

**EL ACCESO CARNAL VIOLENTO CON SUJETO PASIVO MENOR DE 18
AÑOS EN COLOMBIA**

Elaborado por:

**GRACIELA MORALES MAZUERA
HÉCTOR JAIME ARANDA MUÑOZ
JAVIER RIVERA FRANCO
JOSÉ FERNANDO RENGIFO ALVEAR
MIGUEL ANGEL TORRES ARANZAZU**

Aprobado por:

YECID ECHEVERRY ENCISO

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRIA EN DERECHO
JUNIO 2017**

TABLA DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	pág. 3
2. ASPECTOS HISTORICOS	pág. 6
3. ANALISIS DOGMATICO DEL TIPO	pág. 12
4. ANALISIS JURISPRUDENCIAL	pág. 20
5. ESTUDIO CUANTITATIVO DEL DELITO	pág. 33
6. CONCLUSIONES	pág. 36
7. BIBLIOGRAFIA	pág. 38

1. INTRODUCCIÓN

En toda sociedad, la infancia constituye el elemento fundamental que garantiza la perpetuidad de la misma. De ahí, que se insista en la necesidad de brindar las mejores condiciones socio afectivas, económicas, formación y de protección, para lograr un futuro deseable, sin necesidad de repetir los errores del pasado, esto quizá fue lo que dio lugar al famoso adagio “educad al niño y no tendrás que castigar al hombre”. Pues bien, es relevante mencionar que el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, refiere una serie de prerrogativas hacia los niños, niñas y adolescentes, determinando la primacía de sus derechos.

Por disposición del artículo 6º de la Carta Política, estas directrices deben cumplirse, tanto por particulares, como por todos los servidores públicos. En este sentido, Colombia se adhirió a la Convención sobre los Derechos de los Niños, adoptada en noviembre de 1989, implementándola, a través de la Ley 12 de 1991, existiendo la obligación estatal de protección de los niños, contra todo acto que los afecte. Posteriormente, surge la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, donde en sus primeros articulados se hace una descripción diáfana y precisa de las actuaciones administrativas, judiciales y personales que deben adelantarse, en aras de salvaguardar los niños, niñas y adolescentes.

La Carta Política de Colombia refiere:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

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.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.¹

¹ Constitución Política de Colombia, artículo 44

A su vez, el Código de Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006, indica:

“Artículo 1°. *Finalidad.* Este código tiene por finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna”.²

De otra parte, los artículos 2, 7 y 8 ídem, determinan las medidas de protección integral, acorde con los tratados internacionales, concretando la obligación tripartita Estado, sociedad y familia en tal sentido. Así mismo, el reconocimiento como sujetos de derechos y su interés superior, derivado del mandato constitucional.

Pese a la existencia de la Convención, su ratificación por Colombia mediante la Ley 12 de 1991 y la promulgación de la Ley 1098 de 2006 donde se señalan los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cada vez, es más notable la falta de presencia del Estado colombiano, la descomposición social y la desintegración familiar, afectando la eficiente protección de sus derechos.

De allí que, se evidencien diversos actos de violencia contra niños, niñas y adolescente, que van desde la falta de atención adecuada en salud, no obstante tratarse también de un derecho Constitucional, desnutrición, maltrato físico, y la peor de las circunstancias en contra de su humanidad, la violencia sexual. Esta última, cada vez cobra más víctimas acorde con los eventos denunciados, sin embargo, pueden existir otros, que por razones de conveniencia económica, consanguinidad, parentesco y sentimientos, carecen de denuncia, generándose así, otro tipo de violencia, al no poder los niños, niñas y adolescentes, acceder al sistema de justicia, a efectos de resarcir sus perjuicios y lograr una condena efectiva contra los agresores.

De acuerdo con las estadísticas existentes en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, los exámenes médico legales por presunto delito sexual es otra de las formas de violencia de la cual se dieron a conocer cifras. Hasta el 30 de abril del presente año 2017, 5.831 niños, niñas y adolescentes acudieron al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses para ser valorados por este motivo. De estos, 4.961 de los casos atendidos fueron niñas y las edades en las que es más frecuente este tipo de violencia en mujeres menores de 18 años son las que están entre los 10 y 14 años de edad. En cuanto a los niños, las principales víctimas están entre los 5 y 9 años de edad.

² Ley 1098 de 2006

Si atendemos al informe de Unicef sobre la problemática de la infancia mundial en países inmersos en conflictos armados, encontramos la preocupante cifra de “casi 28 millones de niños y niñas que han sido desplazados por la fuerza. Esta cifra abarca unos diez millones de niños y niñas refugiados, aproximadamente un millón de niños y niñas solicitantes de asilo y alrededor de 17 millones de niños y niñas desplazados dentro de sus países debido a la violencia y el conflicto.”³

Aunado a lo anterior, al revisar las cifras publicadas por Save Children el pasado 31 de mayo del año en curso, encontramos que de los 10 países donde los niños y las niñas resultan más afectados debido a los conflictos armados son en su orden Siria con 12.1 millones, Sudan del Sur con 2.8, Somalia con 2.3, República Centroafricana 1.0, Colombia 7.5, Afganistán con 4.5, Irak 5.0, Yemen con 3.1, Sudan con 3.9 y Eritrea con 0.5. Al transformar estas cifras en tasas atendiendo a la población, Colombia ocuparía el quinto lugar. El mismo informe muestra a nuestro país como el cuarto a nivel mundial con las tasas más altas de homicidios infantiles.⁴

Lo anterior, nos lleva a plantear, la falta de eficiencia del sistema normativo, y la ausencia de compromiso de las instancias encargadas de velar por los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en aras de una firme protección. No obstante, la legislación penal contempla especiales medidas de protección a la libertad y formación sexual, como elemento integrantes de la dignidad humana de los menores. Por ello, en los artículos 205 y sucesivos, tipifica las agresiones que contra ellos se realicen, agravando el ámbito de punibilidad, bien sea que se trate de menores de 12 años o de 14, aunque exista consentimiento.

En buena medida, en este ensayo se pretende responder a la pregunta ¿En qué consiste la protección penal de la libertad sexual prevista en la Ley 599 de 2000, para el caso del acceso carnal en menores de edad? Para solventar la cuestión, se abordarán los siguientes ítems, en principio, se desarrollarán aspectos históricos del delito, seguidamente, la estructura dogmática del acceso carnal en personas menores de 14 años, luego, lo relacionado con las decisiones jurisprudenciales, tanto de la Corte Suprema de Justicia, como de la Corte Constitucional y, por último, se analizará el comportamiento que este delito ha tenido en Colombia, específicamente, Valle del Cauca, Cali y lo contrastaremos con ciudades como Bogotá y Medellín, para cerrar con unas breves consideraciones finales a manera de conclusión.

³ Unicef, *Desarraigados: una crisis creciente para los niños refugiados y migrantes*, Nueva York: 2016.

⁴ Informe presentado por Save Children el 31 de mayo de 2017. Apoyado en: <https://www.savethechildren.org.co/sites/savethechildren.org.co/files/resources/Stolen%20Childhoods%20Spanish%20report%20online%20low%20res.pdf> (tomado el 2 de junio de 2017).

2. ASPECTOS HISTORICOS

Históricamente Colombia ha presentado altas tasas de violencia pudiendo pensarse que se trata de un fenómeno estructural, pues desde la misma conformación del Estado ya se daban los primeros brotes de inconformismo fundamentados en ideales políticos, dando origen a los partidos tradicionales apoyados en concepciones centralistas y federalistas.⁵ Estos enfrentamientos dieron lugar a varias guerras civiles durante el siglo XIX y principios del XX, la más cruenta de todas tuvo lugar entre 1899 a 1902 conocida como la Guerra de los Mil Días. Con posterioridad aparece una etapa de relativa calma hasta el 9 de abril de 1948 con el asesinato del caudillo liberal Jorge Eliecer Gaitán que da surgimiento al Bogotazo y a la llamada Violencia Política que culminó con el acuerdo de Benidorm comúnmente conocido como Frente Nacional de 1958-1974.⁶

Durante la década de los sesentas y como reacción al Frente Nacional surgen las guerrillas de origen político con pretensiones de acceder al poder por la vía armada, entre ellas las FARC-EP, ELN, EPL, QUINTIN LAME, M-19, entre otras. En la década de los ochentas y como fuerza al accionar guerrillero aparecen las denominadas Autodefensas como nuevos actores del conflicto armado de la mano del fenómeno del narcotráfico. Esta serie de procesos violentos que han sumido al país en lágrimas y sangre, en algunos casos ha opacado la violencia que se ejerce sobre los niños y niñas mientras que, en otros, la ha catapultado como es el caso del desplazamiento de niños mencionado en la introducción.⁷

Si bien hasta esta etapa del relato, hemos realizado una breve descripción de problemas de violencia en Colombia desde el siglo XIX, dado el objeto de estudio planteado, no podemos desconocer que desde antaño ya se presentaban delitos sexuales teniendo como víctimas a menores de 18 años. Prueba de ello son los relatos que sobre el tema nos trae José Wilson Márquez Estrada en su texto “Delitos Sexuales y Práctica Judicial en Colombia 1870-1900”⁸, haciendo evocación a incidentes donde se comprometían la integridad de los niños.

⁵ Carvajal Hernández, Diana. Violencia y nación en Colombia: de la nación homogénea a la nación multicultural. En: Revista Eleuthera. Universidad de Caldas, Manizales. No. 11, 2014, pp 101-126.

⁶ Mesa García, Esteban. El Frente Nacional y su naturaleza antidemocrática. En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Pontificia Bolivariana. Vol. 39, No. 110. Medellín, 2009, pp 157-184.

⁷ Grupo de Memoria Histórica. Informe Colombia Basta Ya. Memorias de Guerra y Dignidad. Bogotá D.C. 2013, pp 110-189.

⁸ Márquez Estrada, José Wilson. Delitos Sexuales y Práctica Judicial en Colombia 1870-1900. En: Revista Palobra. Universidad de Cartagena. No. 13. Cartagena, 2013 pp 30-48. Apoyado en <http://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/palobra/article/view/69/67> (tomado el 2 de junio de 2017).

Se menciona en el texto que, los legisladores del siglo XIX determinaban los delitos sexuales como “corrompedores de la moral pública y las buenas costumbres”, puesto que acarreaban elementos de perturbación y desconfianza al interior de los hogares donde ello ocurría. Esta última circunstancia, daba lugar a que solo eran objeto de sanción aquellos delitos que se hacían públicos, por cuanto se trataba de preservar el pudor y honor de la familia afectada. Esta posición daba lugar a impunidad y, ante todo, a la afectación de la víctima por no ser sancionado el agresor. Para la época mencionada, acorde con lo señalado en los Códigos Penales de 1837 y 1890 los delitos tipificados eran: abusos deshonestos, adulterio, fuerza y violencia, estupro, rapto, incesto y sodomía.⁹

Para finales del siglo XIX, los delitos sexuales, guardaban una estrecha connotación religiosa, habida cuenta que las conductas consideradas como desviadas o trasgresiones, iban en contra de lo que denominaban “orden natural” de lo que Dios había determinado como correcto para la actividad sexual, es decir, la procreación. Por vía de ejemplo, destaquemos tres casos de violencia sexual en niños, enunciados en el texto de Márquez Estrada, acaecidos en 1893:

“Municipio de Sonsón, María del Carmen Buitrago de 12 años rinde declaración sobre una agresión sexual por parte del presbítero Ramón Hoyos, que amparado en su condición de eclesiástico, abusa de ella. Y allí me preguntaba si yo iría a ser hermana de la caridad o monja o si me gustaba el matrimonio, a lo cual le dije que me gustaba más lo último, es decir casarme. Que en seguida, y después de que él ya había cerrado la puerta con llave, me cogió, me sentó encima de sus rodillas, y levantándome la ropa me tocaba por todas partes, pellizcándome; me manifestaba que él me iba a dar la vocación y yo estaba en el convencimiento de que nada malo me haría, también me metía la lengua en la boca y me decía que era para darme la vocación. En seguida me cogió, me subió a una cama, me alzó la ropa (...) puesta la sotana se me subía (...) se me arribaba muy duro (...) me dolió mucho, y también veía que se limpiaba (...)”

