



Dificultades para el ejercicio del contradictorio en los delitos de abuso sexual en los que un menor es la presunta víctima de conformidad con la Ley 906 de 2004¹¹

Difficulties for the exercise of the contradictory in the crimes of sexual abuse in which a minor is the alleged victim in accordance with Law 906 of 2004

Elizabeth Vélez Galvis¹²

Juan David Franco González¹³

-
- 11 El presente artículo es producto de nuestro trabajo de grado para optar al título de Magister en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito de la Universidad Autónoma Latinoamericana – Medellín.
 - 12 Abogada de la Universidad de Medellín, especialista en Derecho Procesal de la Universidad de Antioquia y en Derecho Penal Probatorio de la Universidad de Medellín; se desempeña como Jueza Penal del Circuito de Caldas, Antioquia; correo electrónico elivega09@hotmail.com.
 - 13 Abogado de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín, especialista en Derecho Procesal Penal de la misma Universidad; se desempeña como abogado adscrito a la Defensoría del Pueblo Seccional Antioquia, abogado litigante en materia penal y docente universitario; correo electrónico juan.franco@unaula.edu.co

Resumen

En el presente artículo abordamos varios interrogantes que florecen en el litigio penal y profesional con relación a irregularidades y dificultades en los procesos de delitos de abuso sexual a menores llevados con la Ley 906 de 2004. En dichos procesos es difícil no creer en la declaración de una menor presunta víctima, no obstante, tampoco se debe ni se puede dar por cierto sus afirmaciones. Esta propuesta busca sacar a flote las diversas dificultades con las que tropieza el proceso penal, específicamente el defensor para contrainterrogar a los menores. La técnica empleada desnaturaliza la figura cuando se trata de abordar al menor, dificultando de manera seria el factor de impugnación frente a los hechos que se señalen por parte del acusador frente a la existencia del delito.

Palabras clave: Contradicción, menor, abuso, valoración probatoria, derecho procesal penal.

Abstract

In the present article we address several questions that flourish in criminal and professional litigation in relation to irregularities and difficulties in the processes of crimes of sexual abuse to minors carried out with the Law 906 of 2004. In these process it is difficult not to believe in the declaration of a minor presumed victim, nevertheless, neither is nor can be taken for granted its affirmations. This proposal seeks to bring to the surface the various difficulties with which the criminal process, specifically the defender to cross-examine the children. The technique used denatures the figure when dealing with the child, seriously impeding the factor of challenge against the facts that are pointed out by the accuser against the existence of the crime.

Key words: Contradiction, minor, abuse, probation, criminal procedural law.

Introducción

Este artículo tiene como inicio la estructuración de las bases fundamentales para el sustento teórico-metodológico, que permitieron conceptualizar algunos hallazgos y emitir una serie de conclusiones, con respecto a las dificultades para el ejercicio del contradictorio en los delitos de abuso sexual, en los que un menor es la presunta víctima de conformidad con la Ley 906 de 2004. Es por ello que se comienza con la revisión completa de la normativi-

dad vigente en el derecho penal en relación al abordaje del menor presunta víctima de abuso sexual, y los obstáculos que se presentan para la aplicación del contradictorio, por parte de la defensa durante este tipo de proceso; entre los cuales se encontraron: la no comparecencia del menor a la sala de audiencias, desnaturalización del principio de contradicción e imposibilidad de defensa material al acusado.

Teniendo en cuenta lo anterior, el propósito de este estudio fue identificar las dificultades que tiene para la defensa la aplicación del contradictorio en un menor presunta víctima de abuso sexual durante la audiencia de juicio oral, el cual se llevó a cabo mediante una investigación que se inscribió en el diseño metodológico cualitativo con un enfoque analítico de estudio de caso, que se desarrolló en tres etapas. En la primera, se revisó la normatividad vigente en el derecho penal, con respecto al abordaje de un menor presunta víctima de abuso sexual y así, identificar las limitaciones que tiene para la defensa la aplicación del contradictorio. Durante la segunda etapa se realizó el trabajo de campo mediante la recolección de la información a partir del estudio de algunos de los procesos penales tramitados en el municipio de Caldas, Antioquia; identificando en ellos los criterios de selección establecidos. La tercera etapa hace referencia a la organización y sistematización de los datos obtenidos a partir de la identificación de las categorías de análisis.

Según lo planteado en breve, se analizaron procesos penales sobre delitos sexuales contra menores de edad, seleccionados y tramitados en el municipio de Caldas, Antioquia; con el fin de determinar limitaciones que tiene la defensa en su aplicación a un menor de edad y con ello definir un “modelo de extracción de información al menor” que aporte a la defensa. El número de casos seleccionados estuvo dado a partir de la saturación de las categorías de análisis que en este caso son: el principio de contradicción, testimonio del menor y valoración de la prueba. Es fundamental tener en cuenta que el análisis de caso es multidimensional lo que obliga discutirlo desde las dimensiones sociales, políticas y culturales (Galeano, 2004) que rodean esta problemática. Los casos fueron seleccionados desde la base de datos de la judicatura y previamente conocidos por los investigadores. Entre los criterios de selección están:

- Los casos ocurridos a partir del 12 julio de 2013 fecha en la que entra en vigencia la Ley 1652, marco legal en el abordaje de entrevistas y testimonios relacionadas con menores víctimas de abuso sexual.

