que realicen un trabajo mancomunado, primero de prevención del delito y segundo de efectivización de la justicia en caso de la comisión del delito.

BIBLIOGRAFÍA

- Congreso de la Republica de Colombia. (2016). *Ley 1098 de 2006. Código de Infancia y adolescencia*. Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006.
- Alcaldía de Medellín. (2019). *DERECHOS DE LAS VICTIMAS DE DELITOS “CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL Y LA DIGNIDAD HUMANA”*. Obtenido de <https://www.medellin.gov.co/irj/go/km/docs/wpcccontent/Sites/Subportal%20de%20Ciudadano/Equidad%20de%20G%C3%A9nero/Secciones/Plantillas%20Gen%C3%A9ricas/Documentos/2011/Sem%20Comunicaci%C3%B3n%20Equidad/019%20Derechos%20de%20las%20v%C3%ADctimas%20de%20del>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política*.
- Atlantic International University. (s.f.). *Derecho Internacional Público*. Obtenido de <http://cursos.aiu.edu/DERECHO%20INTERNACIONAL%20PÚBLICO/Sesión%204/PDF/DERECHO%20INTERNACIONAL%20PÚBLICO%20I%20SESION%204.pdf>
- Baita, B., & Moreno, P. (2005). *Abuso sexual infantil. Cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia*. Montevideo: UNICEF.
- CIDH. Opinión Consultiva OC-1708 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 102. (Corte Interamericana de derechos Humanos 28 de agosto de 2002).
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. (Mayo de Mayo 2013). *Observación General N° 14. Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial*. Obtenido de https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=3990
- Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 17 (Corte Europea 28 de 08 de 2002).

Congreso de la Republica. (s.f.). *Ley 906 de 2004*. Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004.

Congreso de la Republica. Ley 1098 de 2006. (s.f.). Diario Oficial No. 46446 del 08 de noviembre de 2006.

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. (2005). *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos. resolución 2005/20*.
Obtenido de
http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/trata_de_personas_27.pdf

Corte Constitucional . (T-116 del 2017). MP: Luis Guillermo Guerrero.

Corte Constitucional . (C- 209 de de 2007). MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional . (C-1068 de 2002). M.P: Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional. (Auto 092 de 2008). MP. Manuel José Cepeda Espinoza.

Corte Constitucional. (C-1194 de 2005). MP: Manuel José Cepeda.

Corte Constitucional. (C-1194 de 2005). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. (C-910 del 2012). MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez).

Corte Constitucional. (C-936 del 23 de 2010). MP: Luis Ernesto Vargas Silva).

Corte Constitucional. (T- 843 de 2011). M.P: Jorge Ignacio Pretelt.

Corte Constitucional. (T-078 de 2010). M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. (T-116 de 2017). M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional. (T-196 de 2015). M.P: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. (T-448 de 2018). M.P: Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Constitucional. (T-448 de 2018). M.P: Antonio José Lizarazo.

Corte Constitucional. (T-512 de 2016). M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. (T-520 2009). MP: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. (T-554 de 2003). MP: Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional. (T-554 de 2003). MP: Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional. (T-923 de 2013). M.P: Alberto Rojas Rios.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002*. Obtenido de
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