En el año 1894, con relación a una agresión sexual de la que fue víctima en un espacio rural de Antioquia, la niña María de las Mercedes Barrientos de 12 años, declaraba ante el juez: “Me dijo así es como se coge frisol y me derribó y me metió esa cosa por dentro (...) Me metió ese chi (...) (ilegible) al orinador por donde yo orino, y aunque yo gritaba muy recio no me largaba y mucho rato después me largó. Al día siguiente vi que yo hechaba (Sic) postema por donde

⁹ Echeverry Enciso, Yecid. Antecedentes jurídico-políticos del Código Penal de 1890. En: Revista Conflicto y Sociedad. Universidad de Sabaneta. Vol. 1. Medellín. 2014, pp 209 – 244.

orino y los trapos muy sucios y me estuve tres días con dolores y de allí para acá siempre los siento pero no son recios sino de la tarde para adelante y cuando voy a orinar. Guillermo no me dejaba pasar, y aunque yo lo tumbaba, él se me volvía a montar...”

Igualmente, la niña Carmen Rosa de 11 años dice haber sido violada por un tendero en el municipio de Rionegro, declarando ante el juez que: “Me cogió, me acostó, me alzó la ropa y me introdujo entre las piernas, una cosa dura y gruesa que no sé cómo se llama. Cuando yo gritaba, se me quitaba de encima, pero luego que me callaba, se me volvía a montar, hasta que como dije antes, me introdujo por entre las piernas una cosa que no conozco...”

Destacamos de los casos precedentes que para esa época se enunciaba la intervención de clérigos en abusos sexuales, como ocurre en la actualidad, además, que la edad de las víctimas no sobrepasaban los 12 años. También se deduce que en el Siglo XIX y bien entrado el XX, ni el Estado colombiano ni la iglesia católica habían asumido la responsabilidad de brindar orientación y educación sexual a la población infante. No de otra manera se explica que en las declaraciones anteriores las víctimas se refieran a los órganos genitales con palabras que no corresponden a ellas o con un claro desconocimiento de las mismas. Es cierto que el catolicismo veía como anatema a la sexualidad y era considerado pecaminoso el referirse a la genitalidad, hacer alarde de esta o simplemente no vestirse de manera apropiada impidiendo la exhibición de la corporeidad, como bien lo ha señalado Foucault en su famosa historia de la sexualidad.¹⁰

Lo anterior, se manifiesta en declaraciones de jóvenes víctimas de abusos sexuales que intentan ser justificadas por parte de sus perpetradores bajo la idea de insinuación, provocación, exhibición y otros comportamientos de las personas afectadas. Veamos:

“En el año de 1886 en Umpalá Santander, un agricultor cincuentón de nombre Julián Bustos agredió sexualmente a una niña de ocho años llamada Micaela Chanagá enviada a su finca por yucas y plátanos. Declarándose buen cristiano, cumplidor del diezmo y trabajador. Esta condición no impidió que se aprovechara de la niña y la llevara en vilo hasta su camastro de cuero para violarla produciéndole un grave daño físico, pues la descaderó y la dejó sin poder caminar. Después fue sobreseído, al declarar ante el tribunal en San Gil y luego en Bucaramanga, que “todos los días la mandaban los taitas a mi casa...”

¹⁰ Foucault, Michel. Historia de la Sexualidad I. La voluntad de saber. Editorial Siglo XXI. Madrid. 1998.

bien pueden ustedes considerara aquella tentación”, Además “fue con voluntad de ella”.¹¹

Ahora bien, este tipo de violencia contra la población menor de edad tiende a extenderse hasta 1980. Pues el Código Penal de 1890 rige hasta el año de 1936 cuando a entra en vigor un nuevo código. Sin embargo, este nuevo estatuto, en materia sexual, permaneció incólume dado que, figuras como el rapto, el estupro, los actos y los accesos sexuales no fueron modificados. El rapto consistía en la retención de un menor por parte de otra persona que sin permiso de los padres la accedía carnalmente con la finalidad de conformar una familia, delito que se eximia de responsabilidad con la celebración de nupcias matrimoniales. De otra parte, el estupro se hizo famoso por la frase que lo definía: “prometer para meter y después de haber metido no cumplir lo prometido”, delito que se materializaba regularmente en menores de edad, quienes eran persuadidos bajo la promesa de matrimonio para acceder a los deseos libidinosos de los sujetos activos.

Es solo hasta el Código Penal de 1980 donde se suprime el delito de rapto quedando ahora tipificado como un secuestro simple en concurso con acceso carnal. El delito de estupro también fue derogado junto con otras formas de violencia sexual que pasaron a formar parte de los dos comportamientos proscritos en la legislación actual, esto es acceso carnal y actos sexuales sin consentimiento.

Realizado el bosquejo del acontecer histórico sobre la violencia, es necesario describir lo que ha sido el delito sexual, también dentro del contexto histórico, siendo de mucha utilidad para este propósito, el relato que se hiciera por parte del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Unicef Uruguay, en el escrito denominado “Abuso sexual infantil. Cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia”, del cual extractaremos algunos relatos.¹²

De allí que, podamos referir, que el hombre en su desarrollo ha tenido una gran incidencia en las conductas de abuso hacia los niños, niñas y adolescentes. En Grecia y Roma los menores entre los 11 a 12 años eran utilizados como objetos sexuales por parte de los hombres adultos, realizándose prácticas de castración y alquiler, a efectos de ubicarlos en burdeles, así como la

¹¹ Márquez Estrada, José Wilson. Delitos Sexuales y Práctica Judicial en Colombia 1870-1900. En: Revista Palobra. Universidad de Cartagena. No. 13. Cartagena, 2013 pp 30-48. Apoyado en <http://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/palobra/article/view/69/67> (tomado el 2 de junio de 2017).

¹²Baita, Sandra. Moreno, Paula. Abuso sexual infantil. Cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia. Unicef. Montevideo. 2015. Apoyado en: https://www.unicef.org/uruguay/spanish/Abuso_sexual_infantil_digital.pdf (tomado el 30 de mayo de 2017).

manipulación por parte de sus maestros aprovechándose de su condición de inferioridad para satisfacción de sus deseos sexuales, predominando el sexo anal.

El pueblo judío, pese a su alta concepción religiosa, tampoco fue ajeno a estas acciones, en razón a que no consideraban como acto sexual las relaciones sostenidas con niños menores de 9 años, sin embargo, eran lapidados los que practicaban la sodomía con niños mayores de esa edad. El cristianismo emerge para exteriorizar un pensamiento disímil con relación a los niños, al considerarlos puros e inocentes y totalmente apartados de la comprensión de lo que eran los placeres sexuales.

Para la época del Renacimiento y el siglo XVII, se reprocha con un evidente tinte moral, las relaciones sexuales de adultos con niños, pero dejaba en cabeza de los niños, la responsabilidad de contener tales prácticas. No obstante, en Londres siglo XVIII, se exteriorizaba en el ámbito público, que sostener relaciones sexuales con menores de edad, generaba la cura de enfermedades venéreas.¹³

En los siglos XVII y XVIII, se dan las primeras pautas en procura de la protección de los niños de vejámenes físicos y sexuales, “consolidándose” aparentemente, en el siglo XX, sin embargo, en 1874 se detecta un caso aberrante en los Estados Unidos, de una niña nacida en 1864 de nombre Mary Ellen, quien sufre la muerte de sus padres biológicos, quedando bajo el cuidado de otras personas que la adoptan, mismas que la someten por mucho tiempo a todo tipo de maltrato, con serias consecuencias en su integridad y salud. Al ser detectado el abuso, la persona denunciante, se encontró ante una difícil situación, por cuanto no existían leyes que previeran y sancionaran lo que estaba aconteciendo con la niña, pues los niños eran considerados propiedad de los padres. Esto implicaba que el trato que recibiera de ellos, era un asunto privado, sin posibilidad de intervención de ninguna persona.

Dado lo anterior, en ausencia de un marco legal que protegiera a los niños y sobre el cual se pudiera abordar el lamentable asunto, digamos que por analogía, al considerar las personas como animales, se acudió a las leyes que existían en su momento y que regulaban el maltrato animal, desencadenándose el arresto y condena de la madre adoptiva con un argumento: “El maltrato hacia los animales está penado, y teniendo en cuenta que Mary Ellen pertenecía al reino animal, su madre debía ser castigada”. Se menciona que este hecho, fue uno de los primeros avances en procura de

¹³ Baita, Sandra. Moreno, Paula. Abuso sexual infantil. Cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia. Unicef. Montevideo. 2015. Apoyado en: https://www.unicef.org/uruguay/spanish/Abuso_sexual_infantil_digital.pdf (tomado el 30 de mayo de 2017).

reconocer la existencia y, en consecuencia, adelantar la protección efectiva de los derechos de los niños.¹⁴

Cabe mencionar que, inicialmente tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, los delitos sexuales se encasillaban en una condición social, concretando que los mismos solo ocurrían en las clases sociales más pobres, idea que posteriormente fue refutada abriendo el espacio de investigación para todas las clases existentes en su momento. El siglo XX marca la continuidad de unas débiles acciones tendientes a la protección con mayor relevancia de los niños, sin ahondar en los casos cometidos sobre las niñas, pero conceptos médicos y psiquiátricos de mediados del siglo XX tanto europeos como americanos, entran a desvirtuar la realidad de los delitos sexuales, orientándolos a meras fantasías de los afectados, posición inclusive de Sigmund Freud, en su texto “Lecciones introductorias al psicoanálisis”.¹⁵

Ahora bien, no puede dejar de mencionarse que el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, vigente desde el 2 de septiembre de 1990, se prevé: “1. 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. 2. 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”. Tanto en Colombia como en otros países del mundo, se viene afectando ostensiblemente la integridad de niños, niñas y adolescentes, derivado de prácticas como la guerra, el turismo sexual, la prostitución infantil, la violencia sexual por parte de consanguíneos, profesores, religiosos, o eventos como los ocurridos en Asia donde los pedófilos, justificando la cura del sida, abusan de niños menores de edad.

El breve pasaje histórico enunciado, nos lleva a plantear, que desde vieja data los niños han sido víctimas de la violencia sexual por parte de los adultos. Sobre ellos han recaído actuaciones degradantes, sin que se perciba una

¹⁴ Paniagua, Carmen. Mary Ellen Wilson: El origen de los derechos de la infancia. Psicomemorias. Sevilla. 2015. Apoyado en: <http://www.psicomemorias.com/mary-ellen-wilson-origen-los-derechos-la-infancia/> (tomado el 2 de junio de 2017).

¹⁵ Freud, Sigmund. Lecciones introductorias al psicoanálisis. Obras completas. Viena. 1917, p 167. Apoyado en: <http://caece.opac.com.ar/gsd/collect/apuntes/index/assoc/HASH016b.dir/doc.pdf> (tomado el 2 de junio de 2017)

eficiente protección de su integridad. La historia en el ámbito local, no es ajena a lo que pueda estar sucediendo en otra parte del planeta, o se haya desarrollado en el devenir histórico del hombre.

3. ANALISIS DOGMATICO DEL TIPO

En el presente acápite nos proponemos realizar un estudio detallado de la estructura del tipo penal contemplado en el artículo 205 y 208 del Código Penal, particularmente cuando estos comportamientos recaen sobre sujetos pasivos menores de dieciocho años. De esta manera iniciaremos con el análisis de los sujetos activo y pasivo; luego escudriñaremos tanto el objeto material como el jurídico a que hacen referencia las normas ya citadas; a continuación estudiaremos la conducta en sus diversas modalidades y, por último, abordaremos los diferentes ingredientes que conforman los delitos en mención.

SUJETO ACTIVO

El Estado a través del legislador ha contemplado un régimen de responsabilidad penal que privilegia el principio de culpabilidad proscribiendo la responsabilidad objetiva. No obstante el mandato del artículo 29 Constitucional, el legislador en virtud de la Ley 1778 de 2016 contempló la posibilidad de exigir responsabilidad penal a la persona jurídica únicamente para el delito de soborno transnacional. Para los demás delitos se mantiene la noción de responsabilidad exclusivamente en el individuo de la especie humana o persona natural como sujeto activo, incluso los menores de dieciocho años y mayores de catorce responden penalmente al estar sometidos a una jurisdicción especial (sistema de responsabilidad penal juvenil Ley 1098 de 2006), con las excepciones legales contenidas en el artículo 33 de la ley 599 de 2000 y del Código de la Infancia y de la Adolescencia, que consagra la inimputabilidad de las personas que al momento de la conducta típica y antijurídica no tuviera la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural, minoría de edad (menos de catorce años) o estados similares.