- Asociación del menor con conflictos afectivos familiares que involucren su estabilidad emocional.
- El menor, presunta víctima tenga un rango de edad entre siete y catorce años.
- Los hechos hayan ocurrido en el municipio de Caldas, Antioquia.
- El caso haya sido fallado a favor o en contra del procesado.

A través de este artículo de investigación se exponen los resultados obtenidos con cada una de las fases metodológicas planteadas en desarrollo de la investigación. Inicia con la descripción de las limitaciones normativas del contrainterrogatorio; se continúa con la explicación de las disposiciones referentes a la participación de menores en proceso penales y después se presentan algunos medios alternativos para fortalecer la actuación de la defensa en los procesos penales en los que la víctima es un menor. Se finaliza con el análisis de los casos seleccionados, así como, con las respectivas conclusiones y referencias.

Limitaciones del contrainterrogatorio frente a un menor presunta víctima de abuso sexual

Nuestro sistema procesal penal, implementado a partir de la Ley 906 de 2004, introdujo una serie de cambios, especialmente en lo atinente al tema probatorio. De manera general, por ejemplo, prueba es tan solo aquella que, de acuerdo con los artículos 372 y siguientes, se práctica dentro de un juicio oral y ante el respectivo juez. No es prueba, por tanto, aquella que se recolecta en el trámite investigativo. Se dejó de lado así el principio de permanencia de la prueba en privilegio del principio de inmediación y concentración, los que conlleva a la producción de la prueba en este escenario en forma pública, oral, concentrada, sujeta a contradicción y ante un juez de conocimiento (Congreso de la República de Colombia, 2004).

Como se ve, con este sistema, el principio de contradicción de la prueba cobra especial importancia. En teoría, el principio de contradicción, de acuerdo con lo planteado por Montero (1999) ha sido entendido, como “las garantías de actuación de las partes en el proceso (...), no constituyen sólo derechos de las partes que el tribunal debe respetar sino que también son garantía de la correcta actuación del derecho objetivo” (p. 128). El derecho de contradicción es de aquellos principios inherentes al proceso, donde existen dos posiciones distintas para el ver el problema en discusión.

Es una herramienta utilizada por las partes con muchos propósitos, entre ellos impugnar frente al real conocimiento que se tenga por parte de un testigo sobre un hecho determinado, entre otras. Por ello, el principio de contradicción permite a las partes acceder con facilidad al proceso penal, con el único propósito de materializar sus pretensiones dentro del proceso; acompañado eso sí, de otros principios como el debido proceso y el principio de igualdad. En este sentido, Ferrajoli (1995) afirma:

Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas es necesaria (...) la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel contradictorio en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio, de los experimentos judiciales y las pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testimoniales (p. 614).

Bajo este referente normativo, en la práctica judicial se ha abordado con fuertes dificultades para el ejercicio del derecho de defensa, los procesos penales por delito de abuso sexual donde los niños son las víctimas. Para efectos de esta investigación, hemos decidido realizar el estudio solo con relación a los tipos penales de la libertad, integridad y formación sexuales de un menor de catorce años descritos en los artículos 205-212A de la Ley 599 de 2000 (Congreso de Colombia, 2000).

En el artículo 208 del Código Penal colombiano, se expone el “acceso carnal abusivo con menor de catorce años” que castiga al que acceda carnalmente a persona menor de catorce años, entendiendo por acceso carnal, como: *“la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto”* (Congreso de Colombia, 2000, art. 212. Cursiva fuera de texto).

En el artículo 209, se dictaminan los “Actos sexuales con menor de catorce años”, como hechos punibles que se tipifican bajo cualquiera de estas tres conductas: 1) realizar actos sexuales diversos del acceso carnal con menor de catorce años; 2) realizar esos mismos actos en presencia del menor, o 3) inducir a éste a prácticas sexuales (Congreso de Colombia, 2000). Para que esta conducta sea punible debe tratarse de un acto lujurioso, dirigido a despertar los apetitos sexuales del victimario, y debe ser realizado en una zona erógena, que es aquella que despierta reacciones físicas.

Se ha entendido por zonas erógenas “las zonas de la superficie del cuerpo susceptibles de ser la sede de [una excitación sexual]” (Doron & Parot, 2008, p. 214). Asimismo se ha destacado la intervención del Magistrado Ponente Augusto J. Ibáñez Guzmán, quien planteó que “aparte de la boca y de los genitales, que son las zonas que más frecuentemente entran en contacto, otros sectores se convierten igualmente y con facilidad en zonas de estimulación y excitación (senos, cuello, nalgas, orejas, ombligo...)” (Sentencia 30.305, 2008, p. 15). Desde una mirada moderna de la sicología se afirma que todo el cuerpo (piel) es erógena, en el entendido que cada parte, en sí misma, puede llegar a generar una estimulación de manera específica y única en determinadas personas.