- Corte Suprema de Justicia e, exp. 18455, radicado 18455 (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal t de septiembre de 2005).
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.exp. 29053, 29053 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal MP José Leónidas Bustos 5 de noviembre de 2008).
- Corte Suprema de Justicia, exp. 41570, Radicado No 41570 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, MP: Fernando Castro Caballero.) 20 de noviembre de 2013).
- Corte Suprema de Justicia, exp. 42184, exp. 42184 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. MP: Gustavo Enrique Malo Fernandez 15 de octubre de 2014).
- Corte Suprema de Justicia, exp. 2007-0019, Radicado No 2007-0019, (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal 5 de julio de 2007).
- Corte Suprema de Justicia, exp. 23706, Radicado No 23706. (orte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. MP: Marina Pulido 26 de enero de 2006).
- Corte Suprema de Justicia, exp. 23909, Proceso N° 23909 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP:Julio Enrique Socha Salamanca 4 de marzo de 2009).
- Corte Suprema de Justicia, exp. 25920, Radicado N° 25920 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 21 de febrero de 2007).
- Corte Suprema de Justicia, exp. 29053, Proceso N° 29053 (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, MP: José Leónidas Bustos Martínez 5 de mayo de 2008).
- Corte Suprema de Justicia, exp. 30305, Radicado No 30305. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M.P Augusto Ibáñez Guzmán 5 de noviembre de 2008).
- Corte Suprema de Justicia. Exp. 24096 , Proceso N° 24096 (Corte Suprema de Justicia, Sala Pepal, MP. Edgar Lombana 6 de abril de 2006).
- faller, c. (2007). *COMPRENSIÓN Y EVALUACIÓN DEL ABUSO SEXUAL INFANTIL*. MICHIGAN.
- Faller, K. C. (2007). *Comprensión y Evaluación del Abuso Sexual Infantil*. New York: Oxford University Press.
- Fiscalía General de la Nación. (2017). *Modulo 2: Planeación de la investigación de violencia sexual*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.
- Fiscalia General de la Nación. (s.f.). *Investigación y judicialización de Violencia Sexual*. Bogotá.
- Fiscalía General de la Nación. (S.F). *El ABC del Sistema Penal Acusatorio*. Obtenido de <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/1559849/Contenido+Serie+Documento+No+1.pdf>
- ICBF. (2009). *Tratados y convenios internacionales en materia de niñez y de la familia*. Obtenido de

https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/manual_para_la_ejecucionytratados_sep172009.pdf

manuel jose cepeda espinosa, auto 092 (Corte constitucional 2008).

Mendez, E. G. (1989). *Tratado del Derecho Penal Especial*. Bogotá.

Nación, F. G. (s.f.). *Investigación y Judicialización de Violencia Sexual*.

ONU. (1969). *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. Obtenido de https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

Organización de Estados Americanos. (22 de noviembre de 1969). *Convención Americana sobre de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica.

Organización de Naciones Unidad. (20 de noviembre de 1959). *Declaración de los Derechos del Niño*.

Organización de Naciones Unidas. (16 de marzo de 1996). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

Organización de Naciones Unidas. (20 de noviembre de 1989). *Convención sobre los Derecho del Niño*. Obtenido de <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Pulido Ortiz, F. E. (2011). Control Constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista. *Prolegómenos*, 14(27).

Santacana, J. B. (2018). Límites al desvanecimiento del tipo penal. Aproximación al concepto de violencia en la Parte especial del Código penal. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 20(20), 1-79.

sentencia, 177 (corte constitucional 2014).

sentencia C 177, cORTE cONSTITUCIONAL.

sentencia C-177 (Corte Constitucional 2014).

Sierra, L. F. (2008). *La prueba en el proceso penal colombiano*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda aso No. ICTR-96-4-T, Caso No. ICTR-96-4-T, (Tribunal Penal Internacional para Ruanda Sentencia del 2 de septiembre de 1998 2 de septiembre de 1998).

UNICEF. (2014). *Observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño*. New York: DIF NACIONAL.

UNICEF. (2018). *Para cada niño*.

unidas, c. e. (s.f.). http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/E2005_20.pdf.

- Uprimny, R. (2001). *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Compilación jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Obtenido de https://www.researchgate.net/publication/238077572_EL_BLOQUE_DE_CONSTITUCIONALIDAD_EN_COLOMBIA_Un_analisis_jurisprudencial_y_un_ensayo_de_sistematizacion_doctrinal
- Vaquero, C. (2014). La justicia juvenil en el Derecho Internacional. *Derecho y Cambio Social*,, 11(36), 21-40.