La doctrina ha clasificado el sujeto activo de la siguiente manera:

1. Sujeto Activo Común y Propio, determinado e indeterminado, simple y plural, calificado y no calificado, monosubjetivo y plurisubjetivo. De estas taxonomías podemos apropiarnos la idea de sujeto activo simple o singular, indeterminado o común para el caso concreto de los delitos en estudio. Ello significa que al contemplar el tipo penal la expresión “el que”, hace

referencia a cualquier persona que pueda o llegará a ejecutar la conducta contenida en el verbo rector: acceder.

- 1.1. Sujeto Activo Común, Indeterminado o no Calificado. Tanto el artículo 205 como el 208 contemplan la posibilidad material de que quien acceda carnalmente a otro, ya sea mediante violencia o sin ella, materializando las exigencias requeridas por el punible puede ser un sujeto común y corriente, hombre o mujer para los cuales el legislador no requiere ninguna calidad especial, esto es que no se exige ser servidor público o cualquier otra condición natural o jurídica.
 - 1.2. Sujeto Activo Propio, Particular, Cualificado o Exclusivo. Cuando nos referimos a estas categorías, significa que el sujeto activo para poder ser responsable del delito, ha de poseer la calidad que allí se mencione. Ejemplo de este tipo de sujeto aparece en los llamados delitos contra la administración pública donde el perpetrador debe tener la cualidad de servidor público. Otro ejemplo se da en el artículo 237 requiriendo para su consumación que el agente o autor tenga una cualificación natural como el parentesco o jurídica como la condición de adoptante o adoptivo. En el delito de Especulación contemplado en el artículo 298 se exige para su consumación que quien lo efectuó sea el productor, fabricante o distribuidor mayorista.
2. Sujeto Activo Singular y Plural. Cuando la norma requiere para su perfeccionamiento la presencia de varios sujetos que concurren a la realización de la conducta punible, decimos que se trata de un sujeto activo plural como bien lo expresan los delitos de concierto para delinquir, asonada, sedición y rebelión. De otra parte, cuando la norma solo requiere la presencia de un sujeto para la comisión del punible decimos que se trata de un sujeto activo singular, ejemplo el homicidio, el hurto y el acceso carnal.

Respecto al Sujeto Activo Común Indeterminado o no Calificado, la conducta punible no requiere un perfil específico, toda vez que puede llevarse a cabo por cualquier persona sin importar su edad, su sexo, su raza, su cargo, etc. Por el contrario, el Sujeto Activo Propio, Particular, Cualificado o Exclusivo, requiere que la conducta sea ejecutada por un individuo previamente perfilado. La cualificación del individuo puede ser Jurídica, como en el caso de los servidores públicos; Natural, tales como la condición de mujer, hombre, padre, entre otras; Socio-Cultural, siendo estos individuos los que tienen una posición dominante o subordinada, cual es el caso del acoso sexual tipificado en el artículo 210A.

SUJETO PASIVO

Es el sujeto de derecho que tiene la titularidad del interés o bien jurídico primordialmente tutelado por determinado tipo penal, bien que es amenazado o vulnerado con la realización de la acción típica.¹⁶ Cualquier individuo de la especie humana, sin importar sus condiciones sociales, sexo, edad o raza, puede ser sujeto pasivo de una conducta punible. De igual manera, una persona jurídica al ser titular de derechos también puede encontrarse bajo la condición de sujeto pasivo, pues para ello el legislador solo exige que se trate del titular de un bien jurídico tutelado o protegido por la normatividad penal.

El sujeto pasivo ha sido clasificado doctrinalmente de la siguiente manera: Sujeto Pasivo Común y Sujeto Pasivo Propio o Cualificado. El sujeto pasivo común podrá ser cualquier persona natural o jurídica sin que se le exija características particulares. Ejemplos típicos de sujeto pasivo común son las personas que han sido víctimas de hurto, injuria, estafa, entre otras.

Por su parte, el sujeto pasivo propio o cualificado, es de naturaleza temporal por cuanto se requiere que el status se encuentre presente en el momento de cometerse la conducta punible, de lo contrario, la conducta sería atípica o tendría que adecuarse a otro tipo penal.

Esta cualificación puede ser de diferentes tipos:

1. Jurídica, como es el caso de los servidores públicos.
2. Natural, cuando se requiere, por ejemplo, la condición de ser mujer para ser imputada por el delito de transferencia de ovulo fecundado no consentido.
3. Condiciones especiales, tales como la persona incapacitada para que pueda ser víctima de abandono.
4. Sociocultural, inherente a la profesión, oficio, etc.

El tipo penal objeto de estudio (205 C.P.) no requieren de sujeto pasivo cualificado, toda vez que cualquier persona puede ser víctima de acceso carnal violento, sin embargo podemos decir que en el caso del tipo penal contemplado en el artículo 208 del mismo estatuto, requiere una condición especial, esto es, que la víctima sea menor de 14 años de edad. Es importante señalar que el sujeto pasivo siempre será un individuo de la especie humana, lo que descarta la aplicación de esta norma para conductas como la zoofilia o bestialismo, la cual podría ser tipificada en otro delito con la entrada en vigencia de las leyes de protección de los animales.

¹⁶ Pedro Alfonso Pabón Parra, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C., 2005, Pag. 179.

EL OBJETO JURÍDICO

Se denomina *objeto jurídico* al derecho radicado en cabeza del sujeto pasivo de la infracción. Así, son objetos jurídicos protegidos en nuestra legislación: la seguridad pública, la fe pública, la libertad individual, la integridad moral, la vida y la integridad personal, el patrimonio económico, la libertad y formación sexual, entre otros.¹⁷ En pocas palabras, el objeto jurídico es el nombre que el legislador le ha puesto a cada uno de los títulos de nuestro código penal, los cuales se convierten en valores que la ley tutela, tipificando al tiempo las diferentes conductas que atentan contra los mismos. Además de denominarse objeto jurídico, también podemos encontrarlo con denominaciones como *bien jurídico* o *interés jurídico tutelado*.

El objeto jurídico se ha clasificado en *objeto jurídico genérico* y *objeto jurídico específico*, encontrándose el primero en todos los tipos penales, tales como la soberanía del Estado, mientras que el segundo se encuentra protegido individualmente en cada tipo penal, tal como es el caso del delito de hurto, en el que particularmente se tutela el derecho a la propiedad privada del sujeto pasivo. Los tipos penales pueden contener objetos jurídicos plurales en los que se protegen simultáneamente varios bienes jurídicos, circunstancia en la que se debe distinguir entre objeto jurídico *primario* y *secundario*, siendo prevalente el que se indique en el nombre del respectivo título penal. Un ejemplo de ello es el delito de falsa denuncia contra persona determinada donde se protegen dos bienes jurídicos: la administración de justicia y la integridad moral de la persona falsamente denunciada. El objeto jurídico primario o prevalente es la administración de justicia; es el interés que el legislador ha considerado primordial, y por ello lo ha incluido dentro del título XVI de la parte especial del Código.¹⁸

Es importante la determinación del objeto jurídico primario, pues de ello depende el establecimiento de a quién corresponde el sujeto pasivo primario al que se le ha vulnerado un derecho, siendo en el ejemplo mencionado el Estado, por cuanto es el titular del bien jurídico identificado como “administración de justicia”. El objeto jurídico también puede clasificarse como *individuales* o *estatales*, siendo los primeros los que le son tutelados a personas naturales o jurídicas (diferentes al Estado), y los segundos necesariamente estarán en cabeza del Estado o de la sociedad, pudiendo ser afectado bajo este último criterio la sociedad, la familia, siendo el Estado, en la mayoría de los casos, quien asume la representación de estas colectividades.

¹⁷ Citar libro pag. 198

¹⁸ Citar libro pag. 201

EL OBJETO MATERIAL

El objeto material es el sujeto, la cosa o el fenómeno natural o jurídico hacia el cual se dirige, o sobre el cual recae, inmediata y directamente, el comportamiento representado por el verbo determinador. La conducta humana se orienta o concentra hacia algo o alguien. Es material porque tal calificativo permite diferenciarlo del interés, bien u objeto jurídico tutelado, el cual es eminentemente jurídico y depende del legislador.¹⁹

El objeto material se ha clasificado de la siguiente manera:

1. Objeto materia personal. El delito se comete contra una persona natural, sin que se admita en esta clasificación a las personas jurídicas, toda vez que éstas actúan por medio de sus órganos o representantes. Como ejemplo podemos mencionar la injuria, el acceso carnal violento, el secuestro extorsivo y la violencia contra servidor público. En el caso de las lesiones personales, el homicidio, la tortura y otros tipos penales podemos afirmar que la conducta recae directamente sobre la persona natural o física, de allí la clasificación como objeto material personal.

El objeto material personal puede ser indeterminado o cualificado. Estaremos frente a la primera clasificación cuando la acción típica recae sobre una persona natural sin requerir cualificación alguna, como es el caso del hurto simple. Por el contrario, cuando el tipo penal exige que la persona natural sobre la que recae el acto punitivo tenga ciertas cualidades, estaremos frente a un objeto material personal cualificado, tal como es el caso de la violencia contra servidor público.

2. Objeto material real. En este caso la conducta típica se ejerce sobre una cosa corporal, incorporal, tangible o intangible. Ejemplos de esta clasificación son: El ultraje a emblemas o símbolos patrios, irrespeto a cadáveres, daño en obras de utilidad social, el hurto, daño en bien ajeno, estafa, especulación, sabotaje, entre otros.
3. Objeto material fenoménico. Son fenómenos de naturaleza jurídica. Podemos enlistar dentro de esta clasificación el espionaje, la violación de tregua o armisticio, la omisión del agente retenedor, la importación y exportación ilegal, la evasión de impuestos, así como otros comportamientos que se centran en constructos intelectuales creados por el legislador con un ámbito especial de protección.

¹⁹ Citar libro, pag. 202.

CONDUCTA

La Ley 599 de 2000 en su título IV establece que la libertad, la integridad y la formación sexual son los intereses jurídicos a proteger con la punición de los comportamientos señalados en los artículos correspondientes. El acceso carnal violento estipulado en el artículo 205 del Código Penal, debe entenderse como la conducta prohibida encaminada a la conjunción de los órganos sexuales de dos personas vivas, completa o incompletamente, por vía normal o anormal, y que se logra contra la expresa oposición de la víctima, independientemente del grado de perfección que alcance el acoplamiento violento.²⁰

Lo anterior, exige para la existencia de la consumación del delito una unión carnal o penetración aunque sea por un momento breve en los esfínteres vaginal o anal del sujeto pasivo. Pues el simple acercamiento, aproximación o contacto externo del miembro con el cuerpo de la víctima no es suficiente para integrar la noción y naturaleza de este delito. Es importante aclarar que para el código anterior este delito solo podía ser realizado por el hombre al tratarse del único habilitado biológicamente para realizar la penetración sexual, dado que la norma exigía la penetración del miembro viril. En el código actual se cambió la noción de lo que antes se entendía por acceso carnal a un espectro más amplio incluyendo además de la penetración violenta del miembro viril por vía vaginal, anal u oral, la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano y la introducción de objetos por los mismo esfínteres.

La conducta que prohíbe el acceso carnal abusivo con menor de catorce años la encontramos en el artículo 208 del mismo Código y, a diferencia del tipo penal anterior, no exige violencia para la materialización del delito, pues aunque puede haber consentimiento por parte del sujeto pasivo, dicho asentimiento se considera irrelevante y se encuentra viciado por la inmadurez e inexperiencia del mismo al tratarse de un menor de catorce años. La ley se encarga con este artículo de proteger al menor entendiendo que a su corta edad carece de aptitudes materiales y psicológicas para valorar éticamente el sentido del acto que practica y sus consecuencias.²¹ Recordemos que el bien jurídico tutelado no solo hace referencia a la libertad sexual sino también a la formación, de donde se desprende la necesidad de proteger al menor en el ámbito de su consentimiento y, particularmente, de su proceso de formación e intelección en materia sexual antes de incursionar en el mercado carnal. Al respecto la Corte Constitucional dijo:

²⁰ Valencia Martínez, Jorge Enrique, Delitos Contra la libertad Integridad y formación sexuales, Ediciones Legis, Bogotá D.C., 2002, Pag. 25.

²¹ Valencia Martínez, Jorge Enrique, Delitos Contra la libertad Integridad y formación sexuales, Ediciones Legis, Bogotá D.C., 2002, Pag. 67.