Cuando el contacto es físico, es requisito sine qua non la existencia de una connotación sexual, siendo suficiente que el acto sea impúdico, conforme al pudor o reserva sexual aceptada como norma social por la generalidad de las personas. Dentro de los presupuestos objetivos y subjetivos del tipo penal de abusos sexuales contra persona menor de edad e incapaz, se encuentra que la acción recaiga directa y necesariamente sobre la humanidad o corporeidad física de la víctima y, en todos los casos de contacto físico, deberá constatarse que éste, objetivamente, importe un sentido sexual evidente que conoce y quiere el sujeto activo, quien con su conducta logra instrumentalizar el cuerpo de la víctima para abusar de él.

Con esta conducta logra deshonestamente sobre el ofendido (tocándolo, besándolo, lamiéndolo, etcétera) o recibiendo sobre su propio cuerpo –o el de un tercero– la acción de aquel, y sin descartar que de una u otra forma va induciendo a la víctima a actuar eróticamente sobre sí misma. Realizar actos sexuales –en el contexto del tipo penal y el bien jurídico tutelado– es aprovecharse mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente del cuerpo de una persona, haciéndolo objeto de trato sensual, impúdico, obsceno, concupiscente o lascivo contra su voluntad expresa o presunta.

El sujeto activo logra materializar su pretendido valiéndose para ello de violencia corporal, de intimidación, de relaciones de autoridad, confianza, o superioridad derivadas de cualquier situación, o de la poca edad, inexperiencia, ignorancia o inadvertencia de la víctima o de su incapacidad física o mental para resistir. De otra parte, el legislador, al consagrar este tipo penal, quiso prohibir cualquier ejercicio de sexualidad en los menores de catorce años porque presume la incapacidad para la libre disposición sexual, toda vez que el Magistrado Ponente Fernando E. Arboleda Ripoll, ha “valorado

que las personas menores de esa edad no se encuentran en condiciones de asumir sin consecuencias para el desarrollo de su personalidad el acto sexual, debido al estadio de madurez que presentan sus esferas intelectual, volitiva y afectiva” (Sentencia 13.466, 2000, p. 32).

Y es que previo a cualquier estudio, corresponde definir el abuso sexual infantil como hecho sociológico que en términos jurídicos corresponde con el “contacto genital entre un/una menor de edad (18 años o menos) y un adulto que manipula, engaña o fuerza al niño/a, a tener comportamientos sexuales” (Berlinerblau, 1998, p. 190). También se puede realizar mediante una definición de carácter institucional –como la emitida por la OMS– (citada por Bringotti, 2003), para la cual se entiende que:

El abuso sexual en niños implica que éste es víctima de un adulto o de una persona sensiblemente de mayor edad con el fin de satisfacción sexual del agresor. El delito puede ser o puede tener diferentes formas: llamadas telefónicas obscenas, imágenes pornográficas, ofensa al pudor, contactos sexuales o tentativas de los mismos, violación, incesto o prostitución del menor (p. 43).

Bajo este concepto debe entenderse que el abuso sexual infantil no debe circunscribirse al mero contacto físico entre un adulto y un niño, sino que comprende otras conductas como comportamientos de coacción o intimidación o arbitraria injerencia en la esfera privada del menor o su autodeterminación en el desarrollo de su actividad sexual. Vale la pena recordar sobre este tipo de delitos que:

El abuso sexual infantil destruye además la relación tuitiva entre el adulto y el menor dada por la ascendencia de aquél respecto a éste, lo que genera una notoria sensación o estado de desprotección o exposición del niño. Todo ello implica un cercenamiento de su libertad personal como bien jurídico latente o subsidiario a aquél directamente protegido por los tipos penales que prohíben estas conductas: integridad sexual (Fillia, Monteleone, & Sueiro, 2005, p. 3, 4).

Más allá de la Ley 906 de 2004 y otras disposiciones

La complejidad de la materia, en cuanto al abuso sexual contra menores, conlleva grandes dificultades para aplicar durante el proceso penal los principios de las pruebas penales de cargos y descargos; más aún, cuando se sabe que este tipo de ilícitos se cometen en la clandestinidad y sus victimarios

suelen ser, en su gran mayoría, personas cercanas al círculo familiar y social, de ahí que el testigo y víctima a la vez, por su corta edad, no siempre brinde a través de sus dichos un panorama claro, por el contrario, generalmente el contenido de su declaración es frágil o relativizable en su entidad inculpanante, a lo que se suma que en los actos sexuales no suelen apreciarse rastros o secuelas físicas de aquella injerencia.

Es importante señalar que, aunque el abordaje principal del presente artículo se encuentre en los terrenos de la Ley 906 de 2004, es de buen recibo tomar algunas leyes que permean de otra forma la problemática del contrainterrogatorio. Una de las principales leyes es sin duda la Ley 1098 de 2006 (Congreso de la República de Colombia, 2006). Esta ley, llamada de la Infancia y la Adolescencia, creó el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, así como los procedimientos especiales para cuando los niños y adolescentes son víctimas o intervengan en los procesos contra adultos, estableciendo en el primer evento que cuando el menor debe “rendir testimonio deberá estar acompañado de autoridad especializada o por un psicólogo” (artículo 193, numeral, 12).

De acuerdo con las exigencias contempladas en dicha ley, además de lo anterior, no se podrá exponer a la víctima frente a su agresor, se deberá utilizar medios tecnológicos para ello y el niño, o adolescente debe estar acompañado de un profesional especializado que adecúe el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad; sólo si el Juez considera conveniente podrán estar los demás sujetos procesales (Congreso de Colombia, 2006, art. 194). Esta normatividad entonces, restringió notablemente la posibilidad de efectuar el contrainterrogatorio por parte de la defensa e incluso de hacer uso de herramientas procesales como la de impugnar la credibilidad.

Posteriormente, con la Ley 1652 de 2013, se adicionaron otras exigencias. Por ejemplo, en su artículo dos se establece que cuando un menor de edad sea víctima de los delitos señalados, sin perjuicio del procedimiento establecido en los artículos 192 a 200 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral primero del artículo 146 de la Ley 906 de 2004 que establece el procedimiento para el registro de ese tipo de actuaciones (Congreso de Colombia, 2013).

Adicionalmente, con esta misma normatividad, se permitió el ingreso de la entrevista como prueba de referencia durante el juicio oral, al adicionar un literal al artículo 438 de la Ley 906 de 2004 por ser el declarante menor

de dieciocho años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d del mismo Código. Conforme a estos agregados, se ha aceptado que todos los dichos del niño afectado ingresen a la vista pública sin ningún control por parte de la defensa en cuanto a su fondo (Congreso de Colombia, 2013).

Y es que el legislador con los constantes cambios normativos además de velar por el interés superior del menor, pretendió facilitar la labor de las autoridades judiciales respecto a la percepción de la credibilidad del menor, acudiendo para ello a diferentes técnicas a la hora de tomar sus declaraciones, entregando pautas importantes a la hora de realizar las preguntas y los medios técnicos utilizados para tal efecto. Ayudas que para nuestro caso colombiano, se han convertido en una cortapisa para el ejercicio del derecho de contradicción.

Caso contrario, por ejemplo con lo que sucede en el derecho peruano con respecto a los procesos por violación sexual¹⁴ y actos contra el pudor¹⁵ en menores de catorce años. Dado el alto nivel de clandestinidad, el principal medio probatorio utilizado es la declaración de la víctima, por lo cual las leyes en el Perú reconocen ésta como prueba suficiente para revertir la presunción de inocencia del imputado, lo que dificulta la defensa del mismo, aunque debido a que los procesos efectuados se basan en la oralidad, el defensor conserva la posibilidad de emplear de forma efectiva el contrainterrogatorio, más aun cuando existe retractación por parte del menor (Llaja Villena & Silva Ticllacuri, 2016).

Como vemos, la prueba principal, dentro del proceso penal en delitos como los que se analizan en este artículo, se centra en lo dicho por el menor afectado como protagonismo insustituible. Es por ello que en principio,

14 Definido en el Código Penal peruano como: el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o en actos análogos realizados mediante la introducción de objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, realizados afectando la libertad o la indemnidad sexual de la agraviada (Congreso del Perú, 1991, artículos 170-174).

15 Los actos contra el pudor están constituidos por los tocamientos indebidos en las partes íntimas de la víctima o actos libidinosos contra su pudor, incluso cuando se la obliga a realizar dichos actos sobre si misma o sobre un tercero, afectando su libertad o indemnidad sexual (Congreso del Perú, 1991, art. 176).

atendiendo a la normatividad que rige nuestro sistema de enjuiciamiento en Colombia, para que el ente acusador logre demostrar la responsabilidad del acusado y a su vez, quien ejerce la defensa pueda efectuar un fructuoso ejercicio de contradicción, se requiere de otros medios de prueba, algunos de carácter documental, otros de contenido pericial y también las declaraciones de quienes –sin ser testigos directos– pueden dar fe de hechos o circunstancias que pueden hacer –más o menos probable– la comisión del ilícito.

Estos últimos son considerados legalmente como testigos de referencia. Todas estas pruebas alrededor del dicho del menor, se han ubicado en los límites de la prueba de referencia, de la que se sabe tiene un poder suasorio restringido mediante una tarifa legal negativa consagrada expresamente en el Código de Procedimiento Penal en el artículo 381 inciso dos que estipula lo siguiente: “La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia” (Congreso de la República de Colombia, 2004).

No obstante lo anterior, aquí estriba otra de las dificultades para el ejercicio del contradictorio, y es el tema de la prueba de referencia en contraposición con la prueba indirecta, pues en reciente jurisprudencia, la Honorable Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal– ha construido una teoría sobre la prueba indirecta y la prueba de referencia, diferenciándolas para casos como el que se esbozan en este artículo, indicando que se puedan superar los límites del artículo 381 de la Ley 906 de 2004 para emitir una sentencia condenatoria (Sentencia SP-3332 No. 43866, 2016).