“Dada la protección penal otorgada a los menores en edad inferior a 14 años frente a conductas de abuso sexual, existen razones fundadas para que el Legislador, en desarrollo de su potestad configurativa en materia penal, hubiera decidido concentrar la protección en este rango de personas menores. Veamos: A diferencia de los casos de violación de personas y delitos sexuales mediados por actos de coerción, los tipos penales de las disposiciones demandadas (arts. 208 y 209) tipifican conductas que versan sobre acciones en principio consentidas o no resistidas por el menor, en todo caso sin la intervención de coacción alguna. El carácter abusivo de estos actos deriva de la circunstancia de ser realizados con persona que físicamente aún no ha llegado a la plenitud de su desarrollo corporal y, especialmente, por tratarse de seres humanos que no han desplegado su madurez volitiva y sexual, prestándose para el aprovechamiento de personas que los aventajan en lo corporal e intelectual y precipitándolos precozmente a unas experiencias para los que no están adecuadamente preparados, con consecuencias indeseadas como el embarazo prematuro y la asunción de responsabilidades que exceden sus capacidades de desempeño social.”²²

Es de resaltar que para este caso el acceso no se realiza en contra de la voluntad de la víctima, ya que si se emplea algún tipo de violencia estaremos en la órbita del delito de acceso carnal violento contemplado en el canon 205. Este hecho punible se incrimina a título de dolo directo, debe existir en el agente la voluntad de acceder carnalmente a la víctima con conocimiento de su edad y la conciencia de hacerlo para satisfacción de su propia lascivia. De allí que, si el sujeto activo desconoce la edad de la víctima y no tuvo la posibilidad real de actualizar el conocimiento, como cuando la menor miente atribuyéndose una edad superior a la real y la formación física junto con su desarrollo anatómico dan apariencia de una edad superior a la exigida por el tipo penal, estaríamos en presencia de un eximente de responsabilidad contemplado en el numeral 10 del artículo 32, denominado error de tipo. Este se presenta cuando el sujeto activo yerra de manera invencible sobre uno de los elementos constitutivos de la infracción penal.

De otra parte, el bien jurídico que se tutela en el artículo 208 es la integridad y formación sexual del menor de 14 años, quien tiene derecho a mantenerse incólume e intacto frente a cualquier tipo de actividad sexual, gozar de un ambiente donde pueda evolucionar y formarse sin ningún tipo de intromisión que le permita, llegado el momento, disponer de su libertad sexual una vez tenga la capacidad de hacerlo física, psicológica, cognitiva y jurídica.²³ La libertad sexual que se predica del menor adquiere protección reforzada frente a los menores de catorce años, dada su inmadurez psicológica y sexual, tal y

²² Corte Constitucional. Sentencia C – 876 de 2011. M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

²³ Torres Topaga, William. “Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”. En: AA VV. *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2011, pp 869-906.

como estableció la Corte Constitucional al examinar la exequibilidad del artículo 208 y 209 a saber:

“La diferenciación realizada por el legislador entre menores de 14 años y los menores mayores de 14 años persigue fines constitucionalmente legítimos, pues es un instrumento legislativo que permite materializar la protección del artículo 44 constitucional en aquellos menores cuya capacidad volitiva y desarrollo sexual no está aún configurado plenamente. Así las cosas, la medida tomada resulta idónea y adecuada debido a que, aun existiendo el consentimiento del menor de 14 años, lo cierto es que su capacidad de comprensión y valoración del acto sexual no es adecuado para su edad. Por eso la Ley lo protege, aún de su propia decisión, con el fin de salvaguardar no solo sus derechos sexuales y reproductivos sino el libre desarrollo de su personalidad. Finalmente, la medida diferenciada sin dudas persigue un fin constitucional por cuanto el artículo 44 constitucional señala a los menores no solo como sujetos de especial protección sino además sujetos de una protección reforzada. Así pues, evitar que sobre menores de 14 años se ejerzan actos abusivos de tipo sexual cumple fielmente con los propósitos señalados por la Constitución para los niños, en este caso los menores de 14 años. Ahora bien, se insiste, no implica lo anterior que los menores mayores de 14 años no gocen de protección constitucional o legal alguna respecto de actos sexuales o accesos carnales violentos, sin su consentimiento. Lo cierto es que en los eventos que esto suceda, la legislación penal establece tipos penales y altas penas para quien vulnere o violente los derechos sexuales o reproductivos de los menores mayores de 14 años, como se explicó en precedencia.”²⁴

La Corte Suprema de Justicia ha expresado que, “los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en nuestro Estado Social de Derecho”. Ello, dada la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma. En sentencia T-260 de 2012, la Corte Constitucional determinó que: “Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad”²⁵.

Como se ha podido apreciar, la conducta prohibida por el legislador en los artículos 205 y 208 consiste, en el primer caso en el acceso carnal o penetración por vía anal, vaginal u oral del miembro viril sin consentimiento o

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C – 876 de 2011. M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia T – 260 de 2012. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

mediante violencia. Igualmente se establece la prohibición ante la penetración por vía anal o vaginal de cualquier parte del cuerpo o de objeto alguno. La diferencia entre el 205 y el 208 radica, fundamentalmente, en el carácter violento del primero frente al consentimiento que opera en el segundo, solo que este último no alcanza validez jurídica dada la condición física y psíquica del menor que asiente.

3. ANALISIS JURISPRUDENCIAL

ANALISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE ACCESO CARNAL CON MENOR DE 14 AÑOS

En este acápite realizaremos un breve análisis de la jurisprudencia emitida por las altas cortes respecto de los tipos penales en estudio, destacando los casos donde la víctima es menor de 18 años, ya sea mediando consentimiento como lo establece el artículo 208, o a través de violencia según lo contemplado en el canon 205. De entrada, es necesario resaltar que el abuso sexual constituye uno de los problemas más graves de la sociedad por sus repercusiones sociales, políticas y económicas, particularmente en el caso colombiano que ha estado atravesado por un conflicto armado de más de seis décadas. Situación que catapultó el número de víctimas menores por la influencia de actores armados en amplias zonas del territorio nacional y que contribuyeron no solo a la violencia sexual sino también al reclutamiento y desplazamiento de menores. Todo esto constituye un verdadero atentado contra los derechos humanos como bien lo han señalado algunos autores al tratar el problema:

*“Los altos costos personales y sociales, entre ellos, la disminución de la productividad de las personas, el embarazo adolescente, las infecciones de transmisión sexual, la violencia sexual como práctica sistemática, habitual e invisible en el conflicto armado colombiano y la impunidad en el que se encuentran los casos que llegan a instancias judiciales, generan grandes vulneraciones a los Derechos Humanos cada vez más extendidas y menos visibles”.*²⁶

La violencia sexual está contemplada a nivel nacional e internacional, como aquel acto u omisión que vulnera el ejercicio de los derechos humanos sexuales o reproductivos, toda acción que se dirige a mantener o solicitar contacto sexual, físico, verbal o a suscitar la participación en interacciones sexuales mediante el uso de la fuerza o la amenaza, la intimidación, la coerción, el chantaje, la presión indebida, el soborno, la manipulación o cualquier otro mecanismo que anule o

²⁶ Rodríguez Cely, Leonardo Alberto. Intervención interdisciplinaria en casos de abuso sexual infantil. En: Revista Universitas Psychologica. Universidad Javeriana. Vol. 2. No. 1 Bogotá D.C. 2003, pp 57-70. Apoyado en: <http://sparta.javeriana.edu.co/psicologia/publicaciones/actualizarrevista/archivos/V2N107intervencion.pdf> (tomado 3 de junio de 2017).

limite la voluntad de la persona a efectos de victimizarla con un comportamiento contrario a la libertad y formación sexual.²⁷

Es a partir de la Constitución del 1991, donde el Estado reconoce la prevalencia de los derechos humanos e inicia un esfuerzo por erradicar este tipo de violencia que destruye la sociedad, enfocando una serie de políticas públicas para erradicar este fenómeno con algunos resultados interesantes pero sin lograr un avance significativo. A pesar de lo anterior, cada día estos derechos son vulnerados, especialmente los pertenecientes a la población menor de 14 años los cuales se encuentran en estado de indefensión, quienes son víctimas del delito de acceso carnal violento y el delito de acceso carnal abusivo, niñas y niños que deben estar protegidos por la familia, la sociedad y el Estado.

Las altas cortes en Colombia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos a nivel internacional, han reconocido el derecho vulnerado de las niñas y niños menores de 14 años que han sido víctimas de acceso carnal. Una forma de resarcir este daño, es que el Estado les proporcione a ellas, asesoría jurídica, médica, psicológica, económica y social, que les brinde seguridad de que sus derechos están siendo protegidos por la sociedad y la administración de justicia.

Para Colombia ha sido de gran importancia incorporar los mecanismos jurídicos de protección regional y universal de derechos humanos acogiendo como obligatorios los pronunciamientos de las cortes internacionales. A tales efectos, en Sentencia C – 225 de 1995 la Corte Constitucional introdujo la figura del bloque de constitucionalidad para integrar los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia dentro del ordenamiento interno, otorgándoles rango constitucional al armonizar los artículos 4 y 93 de la carta. Dicha figura refiere a dos especies: bloque en estricto sensu y en lato sensu; el primero contiene los tratados internacionales que no pueden ser desconocidos durante los estados de excepción y, el segundo, trata de convenciones internacionales ratificadas por el Estado colombiano que se incorporan al grueso de la normatividad.

Normatividad Internacional

La Convención Internacional de los Derechos de los Niños -ONU-, ratificada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991, es el instrumento jurídico y social de mayor importancia para la niñez, en esta convención los niños y niñas juegan el papel de sujetos de derechos y obligaciones, al paso que los iguala en garantías a los adultos. El artículo 34 expresa:

²⁷ Estrada Jaramillo, Lina Marcela. Protección de los derechos humanos de las víctimas de abuso sexual: una mirada desde la jurisprudencia. Universidad Nacional. Revista Trabajo Social No. 14, Bogotá D.C., 2012, pp. 179-191. Apoyado en: <file:///C:/Users/aulas/Downloads/Dialnet-ProteccionDeLosDerechosHumanosDeLasVictimasDeAbuso-4384483.pdf> (tomado 9 de junio de 2017).

“Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.”²⁸

Colombia al suscribir dicha convención se comprometió a velar por la protección de los derechos de las niñas y los niños en materia de abuso sexual. De ahí, que haya contemplado en su normatividad penal los delitos contenidos en el título IV de la Ley 599 de 2000, entre otros. Adicional a ello, en el año 2006 expidió el código de la Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006 que viene aplicándose con todo rigor a pesar de los múltiples conflictos y violaciones que esta población sufre.

Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente al abuso sexual

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en temas relacionados con los derechos de los niños y las niñas ha ido más allá del alcance del artículo 19 de la CADH que arguye: *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*. Norma que contiene una obligación de cumplimiento inmediato por tratarse de sujetos de especial protección por su condición de indefensión.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en los siguientes casos:

- **Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009²⁹. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de**

²⁸ Convención Internacional sobre los derechos del niño y de la niña. Apoyado en:

https://www.unicef.org/paraguay/spanish/py_convencion_espanol.pdf (tomado 9 de junio de 2017).

²⁹ Los hechos del presente caso sucedieron en ciudad Juárez, lugar donde se desarrollan diversas formas de delincuencia organizada. Asimismo, desde 1993 existe un aumento de homicidios de mujeres influenciado por una cultura de discriminación contra la mujer. Laura Berenice Ramos, estudiante de 17 años de edad, desapareció el 22 de setiembre de 2001. Claudia Ivette Gonzáles, trabajadora en una empresa maquiladora de 20 años de edad, desapareció el 10 de octubre de 2001. Esmeralda Herrera Monreal, empleada doméstica de 15 años de edad desapareció el lunes 29 de octubre de 2001. Sus familiares presentaron las denuncias de desaparición. No obstante, no se iniciaron mayores investigaciones. Las autoridades se limitaron a elaborar los registros de desaparición, los carteles de búsqueda, la toma de declaraciones y el envío del oficio a la Policía Judicial. El 6 de noviembre de 2001 se encontraron los cuerpos de Claudia Ivette Gonzáles, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, quienes presentaban signos de violencia sexual. Se concluyó que las tres mujeres estuvieron privadas de su libertad antes de su muerte. A pesar de los recursos interpuestos por sus familiares, no se investigó ni se sancionó a los responsables.

Derechos Humanos Nº 5. Pag 7. En esta oportunidad la Corte se pronunció contra el Estado mexicano por una serie de desapariciones y homicidios de mujeres, ocurrida en la ciudad de Juárez, siendo este uno de los fallos hitos en materia de feminicidio. Sin embargo, la corte aprovechó para referirse a la situación particular de los menores en relación con las obligaciones de los Estados para adelantar programas y políticas públicas de protección. Veamos:

“408. [...] La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable. En el mismo sentido: Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 200911, párr. 184; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Agosto de 201012, párr. 257”

- **Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 201430.**³⁰

³⁰ El 17 de diciembre de 2001, a las 16:00 horas, Rosa Elvira Franco Sandoval denunció ante la Policía Nacional Civil la desaparición de su hija, quien había salido de su casa hacia su trabajo a las 8:00 horas del día anterior y no había regresado. María Isabel tenía en ese momento 15 años de edad, y vivía con su madre, sus dos hermanos y abuelos. No se acreditó ante la Corte IDH que luego de la denuncia, dependencias o funcionarios realizaran acciones de búsqueda de la niña. El 18 de diciembre de 2001, a partir de una llamada anónima, se encontró un cadáver. El mismo día, la señora Franco Sandoval, luego de ver por televisión noticias sobre lo anterior, acudió a la morgue e identificó el cuerpo, indicando que era el de su hija María Isabel. Luego se estableció que la causa de la muerte había sido un “[t]rauma de cráneo [...] produc[ido] por] arma blanca”. De acuerdo con la información allegada a la Corte IDH, la investigación de los hechos, iniciada a partir del hallazgo del cuerpo, no había concluido y no derivó en la identificación de posibles responsables. El Estado reconoció que un conflicto de competencia sustanciado entre el 11 de marzo y el 21 de noviembre de 2002 generó un atraso en la investigación. También aceptó, como falta de diligencia, la omisión de aplicación de una medida cautelar en relación a una persona sospechosa, pese a la sugerencia de los investigadores efectuada el 20 de febrero de 2002. Cuando se pretendió ubicar de nuevo el paradero de esa persona, cuatro años después, no fue posible hacerlo. Además, en los primeros momentos de la investigación se presentaron diversas irregularidades, a saber: a) falta de aseguramiento del lugar del hallazgo del cadáver; b) falta de rigurosidad en la inspección ocular; c) deficiencias en la elaboración del acta de levantamiento del cadáver; d) traslado inadecuado del cadáver; e) recolección inadecuada de las evidencias y su manejo indebido; f) omisión de aseguramiento de la cadena de custodia de las evidencias, y g) necropsia incompleta. El Estado aceptó que “no se hicieron, o no se hicieron correctamente [...] ciertos exámenes] y la propia necropsia”. Asimismo, luego de tales momentos iniciales, el “allanamiento” a un inmueble en la dirección suministrada por el informante anónimo el 18 de diciembre de 2001 se realizó después de más de un año y medio de esa fecha, y el análisis de las llamadas telefónicas correspondientes al teléfono celular que tenía María Isabel fue considerado después más de tres años de contar con la información. El Tribunal constató además que, durante todo el tiempo que lleva la investigación, hubo períodos prolongados en que se omitió la realización de diligencias sustantivas de investigación. Aunado a lo expuesto, las autoridades omitieron recabar pruebas pertinentes para determinar la violencia sexual, o las realizaron tardíamente. Al respecto, tal como reconoció el Estado, en el momento de los hechos, no había legislación ni procedimientos específicos para investigar casos de violencia contra la mujer.

Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5. Pag 12. En esta ocasión, la corte analiza el problema de la impunidad y la mora en los procesos investigativos de violencia contra la mujer y demás formas de discriminación refiriendo en concreto, la obligación de los Estados partes en erradicar las desigualdades presentes en la legislación civil que tendían a perpetuar la dominación masculina en detrimento de los derechos de igualdad y libertad de las mujeres. También recordó que la Convención Americana junto con la Convención para la erradicación de todas las formas de discriminación celebrada en Brasil y que lleva como nombre el de la ciudad donde se celebró (Convención de Belém do Pará), tienen como propósito crear políticas y expedir normas para hacer que la igualdad entre hombres y mujeres, niños y niñas, sea una realidad en los países miembros de la OEA. Veamos:

“133. De conformidad con las características del caso *sub examine*, debe señalarse que, en relación con niñas, los derechos y obligaciones antedichos deben observarse en el marco del acatamiento del artículo 19 de la Convención Americana y, siendo pertinente, atendiendo a lo dispuesto en la Convención de Belém do Pará.

El artículo 19 de la Convención establece, como se ha dicho en otras oportunidades, el derecho de “[l]os niños y las niñas a [...] medidas especiales de protección [que] deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto”³¹. El Tribunal ha indicado, asimismo, que “[l]a adopción de [tales] medidas [...] corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que [el niño o la niña] pertenece”³². Además, la Corte ha “reitera [do] que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a derechos humanos son niñas y niños”³³, quienes, “[e]n razón de su nivel de desarrollo y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado”³⁴. En ese sentido, “han de ceñirse [al criterio del interés superior del niño] las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación”.

- **Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012**¹³⁷. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5. Pag 78.* La corte trata de una situación muy particular que atañe al Estado colombiano por estar inmerso dentro de un conflicto armado sin precedentes. El Salvador fue uno de los Estados centroamericanos que lidió un largo conflicto armado en el que los niños y niñas terminaron como víctimas,

En algunos informes de la investigación, se hizo referencia explícita a la forma de vestir de María Isabel, a su vida social y nocturna, a sus creencias religiosas, así como a la falta de preocupación o vigilancia por parte de su familia. Los hechos del caso sucedieron en un contexto de aumento de la violencia homicida contra las mujeres en Guatemala, en el que la existencia de homicidios por razones de género no era excepcional. Para diciembre de 2001, así como en los años siguientes, Guatemala presentaba un alto índice de impunidad general, en cuyo marco la mayoría de los actos violentos que conllevaban la muerte de mujeres quedaban impunes.

no solo por la violencia sexual sino por muchas de las manifestaciones que la violencia deja a su paso, como son la condición de huerfanidad, lesiones, mutilaciones, entre otras. Colombia no es ajeno al fenómeno y el Grupo de Memoria Histórica ha señalado las infamias y vejaciones que contra la población femenina se llevaron a cabo por parte de los actores armados, según el famoso informe “Colombia Basta Ya. Memorias de Guerra y Dignidad”. Al respecto la corte manifestó:

“165. [...] En este sentido, ha sido reconocido por diversos órganos internacionales que durante los conflictos armados las mujeres y niñas enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual, la cual en muchas ocasiones es utilizada como un medio simbólico para humillar a la parte contraria o como un medio de castigo y represión [...]”

JURISPRUDENCIA EN COLOMBIA SOBRE EL DELITO DE ACCESO CARNAL CON MENOR DE 14 AÑOS

Nuestra legislación se ha preocupado por proteger a los niños y niñas de la violencia sexual, todos los códigos penales que se han expedido han comentado sobre este delito. La Ley 360 de 1997 en su artículo 14, arguye la necesidad de intervención del defensor de familia a efectos de proteger los derechos del menor, declarando su competencia para intervenir como sujeto procesal. El artículo 15 consagra derechos para todas las víctimas orientados a garantizar la atención médica, psicológica y familiar de los menores, así como instituye la necesidad de recopilar las evidencias necesarias para adelantar los respectivos procesos, en cabeza del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses; el artículo 16, dio origen a la creación de unidades especializadas de fiscalía así como de técnicos de investigación para adelantar las pesquisas y poder llevar hasta su terminación los juicios en aras de erradicar la impunidad.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente Luis Guillermo Salazar Otero SP15897-2014
Radicado 40822 Aprobado Acta No. 397 Bogotá, D.C., veinte (20) de
noviembre de dos mil catorce (2014).

El sentenciador lo resume de la siguiente manera:

“El 12 de octubre de 2012, EMGG, menor de 14 años, en compañía de tres amigas igualmente menores de 18 años, se desplazó en el vehículo de MÁXIMO ALFREDO RUEDA DÍAZ con destino a su residencia. Una vez allí, aceptó el ofrecimiento monetario de aquél a cambio de sostener relaciones sexuales, situación que se dio en una de las habitaciones del inmueble, sitio donde se encontraban aún sus acompañantes quienes concurren a su auxilio una vez ésta

exclamó de dolor. Culminada la relación y entregado el dinero, MÁXIMO ALFREDO RUEDA DÍAZ las trasportó hasta un paraje comercial donde las adolescentes procedieron a realizar algunas compras, por la cuales, una de las madres las confrontó, dando lugar a la narración de lo sucedido y a la interposición de la correspondiente denuncia penal.”

ACTUACIÓN PROCESAL:

1. El Juzgado Promiscuo Municipal con función de Control de Garantías de Venecia (Cundinamarca) le imputa al acusado los cargos de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años, agravada, y acceso carnal abusivo con menor de 14 años.
2. La Fiscalía Segunda Seccional de Fusagasugá radicó escrito de acusación.
3. El Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá con funciones de Conocimiento lo sentenció a la pena principal de 360 meses y un día de prisión como autor de las conductas endilgadas y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.
4. Apelada la decisión por la defensa, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, la confirmó integralmente.
5. Interpuesto recurso extraordinario de casación por el procesado, solicitó ser absuelto por considerar que no había certeza sobre las condiciones en las que ocurrieron los hechos, adujo, igualmente que se evidenciaban contradicciones entre la denuncia presentada y la versión de la víctima al presentarse ante las autoridades y, finalmente mencionó que el informe sexológico no arrojó evidencias del presunto acceso carnal. La casación fue inadmitida, por considerar que el demandante no demostró ninguna afectación a sus derechos o equívoco alguno con el fallo en mención, de manera adecuada y coherente. Mencionó igualmente, que los argumentos del demandante no tenían vocación de prosperidad, en tanto que los jueces al analizar el material probatorio lo hallaron responsable.
6. Se concedió la casación oficiosa, toda vez que el juez de primera instancia al imponer la pena accesoria consistente en la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, vulneró el mandato contenido en el artículo 52 de la Ley 599 de 2000 por exceder el máximo de 20 años. Esta situación, desconocía el principio de legalidad de las penas prescrito en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

ANÁLISIS

La corte fundamenta que las decisiones tomadas, fueron justificadas en las versiones y los testimonios de las víctimas, donde sus derechos fueron vulnerados y se analizó el contexto en el que ocurrieron los hechos, valorados efectivamente, por los jueces de instancia, los cuales descartaron argumentos discriminatorios de la parte demandada. Ésta a su vez, argumento en su defensa sobre la actividad de las trabajadoras sexuales *“con quienes se puede a veces exceder en los servicios contratados y no por ello la Fiscalía imputa varios delitos”*, y manifestó que las

penas impuestas están asimiladas con las de homicidio, secuestro, extorsión, desplazamiento, intentando restar importancia y aminorando la gravedad de sus acciones.

Los alegatos de la defensa no tienen relación alguna con el caso en estudio, pues el hecho de comparar las penas del acceso carnal con otros delitos no viene al caso. Sin embargo, es menester recordar que la Corte Constitucional, en varios pronunciamientos ha señalado que la prostitución no está prohibida en Colombia y que, por el contrario, como labor desarrollada puede generar prestaciones sociales al interior de una relación laboral. Esto no obsta para que vulnere las libertades sexuales de los menores, infringiendo la normatividad penal.

La Corte decide dejar en 20 años la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas que debe cumplir MÁXIMO ALFREDO RUEDA DÍAZ como autor de los delitos de demanda de explotación sexual comercial de menor de 18 años, agravado y, acceso carnal abusivo con menor de 14 años. En las demás condenas el fallo permanece incólume.