Y es que como se verá, frente al problema jurídico existe una línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que, especialmente desde el año 2008 viene profundizando el tema atinente al alcance de las entrevistas de menores ingresados a través de psicólogos y funcionarios judiciales, transformando la calidad que les venía otorgando de prueba de referencia, para llegar al extremo opuesto, que es la tendencia actual, donde esa prueba ingresa directamente por tres razones: 1) porque el entrevistador percibe en forma personal los hechos, cuando son narrados por los menores de edad, 2) porque al aplicar sus conocimientos científicos, técnicos o especializados, ello se convierte en una prueba pericial autónoma, la cual tiene una forma de valoración expresa en la legislación y 3) porque su declaración en audiencia de juicio oral debe valorarse conforme el artículo 402 del Código Penal.

La variación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es una muestra más de lo que puede ocasionar la dramatización de la violencia

sexual contra menores, particularmente por el estado de alarma en que se encuentra la sociedad colocada en esa posición por los medios de comunicación, obligando a esta a dar una respuesta punitiva que satisfaga a los ciudadanos, aún a riesgo y costa de los principios fundantes del derecho penal. A grandes rasgos, se dejan ver entonces algunas dificultades para el ejercicio de contradicción en este tipo de delitos donde las víctimas revisten especiales características, las que son de común ocurrencia en la práctica judicial.

Medios alternos para el ejercicio defensivo en algunos procesos penales sobre delitos sexuales contra menor de edad

Cómo no detenerse a analizar posibles herramientas que podrían coadyuvar a una buena defensa, sin dejar a un lado los derechos de los menores de edad. Si nos detuviéramos a realizar un test de proporcionalidad, el derecho a la defensa en nada transgrediría los derechos que asisten a los menores, si y solo si se tuvieran en cuenta aspectos como la posibilidad con la que cuentan los defensores para desplegar un papel activo a lo largo del proceso, a través de ayudas especializadas.

Se pueden rescatar, a manera de ejemplo, las ventajas que les traería obtener su propio informe psicológico que avale o contradiga el testimonio del menor, dotándolo de credibilidad o haciendo caer la misma, informe que podría ser elaborado por personal especializado compuesto por médicos, psicólogos, psiquiatras, pediatras, ginecólogos, proctólogo, obstetra, médico legista, asistentes sociales, entre otros.

El testimonio del menor debe ser mirado con elementos adicionales al artículo 404 de la Ley 906 de 2004 para que, a través del ejercicio del derecho de contradicción, se haga uso de pruebas que permitan despejar las dudas acerca de una posible personalidad fabuladora por parte del menor ofendido o la ausencia de ésta de parte de quien se agravia (Congreso de la República de Colombia, 2004). Y es que poco se conoce por parte de los sujetos procesales de varias tendencias que pueden afectar la credibilidad del niño, entre estas el lapso temporal transcurrido entre el hecho y su denuncia que incide en la capacidad de rememoración del menor; la influencia de un adulto en la voluntad del menor que lo lleva a narrar historias que no son ciertas, convirtiéndose posteriormente sus dichos en falsas denuncias, erróneas denuncias o denuncias inducidas.

Lo antedicho fue recopilado por el autor Coolbear (1992) al efectuar una sistematización de las razones por las cuales puede desembocarse una falsa

denuncia, destacando tres supuestos: a) el enojo o conflicto de un niño con su padre o madre, b) los trastornos psiquiátricos del adulto progenitor que realiza la denuncia y c) por último, cuando la acusación se produce en el marco de un divorcio, que presenta problemas en cuanto a la tenencia y visita del menor.

Esto pretende únicamente dotar al proceso penal de nuevas herramientas para que la decisión final que emita un juez de la República sea el resultado de un ejercicio sano de contradicción e igualdad, pilares de un debido proceso para todas las partes; porque, en suma, lo cierto es que en estos eventos nos encontramos ante dos principios que en abstracto y separadamente resultan irrenunciables. Por un lado, el interés estatal por el descubrimiento de la verdad y el correcto juzgamiento de quienes incurrir en esta clase de conductas punibles, el que está encaminado a proteger y salvaguardar el interés superior del menor. Por el otro, ese mismo interés que se materializa en el ejercicio de un proceso penal rápido, imprime grandes límites en el ejercicio pleno del derecho de contradicción.

Principales limitaciones de la defensa en la aplicación del contradictorio

Acorde con lo planteado en acápites previos, el trabajo de campo de la investigación consistió en la recolección de diez procesos penales previamente seleccionados sobre delitos sexuales con presuntas víctimas menores de edad en el municipio de Caldas, Antioquia; que refieren casos ocurridos durante los años 2013–2017. Los datos recopilados con estos procesos, se organizaron en una ficha de análisis (ver anexo) y se sistematizaron según las categorías de análisis definidas para este estudio.