El segundo caso analizado corresponde a la Sentencia emitida por la Magistrada María del Rosario González Muñoz, SP15897-2014 Radicado No. 36052. Aprobado mediante Acta No. 300 del catorce (14) de agosto de dos mil doce (2012). En esta ocasión, la Corte resume los hechos de la siguiente manera:

“El día 17 de julio de 2002, compareció ante el Cuerpo Técnico de Investigación en la ciudad de Leticia la menor M.B.P.³¹ con el fin de poner en conocimiento hechos al margen de la ley, ocurridos a partir del año 1992, cuando apenas contaba con 8 años de edad y hasta el 2002, término durante el cual su padraastro ALBERTO PAULO BORRÁEZ GARCÍA, la accedía carnalmente y en forma violenta porque nunca fue su querer permitir relaciones sexuales con él, comenta haber quedado embarazada a los 12 años, pero tan pronto como la mamá se enteró de esta situación, dialogó con su compañero, señor BORRÁEZ GARCÍA, llegando al acuerdo de una práctica de aborto, que lo efectuaron con la ayuda de una mujer brasilera, quien llegó hasta la casa por ellos habitada en ese entonces, le introdujo unas pastillas en sus genitales y al día siguiente la mantuvieron con dieta líquida; se produjo la expulsión del feto y lo enterraron cerca de un árbol de limón ubicado en la misma casa. Añade que después de esta situación, el inculcado siguió abusando de ella, siendo la última vez en el mes de marzo de 2002, tres meses antes de instaurada la denuncia”.

³¹ Como esta providencia puede ser publicada, se omite el nombre de la menor, de conformidad con lo normado en el numeral 8° del artículo 47 de la Ley 1098 de 2006 “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia” (Nota textual)

ACTUACION PROCESAL

1. El agresor en la etapa instructiva fue acusado del delito de acceso carnal violento agravado, por otro lado se había iniciado una investigación por el aborto, la cual precluyó.
2. En sentencia de primera instancia, el agresor fue condenado a una pena principal de prisión de 36 meses y se le ordenó el pago de perjuicios morales.
3. La sentencia fue apelada por el Fiscal por inconformidad con la pena impuesta.
4. En la segunda instancia, el juez adecuó la conducta punible al delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, y fijó en 90 meses la pena de prisión.
5. El abogado del agresor interpuso recurso de casación, argumentando una incongruencia entre la acusación y el fallo. Alegó que el juez no puede adecuar la conducta tipificada en la resolución de acusación expedida por el fiscal.
6. La Corte, una vez estudiada la recurrencia, decidió no casar la sentencia impugnada. En sus consideraciones adujo que si el tribunal adecuaba la conducta en el nuevo tipo penal, tenía la competencia dada por jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para hacerlo dentro de los parámetros legales.

ANALISIS

La Corte Suprema de Justicia, argumentó que la adecuación entre el acceso carnal violento y el hecho punible de acto sexual con menor de catorce años, configuran el denominado concurso aparente, pues al aplicar la figura de la consunción el acceso carnal prevalece sobre los actos sexuales, dado que estos últimos se encuentran incluidos en el primero. De otra parte, el acceso carnal contemplado en el artículo 208, se perfecciona por el solo hecho de sostener relaciones sexuales con una persona menor de 14 años. Recordemos que el legislador tiene por inválido el consentimiento emitido por los menores de dicha edad:

“en la medida que el punible de acto sexual con menor de catorce años se configura a partir de la verificación de la edad de la víctima, pues se presume de derecho, esto es, iuris et de iure, que quienes se encuentran en dicho rango etario no son capaces de determinarse en el ámbito sexual intersubjetivo, situación sustancialmente diversa a la dispuesta en el delito de acto sexual violento, en la cual media un despliegue de fuerza física o moral para someter al sujeto pasivo de la conducta.”

De acuerdo a la sentencia de segunda instancia, se prevé que el *a quo* con su decisión limitó el derecho al acceso a la justicia de la menor, aplicando una legislación que para el momento de los hechos no existía y la cual favorecía injustamente al agresor. Cuando el magistrado del tribunal resolvió la apelación interpuesta por la fiscalía, vario la calificación jurídica teniendo en cuenta que: *“la conducta sancionable solamente se limita a los años 1992 a 1998, esto es, cuando la víctima tenía entre 8 y 14 años, luego entonces, solamente son dos*

normatividades las que estuvieron en vigencia, vale decir, la del Decreto ley 100 de 1980 y la modificación contenida en la Ley 360 de 1997, normas que se aplicarán en su integridad para cada una de las épocas en que se desarrolló el hecho”.

En este fallo, la Corte Suprema de Justicia hace una claridad sobre el acto sexual violento, para el cual se necesitan unas circunstancias específicas como la violencia o fuerza. Por violencia, se entiende la fuerza, el constreñimiento, la presión física o psíquica (intimidación o amenaza) que el agresor manifiesta sobre la víctima para disminuir su resistencia y oposición a la agresión. En este caso, la menor manifestó que no fue agredida físicamente, pero se reconoció que el agresor ejerció la violencia para poder doblegarla. La Corte consideró que lo jurídicamente correcto era casar oficiosamente el fallo impugnado y dejar vigente el fallo de primera instancia, salvaguardando el principio de legalidad, pero teniendo en cuenta *“el principio de la prohibición de la reforma peyorativa, pues, se recalca, el tipo penal de acceso carnal violento por el cual fue acusado y por el cual, a juicio de esta Sala, ha debido responder el implicado, es de mayor gravedad al de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, seleccionado por el ad quem, postulado que, según criterio mayoritario, prevalece sobre el axioma de legalidad”.*

La Corte aclaró que el delito por el cual debió ser juzgado y sancionado el señor ALBERTO PAULO BORRÁEZ GARCÍA, era el contenido en el artículo 205 dado que la víctima jamás prestó su consentimiento, deviniendo la conducta en un acceso carnal violento y no, como lo entendió el juzgador de primera instancia, al imputar cargos por el artículo 208. Sin embargo, al percatarse la corte del error en que incurrió el a quo, no tuvo otro remedio que señalar el yerro sin poder enmendarlo, porque de hacerlo, estaría vulnerando la prohibición de reforma en perjuicio.

El tercer y último caso que se trae a colación, parte de la **Sentencia proferida por el Magistrado SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ, Casación No. 38.857. Aprobado mediante Acta No. 239, del veintisiete (27) de junio de dos mil doce (2012)**, cuyos hechos se relatan de la siguiente manera: En el año 2007, dos niñas menores de edad, para ese entonces de 13 y 15 años, le comunicaron a su progenitora que su padre las accedía carnalmente, desde hacía varios años. Esta información surge después de una reunión de padres de familia realizada en el Colegio Arborizadora Alta de Ciudad Bolívar, donde se trató el tema del bajo rendimiento académico de las niñas. Las menores refieren que su padre las presionaba e intimidaba con el hecho de que si hablaban sobre lo sucedido, él se desentendería de las obligaciones del hogar e iría a la cárcel. La menor de 15 años, argumentó que su padre hacía más de dos años realizaba con ella actos sexuales abusivos como tocamiento en los senos y órganos genitales, luego las accedía carnalmente por vía vaginal. Las dos menores reconocieron los hechos.

ACTUACION PROCESAL

1. La Fiscalía acusó al padre agresor por los delitos de acceso carnal violento y actos sexuales con menor de 14 años.
2. En la primera instancia, el juez dictó sentencia absolutoria.
3. El fiscal interpuso recurso de apelación, solicitando que se declarara al agresor penalmente responsable por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y de actos sexuales con menor de 14 años, ambos agravados y cometidos en perjuicio de la niña "A" en concurso con actos sexuales con menor de 14 años agravado en detrimento de la niña "B".
4. En la segunda instancia, el Tribunal le impuso la pena de 120 meses de prisión al agresor, por los delitos reseñados. El Tribunal al revocar la sentencia de primera instancia adecuó el comportamiento al delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.
5. La defensa interpuso el recurso de casación, fundamentado en que el agresor estaba siendo condenado por hechos y delitos distintos a los imputados, quebrantando el principio de congruencia de la sentencia; además, de que no se tomó en cuenta la retractación de la acusación de las menores. Alude que las menores inventaron los sucesos para evadir los castigos por el bajo rendimiento académico y poder conseguir permisos para fiestas, entre otros.
6. La Corte no casó el fallo, desestimando algunos cargos del abogado defensor. Sin embargo, pasó a determinar cuál es el delito que procede con referencia a la menor A.

ANALISIS

La Corte determinó que la adecuación típica hecha por la fiscalía al momento de imputar los cargos de acceso carnal violento estaba fundamentada en las amenazas que recibía la menor "A" por parte de su padre. Consideró que la adecuación realizada por el tribunal de segunda instancia, fue errada, ya que el material probatorio apuntaba sobre el delito de acceso carnal violento, esto no conllevaba a la absolución del agresor ni a la nulidad del proceso, porque las conductas si ocurrieron.

Es importante tener en cuenta que, a pesar de la retractación de las menores, el juez valoró las pruebas sobre la ocurrencia de los hechos, motivo por el cual el agresor fue judicializado. En su pronunciamiento, la Corte recalcó la obligación que tiene el Estado de investigar oficiosamente los delitos cuando una víctima se retracta, ya que la retractación no es eximente de responsabilidad penal. La Corte consideró que el tribunal dio valor probatorio a los testimonios de las menores y a la retractación. Sin embargo, del análisis psicológico se dedujo que la retractación era consecuencia de una experiencia traumática.

La Corte señaló que era deber del juez analizar de manera integral el material probatorio para constatar la veracidad de la retractación, pues esta por sí sola no tiene la idoneidad suficiente como para desvirtuar la prueba consistente en

el dictamen ginecológico demostrativo del acceso carnal por cuanto data de la ruptura de la membrana conocida como himen. De allí que la retractación puede provenir de la intimidación o del sentimiento de culpabilidad de la víctima menor por el hecho de ver a su progenitor tras las rejas.

De otra parte, **la Corte Constitucional en Sentencia de Tutela 078 de 2010, proferida por el Dr. Luis Ernesto Vargas Silva**, al analizar el caso de una menor cuya versión sobre actos sexuales abusivos no fueron considerados por el juez de instancia, ordena que se tomen en consideración los hechos narrados por la víctima como parte del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia. Los hechos fueron descritos como sigue: la señora María, formula denuncia por el presunto delito de “actos sexuales abusivos cometidos en menor de catorce años”, que se habrían cometido sobre su hija Laura, quien para la época de los hechos tenía apenas tres años de edad. Se vinculó al padre de la menor en el proceso penal donde se aportaron, decretaron y practicaron pruebas de tipo médico psicológico. Todas estas pruebas confirmaron que la menor había sido víctima de actos de abuso sexual.

El apoderado de la parte denunciante en sus argumentos sostuvo que, pese a la contundencia de las pruebas, las dos instancias del ente investigador las descartaron, vulnerando los derechos fundamentales de la menor al debido proceso, a la igualdad de las partes ante la Ley procesal (artículos 29 y 13 de la Constitución Política), al acceso a la administración de justicia (artículo 228 de la Constitución Política), los derechos fundamentales de la menor establecidos en el artículo 44 de la Constitución Política.

ACTUACION PROCESAL

1. La señora María instaura una denuncia por el supuesto delito de “Actos sexuales abusivos cometidos en menor de catorce años”.
2. La Fiscalía 21 Seccional de Cartagena precluyó la investigación y la Fiscalía de Segunda Instancia (Fiscalía Cuarta, Unidad Delegada ante el Tribunal del Distrito Judicial de Cartagena) confirmó esta decisión.

ANALISIS

La Corte Constitucional señaló que se trataba de un caso de vía de hecho o error procedimental por la famosa causal conocida como error de hecho, esta hipótesis se presenta cuando el funcionario judicial omite considerar elementos probatorios que constan en el proceso, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar su decisión y, en el caso concreto, resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido habría variado sustancialmente.

La Fiscalía no valoró las pruebas documentales contundentes, respaldadas por otras pruebas, argumentando que no cumplían con los requisitos de la ley colombiana. La Corte Constitucional consideró que eran los peritos quienes debían determinar las técnicas a utilizar, pues ellos son los que poseen el conocimiento que les permite llegar a conclusiones que ayudan al juez para tomar la decisión. En estos casos considera la Corte, se deben tener en cuenta las necesidades de las víctimas, privilegiando sus intereses, valorando el testimonio, así se dé por terceras personas, como psicólogos especialistas que ayudan al menor a expresar lo sucedido, con el fin disminuir la revictimización del niño.

Recalca la importancia que tiene para la administración de justicia la participación de expertos, ya que ellos permiten conocer los efectos psicológicos y sociales que producen determinados hechos sobre una víctima. Cuando en el proceso se realiza un peritaje por parte de estos expertos, es esencial que sea elaborado con soporte científico y sustentado, dada su importancia para la valoración probatoria en el proceso de abuso sexual. La Corte Constitucional se refiere a la Sentencia del 26 de enero de 2006 (radicación 23706), de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, donde se retomó, ratificó y complementó sus líneas jurisprudenciales en cuanto a la impropiedad de descalificar ex ante el testimonio de un menor alegando supuesta inmadurez, especialmente si se trata de niñas y niños víctimas de abuso sexual.

Así mismo, ha señalado que el derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso, como del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial. Por tanto, las anomalías que desconozcan de manera grave e ilegítima este derecho, constituyen un defecto fáctico que, al vulnerar derechos fundamentales, pueden contrarrestarse a través de la acción de tutela.

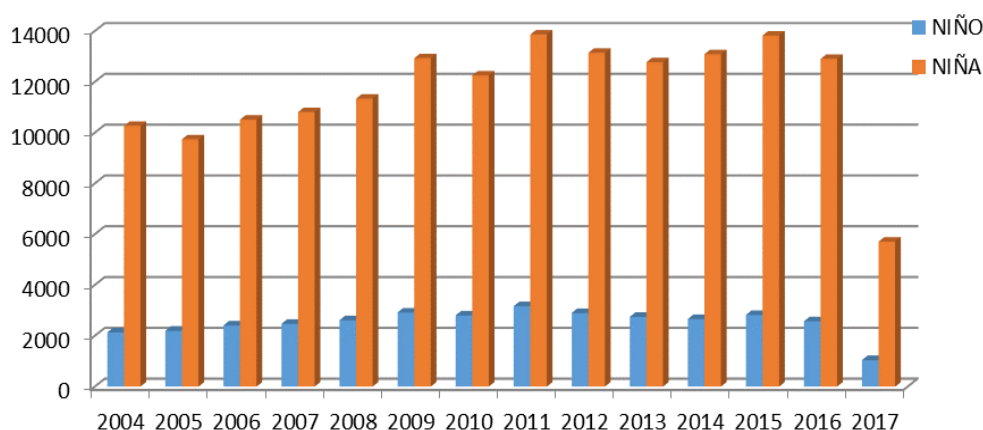
En sus apreciaciones la Corte consideró que el deber de los fiscales que fallaron la investigación de este caso, era velar por la protección del interés superior de la menor, y no deducir consecuencias jurídicas de una falta de comparecencia que no era legalmente exigible. Como consecuencia de lo anterior, se ordenó a la Unidad Delegada ante el Tribunal del Distrito Judicial de Cartagena, (Fiscalía Cuarta) que profiera una nueva resolución, en la que se hiciera una valoración probatoria acorde con los argumentos expuestos en esta providencia y con los estándares constitucionales exigibles de imparcialidad, racionalidad y sana crítica, de modo que se diera efectos a las pruebas que reposaban en el expediente y que dieron fe, de la existencia de un delito de actos sexuales con menor de catorce años.

4. ESTUDIO CUANTITATIVO DEL DELITO

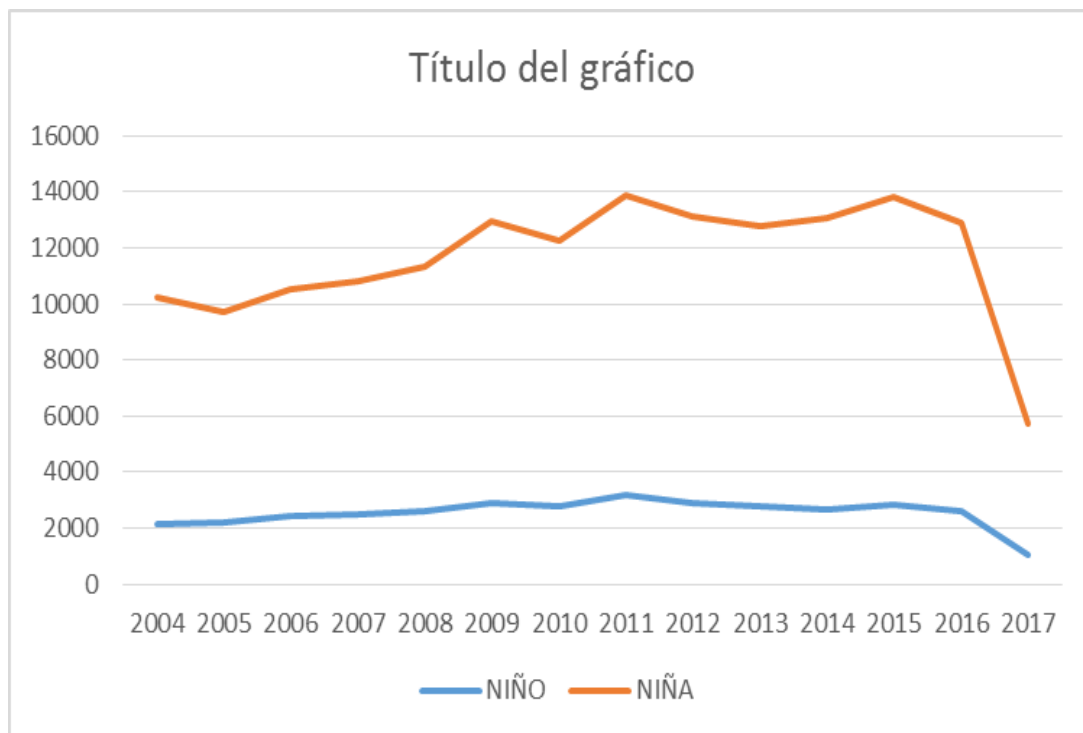
Dictámenes Sexológicos adelantados por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en relación con casos de presunta: Violación, Acto Sexual Abusivo, Estupro, Corrupción de Menores, Sin Informe de Delito.

AÑO	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
NIÑO	2134	2200	2411	2474	2613	2917	2803	3169	2899
NIÑA	10263	9734	10508	10807	11337	12924	12250	13863	13140

AÑO	2013	2014	2015	2016	2017
NIÑO	2748	2661	2820	2574	1046
NIÑA	12769	13085	13821	12900	5706



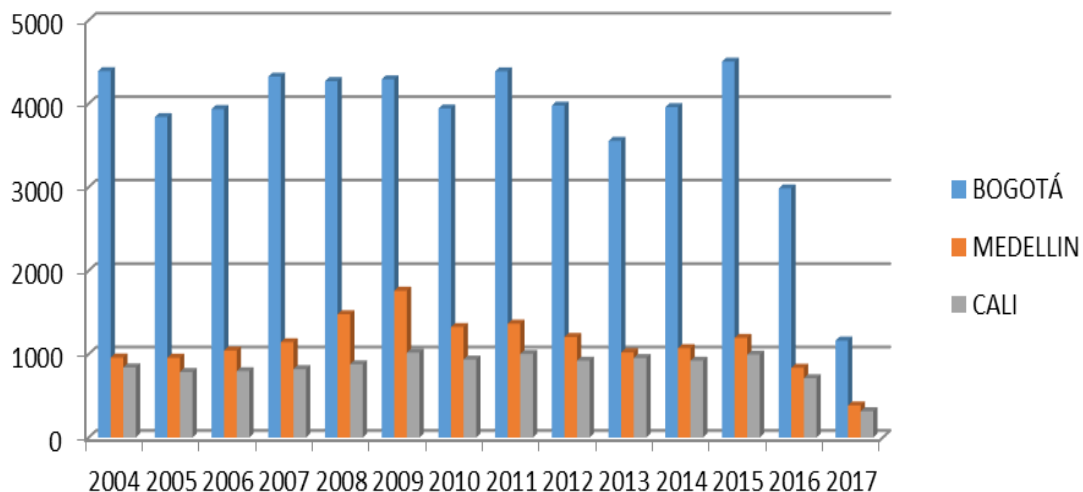
Del gráfico anterior, se desprende claramente que la violencia sexual en Colombia tiene un marcado acento de género, dado que a groso modo, las víctimas femeninas se quintuplican frente a los casos en los cuales el afectado es un niño. De 2004 a 2011 se observa un incremento leve pero preocupante si se tiene en cuenta que los delitos contemplados en el artículo 205 y 208 del Código Penal, experimentaron un incremento punitivo equivalente a una tercera parte en el mínimo y la mitad en el máximo, al tenor de la Ley 890 de 2004. Aunado a lo anterior, en el año 2008 la Ley 1236, volvió a incrementar las penas para los mismos delitos. De allí que, el incremento punitivo no logre su propósito de persuasión frente a la población, pues curiosamente al incrementar las penas tanto en el 2004 como en el 2008 notamos que el delito sigue teniendo una tendencia positiva. La diferencia entre las víctimas por razón del género, se puede apreciar más claramente en el siguiente gráfico:



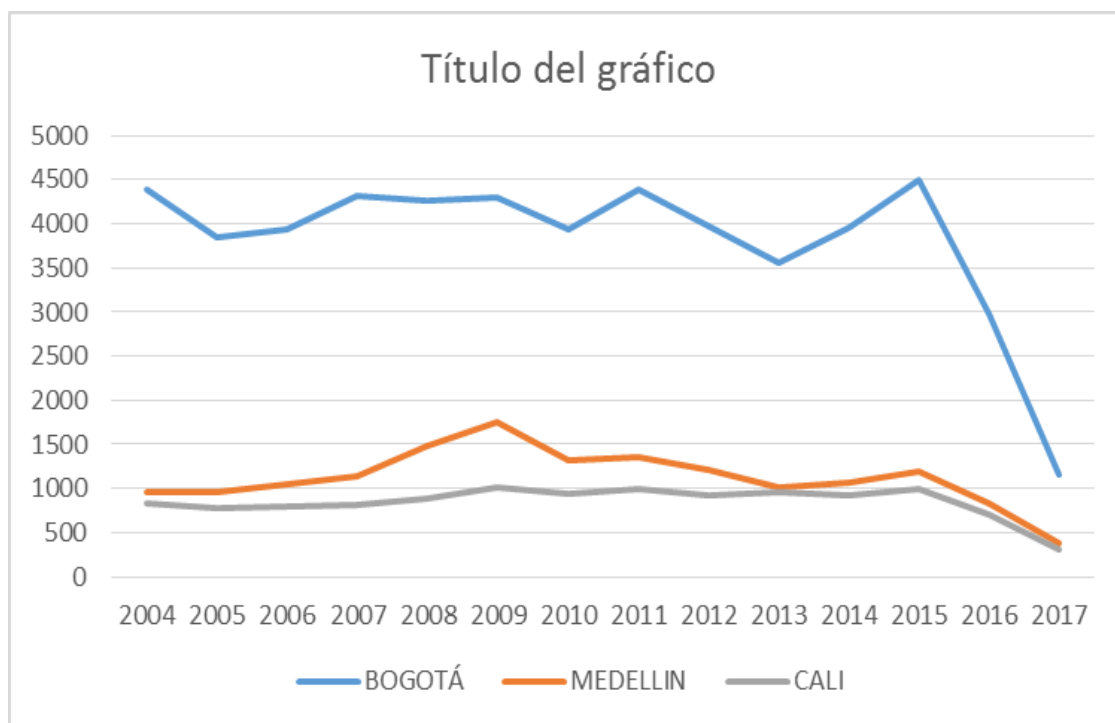
Al comparar los datos de violencia sexual con menores de 18 años, entre las tres principales ciudades de Colombia, encontramos que en materia de estos punibles las ciudades de Cali y Medellín, presentan cifras muy similares, a pesar de que sus poblaciones difieren en aproximadamente 500.000 habitantes. Por el contrario, Bogotá tiene una tasa mucho más elevada, presentando ligeras desviaciones ascendientes y descendientes, hasta el año 2016 donde se presentó una drástica reducción representada en 1520 casos.

CIUDAD/AÑO	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
BOGOTÁ	4391	3841	3935	4324	4271	4293	3943	4388	3978
MEDELLIN	958	956	1042	1142	1477	1759	1324	1364	1205
CALI	840	785	795	819	878	1016	934	1002	921

	2013	2014	2015	2016	2017
BOGOTÁ	3554	3959	4505	2985	1161
MEDELLIN	1020	1070	1195	835	384
CALI	953	920	993	711	315



Al analizar el gráfico comparativo, obtenemos un diferencial entre Bogotá, Cali y Medellín, donde la primera ciudad, prácticamente, cuadriplica el número de eventos criminales asociados a violencia sexual contra menores, frente a las dos otras ciudades observadas.