De conformidad con el análisis de los diez casos y con el cuerpo normativo colombiano vigente, es posible determinar que en los litigios penales adelantados por los delitos de abuso sexual contra niños o adolescentes y analizados durante el desarrollo del presente ensayo, se prevalecen los derechos de los menores, presuntas víctimas de este hecho punible, sobre los derechos de los demás, tal como se plantea en la Carta Magna del país y mediante diversas leyes de carácter nacional, es el caso del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), Ley 1652 de 2013, el Código de Procedimiento Penal (Ley 904 de 2004), entre otras.

En este orden de ideas, se identificó que con frecuencia, los menores que son víctimas de agresiones sexuales, no son escuchados durante la audiencia

de juicio oral, ya que se ha optado por introducir la entrevista como prueba de referencia legalmente admisible, en ciertos casos por dificultades al momento de ubicar al menor para comparecer ante el juez de conocimiento o al denunciante de los hechos sexuales acaecidos. Esta situación no sólo afecta la posibilidad de que la defensa ejerza su derecho de contradicción, también puede originar dudas sobre la forma como fue recepcionada, la veracidad de la versión rendida por el menor y acerca de la presencia o no de un defensor de familia al momento de la misma.

Teniendo en cuenta los limitantes legislativos de las pruebas de referencia, debido a su naturaleza indirecta o indiciaria, el papel de la Fiscalía debería ser más activo, con el propósito de presentar una prueba directa que permita desvirtuar la presunción de inocencia del acusado y la estructuración de una sentencia condenatoria; sin embargo esto no sucede reiterativamente, lo cual conlleva a que el juzgado en virtud de lo expresado en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, dictamine la absolución del imputado, lo que en determinados casos se precave cuando dicha entidad despliega otros actos de investigación para corroborar sus dichos, da traslado de este elemento material probatorio durante las audiencias previas y posteriormente, la presenta al estrado judicial para que, por medio del principio de inmediación, la judicatura se forme su propio concepto.

Con respecto a las sentencias condenatorias, éstas se dictan mediante la apreciación en conjunto de los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física que se aporten al caso, entre los que se encuentran: el testimonio de los médicos legistas quienes se ocupan de examinar en el cuerpo del menor huellas compatibles con su narración, de los policías judiciales, psicólogos, los padres del menor, familiares, docentes, entre otros. También es común que se aporte dictamen de médico legal donde se tiene en cuenta la anamnesis, entrevista forense al menor por parte del CTI, noticia criminal, informe pericial, informe de genética forense y proceso de restablecimiento de los derechos en Comisaría de Familia, cuando da lugar a ello.

En particular, los partes médicos judiciales junto con la declaración del menor, bien sea esta presencial o por medio de entrevista previa, son considerados por parte de la judicatura, como las pruebas de cargo más interpuestas en el proceso por abuso sexual. En lo atinente con la credibilidad que tiene el testimonio del menor, se valora según sus manifestaciones verbales, lenguaje corporal, por su persistencia en la incriminación, su coherencia, espontaneidad y la falta de intencionalidad dañina hacia el acusado.

Por otra parte, según los procesos analizados, llama la atención que en los casos en los que el menor es escuchado en la audiencia, su declaración no se lleva a cabo en una Cámara Gesell ya que el juzgado donde se realizaron, carece de estos recursos tecnológicos. En este sentido, si bien se efectúa la adecuación de un espacio en el que se ubica al acusado donde no pueda ser visto por el menor, en el que es acompañado por autoridades y/o profesionales especializados, en estos delitos y cuya pretensión es tratar de que el interrogatorio no afecte los derechos del menor.

También se identificó que la ausencia de estos medios tecnológicos obliga a que durante la audiencia, se encuentren varias personas observadas por el niño, lo cual puede perturbarlo, mostrando comportamientos nerviosos y dificultades para responder con el grado de veracidad requerido. De igual forma, esta situación en particular, pone de manifiesto la inoperancia de las autoridades competentes de la nación en el acondicionamiento de los juzgados conforme con los preceptos de la Ley 1652 de 2013 y con los textos adicionados a través de la misma, en las leyes 906 de 2004 y 1098 de 2006.

En referencia al principio de contradicción, se confirmaron las dificultades afrontadas por la defensa para el ejercicio diligente de este derecho, sustentado en el interés superior de proteger durante el litigio, los derechos de los niños y adolescentes víctimas de abusos sexuales y evitar su re-victimización, principalmente al momento de la declaración; motivo por el cual se concurre con frecuencia a la introducción de la entrevista como prueba de cargo en el proceso y cuando da lugar a la presentación del menor en el juicio oral, las preguntas son muy puntuales y se prescinde de ahondar en los detalles del hecho punible.

La respuesta de la defensa ante estas circunstancias en las diferentes etapas procesales, en términos generales, es pasiva porque evita solicitar al menor como testigo directo, renunciando así a la posibilidad de ejecutar un contrainterrogatorio efectivo que permita introducir con él, temas no abordados en directo y hacer ver que su prohiado no cometió el delito por el que se le acusa. Incluso, cuando éste es aplicado, en ciertos casos el abogado defensor pretende ignorar las reglas del contra examen consagradas en el artículo 391.2 del CPP, 2004 (Concordante artículo 393 CPP).