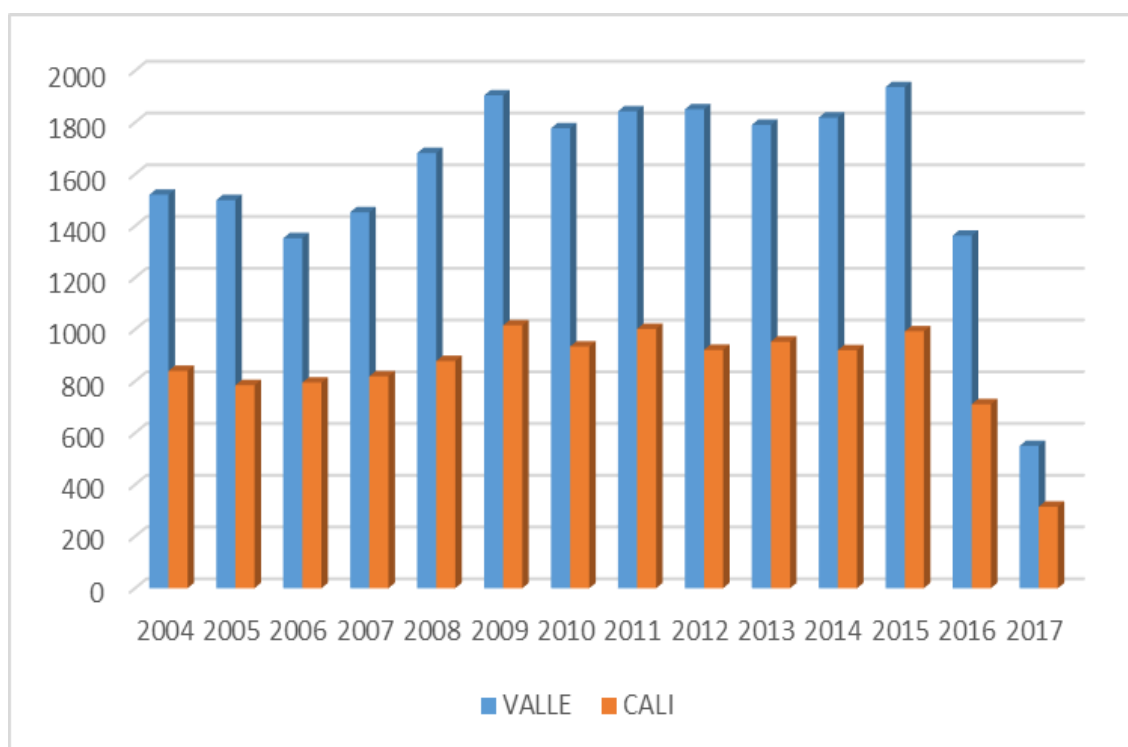


Si tomamos las cifras presentadas por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, para el departamento del Valle del Cauca y las comparamos con los datos obtenidos para la ciudad de Cali, encontramos que aproximadamente el 50% de los eventos ocurridos tienen lugar en la ciudad de Cali. Situación que se explicaría al comparar las poblaciones del departamento con la de la capital, pues es el departamento prácticamente duplica la

población de Cali, dando a entender que para este caso en concreto, el número de punibles parece estar directamente asociado al número de habitantes:

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
VALLE	1521	1500	1353	1453	1682	1905	1778	1843	1851

	2013	2014	2015	2016	2017
VALLE	1791	1819	1937	1363	550



En conclusión, al comparar las tasas de accesos carnales con víctimas menores de 18 años, encontramos que Cali presenta una tasa del 29.62% por cada 100000 habitantes, Medellín 29.82% y Bogotá 37.31%, quedando establecido que la capital de Colombia es la ciudad con la mayor frecuencia de eventos criminales al estandarizarla por la población. Cifras preocupantes en la medida que se presentan en los lugares donde hay mayor acceso a la información, mayor presencia institucional y mejores condiciones de educación y respeto por la formación sexual de los menores.

5. CONCLUSIONES

Atendiendo la clasificación del análisis dogmático del tipo, encontramos que el sujeto activo del acceso carnal violento será siempre un sujeto común por cuanto no requiere de cualificación alguna. Esto significa que tanto un hombre como una mujer pueden ser actores del delito objeto de estudio, sin embargo, amparados en las estadísticas del Instituto Nacional de Medicina Legal y

Ciencias Forenses en nuestro país, la inmensa mayoría de los delitos de acceso carnal violento son cometidos por hombres, conllevando obviamente a que sean las mujeres las que se conviertan en los sujetos pasivos de tan abominable delito. La situación es aún más grave cuando la víctima del acceso carnal violento es un menor de edad, que en su gran mayoría, como ya se dijo, corresponden al sexo femenino. Esta situación crea una gran problemática social, toda vez que este delito se convierte en la génesis para la práctica de abortos en sitios no autorizados, sobre todo cuando se trata de casos de violación que no fueron denunciados. De igual manera, llegan al mundo nuevos seres que, en la mayoría de sus casos, carecen de un hogar, creciendo sin amor y sin la inculcación de los valores que deben regir a una sociedad, convirtiéndose estos factores en la materia prima para la potencialización de nuevos delincuentes.

El delito de acceso carnal en menores de edad ha sido objeto de múltiples controversias tendientes a erradicar este flagelo de la sociedad, llevando a proponer soluciones inconstitucionales, como la implementación de la pena de muerte, la cadena perpetua o la castración química, debates jurídicos que hasta el momento, no han logrado modificar las penas que nuestro estatuto penal contiene desde la entrada en vigencia de la ley 599 de 2000.

Siendo Colombia un Estado social de derecho, debe tener la responsabilidad de actuar ante la acción u omisión cuando se presente este delito. El abuso sexual constituye un escenario que genera una problemática social. Este delito atenta contra la estabilidad social, política y económica, vulnerando derechos constitucionales. Por tal razón, el Estado debe implementar políticas públicas que permitan a los ciudadanos garantizar la protección de los infantes.

Se evidencia del contexto histórico descrito, que Colombia desde sus inicios como república independiente y hasta la época, ha padecido disímiles etapas de violencia orientada en concepciones políticas, disputas de poder, retaliaciones partidistas, acciones de grupos guerrilleros, paramilitares, narcotráfico y delincuencia común, las cuales no han sido ajenas al quebrantamiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, con severas secuelas físicas, psíquicas y estructurales en su ser.

Las consecuencias anotadas, no son exclusivas del acontecer colombiano, en razón a que de vieja data, se enuncian dentro del desarrollo universal conductas aberrantes de orden sexual, de las cuales han sido víctimas los niños, con mayor incidencia hacía las niñas, en algunos casos, toleradas por injustificados pareceres.

Ahora bien, las estadísticas arrojan un representativo número de casos de violencia sexual hacia los infantes, en los rangos de edad de los 0 a los 14

años, acentuados en un porcentaje muy alto en las niñas, sin percibirse acciones efectivas para contrarrestar este flagelo, siendo más contraproducente aún, que la carta política de Colombia, distinga los derechos de los niños, niñas y adolescentes con prevalencia sobre cualquier otro.

La existencia en la vida jurídica de la Ley 1098 de 2006, por demás vasta en garantías de derechos de los niños, niñas y adolescentes, en ninguna circunstancia se ha tornado efectiva frente a una verdadera protección, hecho que se deduce de las cifras que, a partir del año del año 2004, se muestran sobre violencia sexual.

De otra parte, se prevé una corresponsabilidad tripartita en el cuidado y protección de los niños, niñas y adolescentes, a cargo del Estado la Sociedad y la Familia. La simple adopción de la convención por parte del Estado colombiano, a partir del año 1991, se muestra ineficiente, sin una voluntad política que reconozca el interés superior de los niños, prescribiendo para tal fin, acciones, medidas y directrices reales en procura de garantizar sus derechos, en especial, para la población más vulnerable.

Con relación a la familia, se desvirtúa su interés en protección, con su alta participación en los delitos sexuales, orientando a una descomposición de la estructura familiar y una ausencia de formación en valores del respeto hacia los congéneres. Como se anotó en un principio, la mayoría de casos de violencia sexual contra menores tenía como sujeto activo a un miembro del hogar.

En este orden de ideas, corresponde a los centros educativos como parte de la sociedad, fomentar en los niños, niñas y adolescentes, una cultura de autoprotección y cuidado. Sin embargo, no se evidencian programas académicos abiertos en tal sentido, mostrándose una apatía hacia el asunto, agravado por la participación de algunos docentes en los eventos de violencia sexual sobre los niños.

6. BIBLIOGRAFIA

BAITA, Sandra. Moreno, Paula. Abuso sexual infantil. Cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia. Unicef. Montevideo. 2015. Apoyado en: https://www.unicef.org/uruguay/spanish/Abuso_sexual_infantil_digital.pdf

CARVAJAL HERNÁNDEZ, Diana. Violencia y nación en Colombia: de la nación homogénea a la nación multicultural. En: Revista Eleuthera. Universidad de Caldas, Manizales. No. 11, 2014, pp 101-126.

Constitución Política de Colombia, artículo 44

CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y DE LA NIÑA. Apoyado en:

https://www.unicef.org/paraguay/spanish/py_convencion_espanol.pdf

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 876 de 2011. M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 260 de 2012. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

ECHEVERRY ENCISO, Yecid. Antecedentes jurídico-políticos del Código Penal de 1890. En: Revista Conflicto y Sociedad. Universidad de Sabaneta. Vol. 1. Medellín. 2014, pp 209 – 244.

ESTRADA JARAMILLO, Lina Marcela. Protección de los derechos humanos de las víctimas de abuso sexual: una mirada desde la jurisprudencia. Universidad Nacional. Revista Trabajo Social No. 14, Bogotá D.C., 2012, pp. 179-191. Apoyado en: <file:///C:/Users/aulas/Downloads/Dialnet-ProteccionDeLosDerechosHumanosDeLasVictimasDeAbuso-4384483.pdf>

FOUCAULT, Michel. Historia de la Sexualidad I. La voluntad de saber. Editorial Siglo XXI. Madrid. 1998.

FREUD, Sigmund. Lecciones introductorias al psicoanálisis. Obras completas. Viena. 1917, p 167. Apoyado en: <http://caece.opac.com.ar/gsd/collect/apuntes/index/assoc/HASH016b.dir/doc.pdf>

GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA. Informe Colombia Basta Ya. Memorias de Guerra y Dignidad. Bogotá D.C. 2013, pp 110-189.

INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES. Grupo Centro de Referencia Nacional sobre Violencia. Sistema de Información de Clínica y Odontología Forense. Sistema Nacional de Estadísticas Indirectas. Tasas calculadas con base en las proyecciones de población. DANE 2005-2020. drip@medicinalegal.gov.co Boletines Estadísticos Mensuales. Forensis 2004-2015

Ley 12 de 1991.

Ley 599 de 2000.

Ley 1098 de 2006.

MÁRQUEZ ESTRADA, José Wilson. Delitos Sexuales y Práctica Judicial en Colombia 1870-1900. En: Revista Palobra. Universidad de Cartagena. No. 13. Cartagena, 2013 pp 30-48. Apoyado en <http://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/palobra/article/view/69/67>

MESA GARCÍA, Esteban. El Frente Nacional y su naturaleza antidemocrática. En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Pontificia Bolivariana. Vol. 39, No. 110. Medellín, 2009, pp 157-184.

PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C., 2005, Pag. 179.

PANIAGUA, Carmen. Mary Ellen Wilson: El origen de los derechos de la infancia. Psicomemorias. Sevilla. 2015. Apoyado en: <http://www.psicomemorias.com/mary-ellen-wilson-origen-los-derechos-la-infancia/>

RODRIGUEZ CELY, Leonardo Alberto. Intervención interdisciplinaria en casos de abuso sexual infantil. En: Revista Universitas Psychologica. Universidad Javeriana. Vol. 2. No. 1 Bogotá D.C. 2003, pp 57-70. Apoyado en: <http://sparta.javeriana.edu.co/psicologia/publicaciones/actualizarrevista/archivos/V2N107intervencion.pdf>

SAVE CHILDREN. Informe del 31 de mayo de 2017. Apoyado en: <https://www.savethechildren.org.co/sites/savethechildren.org.co/files/resources/Stolen%20Childhoods%20Spanish%20report%20online%20low%20res.pdf>

TORRES TOPAGA, William. "Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales". En: AA VV. *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2011, pp 869-906.

UNICEF, *Desarraigados: una crisis creciente para los niños refugiados y migrantes*, Nueva York: 2016.

VALENCIA MARTINEZ, Jorge Enrique, Delitos Contra la libertad Integridad y formación sexuales, Ediciones Legis, Bogotá D.C., 2002, Pag. 25.