Se presenta de igual forma, que la defensa declina el derecho de recibir información acerca de los elementos de prueba que se sustentan en la audiencia de imputación, influyendo negativamente en la preparación de su estrategia. Además, en los casos en los que la recepción del testimonio del

menor se realiza durante la audiencia de juicio oral por fuera de la Cámara Gesell, la defensa no muestra oposición al respecto y evita realizar el contra-interrogatorio.

No obstante, en algunos otros procesos, la defensa hace valer activamente su derecho de contradicción, oponiéndose a las medidas instauradas durante las etapas preliminares del litigio, impugnando la credibilidad de los testigos solicitados por la Fiscalía y presentando sus propias pruebas y testimonios, entre estos el del acusado; con la finalidad de sustentar su teoría del caso y de comprobar posible falsedad en la declaración emitida por el menor cuando considera que éste miente frente a los hechos atribuidos a su defendido y de confirmar una posible disfuncionalidad del entorno familiar del menor, evidencias que tras su respectivo análisis y valoración no contribuyen al final, a desvirtuar los hechos anunciados.

Cabe mencionar que en ciertos procesos penales por abuso sexual a menores, tanto la Fiscalía como la defensa, renuncian a la práctica probatoria cuando los hechos son objeto de estipulación que llevan al convencimiento, más allá de toda duda, del delito cometido por el demandado contra el menor; por lo cual la estrategia aplicada en estos casos por la defensa, es renunciar a su derecho de contradicción con el objetivo de que se conceda a su defendido un beneficio mayor, siempre y cuando se encuentre probado, como el reconocimiento de una circunstancia especial, por ejemplo la ignorancia extrema contemplada en el artículo 56 del Código Penal; para que de este modo el acusado obtenga una atenuación punitiva de la condena emitida por el juez, la cual si está acreditada no se constituye en un beneficio o rebaja prohibida por nuestra legislación.

Conclusión

El derecho de defensa y contradicción junto con los principios de igualdad y del debido proceso, son fundamentales en la ejecución de los litigios legales en un Estado Social de Derecho como Colombia y otros países de América Latina; ya que a través de los mismos, se reconoce y garantiza a las partes intervinientes la oportunidad de exponer sus propias argumentaciones y de rebatir los dichos de la parte contraria; lo que implica la planeación y ejecución de una estrategia judicial efectiva que favorezca el interrogatorio y contrainterrogatorio, en aras de la verdad y la justicia.

Cabe señalar que en la práctica colombiana, se evidencia la abdicación al derecho de contradicción en ciertos procesos penales y en lo concerniente

con determinadas conductas delictivas, como sucede con el abuso sexual a menores. En este sentido, la Ley 906 de 2004 es enfática y concisa en relación con el tratamiento penal consagrado para el abordaje del menor presunta víctima de abuso sexual, en el indiscutible interés superior de prevalecer y salvaguardar sus derechos, de conformidad con lo promulgado en la Constitución Política de 1991.

Sin embargo, en respeto a esta misma protección y con la finalidad de no re-victimizar a los niños y adolescentes en esta situación, se ratificó la existencia de diversas dificultades para el ejercicio del principio de contradicción por parte de la defensa durante este tipo de proceso judicial, las cuales no son causales justificadas para que la defensa renuncie a este derecho ya que puede implementar tácticas discursivas y técnicas acordes con los preceptos normativos dictaminados al respecto. La entrevista como prueba de referencia para omitir la declaración del menor en la audiencia de juicio oral y con ello, el respectivo contrainterrogatorio, la falta de oposición ante los procedimientos efectuados sin los medios tecnológicos requeridos como una Cámara Gesell y su desinformación sobre los elementos de prueba allegados durante la audiencia de imputación; son asuntos que obstaculizan la aplicación efectiva por parte del defensor del derecho de contradicción, sumado a la actitud pasiva que tienen algunos de estos actores judiciales a lo largo de las diferentes etapas procesales.

Es pertinente mencionar quizás, que de conformidad con la información recopilada durante el desarrollo de la presente investigación, la actuación de contradicción del defensor se activa principalmente, cuando su pretensión es desmentir la declaración del menor y/o de los testigos solicitados por el fiscal y renuncia en ocasiones a este, motivado por lograr una rebaja de la pena para el acusado.

Se espera que todos los actores implicados con los procesos penales, analizados mediante esta investigación, propendan por aplicar a cabalidad los preceptos normativos que los regulan, procurando que el principio de igualdad, les permita tanto a los defensores como a los fiscales, la presentación de sus propias pruebas y la posibilidad de realizar el interrogatorio y contra-interrogatorio. Se reconoce que los derechos de los menores prevalecen en el país y por ello, tienen un procedimiento especial para la participación en las audiencias de juicio oral; sin embargo, esto no puede ser un impedimento para el ejercicio del contradictorio por parte del defensor, lo cual puede ser solucionado, realizando las adecuaciones físicas reglamentadas en las leyes

colombianas, para evitar posibles transgresiones de los derechos del menor presunta víctima de abuso sexual. Igualmente, la balanza se vería más equilibrada, si por parte de la Fiscalía se realizaran todos los actos investigativos pertinentes para llevar al menor al estrado judicial, evitando al máximo introducir su entrevista como prueba de referencia, sin que exista temor de causar afectación al niño o niña, pues conforme a nuestra normatividad, las preguntas son realizadas por un defensor de familia y sicóloga, quienes velan por la preservación de estas garantías.

En cuanto a la defensa, se espera un rol más activo desde las fases previas al juicio oral, oponiéndose a cualquier medida invasiva de derechos del implicado. Ya en el proceso propiamente dicho y aunque se conoce que este tipo de delitos ocurren en la clandestinidad donde los únicos testigos son la víctima y el victimario, no es aceptable que el defensor omita elaborar una teoría del caso y presentar sus propias pruebas. Se espera por ejemplo que la defensa a través de un profesional especializado valore al menor para advertir la presencia o no de mentiras, influencias externas o invenciones en su versión.

Respecto a la judicatura, si bien se propende por un juez imparcial, su participación en el momento en que declara el menor no puede ser pasiva; es decir, también se espera que encause la intervención que realiza el defensor de familia y el sicólogo con la finalidad de que no se omitan las preguntas que la defensa pretende realizar. En cuanto al proceso de valoración probatoria, también corresponde entonces al juez hacer un análisis estricto de la prueba practicada; en este sentido, cuando el menor declaró en el juicio, se debe hacer un análisis pormenorizado de su versión en conjunto con el restante material probatorio, pues no es correcto simplemente dar crédito a su versión porque la narró un menor de edad. Cuando la testificación del infante excepcionalmente ingresa como prueba de referencia, el proceso de valoración de la declaración de la víctima debe entonces ser más estricto, pues existe una tarifa legal negativa de fundamentar la sentencia de condena en prueba de referencia.

Para finalizar, no puede olvidarse que lo que se pretende en el proceso penal es establecer lo realmente ocurrido y en estos ilícitos de alta complejidad, donde la víctima puede ser fácilmente influenciada por su inmadurez psicológica y corta edad, sin obviar la protección especial que debe brindársele, se espera que los sujetos procesales participen activamente para aclarar esa realidad que se espera descubrir, pues en un estado garante de los derechos

fundamentales de todos sus habitantes, no se concibe la obtención de sentencias de condena para cumplir metas, estadísticas o satisfacer a los medios de comunicación.

Anexo 1.
Modelo de extracción de información de los procesos penales

1. Datos generales									
Radicado		Fecha de los hechos		Fecha de la denuncia					
Iniciales indiciado		Edad para fecha de hechos		Sexo	Relación con la víctima				
Iniciales de la víctima		Edad para fecha de hechos		Sexo					
2. Fase audiencias preliminares									
Captura en flagrancia				Captura con orden					
2.1 Audiencia legalización captura									
Fecha		Autoridad judicial		Decisión	Impugnación				
2.2 audiencia formulación imputación									
Fecha		Autoridad judicial		Delitos imputados	Allanamiento				
2.3 audiencia medida aseguramiento									
Fecha		Autoridad judicial		Decisión	Impugnación				
2.4 otras audiencias sede control de garantías.									
Detalles:									
Observaciones frente al derecho de contradicción:									
3. Fase de conocimiento									
Juzgado de conocimiento:		Fiscal		Defensor					

3.1 escrito de acusación							
Fecha presentación		Hechos narrados (sinopsis)		Delitos que constan en el escrito			
3.2 audiencia formulación acusación							
Fecha		Supuestos facticos		Supuestos jurídicos		Descubrimiento probatorio	
3.3 audiencia preparatoria							
Fecha		Hubo enunciado, solicitud probatoria de la Fiscalía					
		Hubo enunciado, solicitud probatoria de la Defensa					
		Decisión del Juzgado					
		Recursos					
3.4 audiencia juicio oral							
Práctica pruebas Fiscalía	Declaración menor						
	Otros testimonios						
	Prueba documental						
Práctica pruebas defensa							
Práctica pruebas representante víctimas y otros							
Novedades probatorias	(prueba sobreviniente, de refutación, impugnaciones) ninguna						
Alegatos	Fiscal						
	Defensor						
	Otros						
Anuncio del sentido del fallo							

Observaciones frente al derecho de contradicción en esta fase:							
4. Sentencia de primera instancia							
Absolutoria		Condenatoria		Fecha			
Fundamento de la sentencia y observaciones del juez frente al derecho de contradicción:							
5. Sentencia de segunda instancia							
Fecha		Autoridad judicial		Decisión		Impugnante	
Fundamento de la decisión y observaciones del Tribunal frente al derecho de contradicción:							
6. Casación							
7. Análisis sobre derecho de contradicción en general durante todo el proceso y en especial en cuanto a la declaración del menor de edad							

Fuente: Autoría propia

Referencias bibliográficas

Berlinerblau, V. (1998). Abuso Sexual Infantil: Una perspectiva forense. En S. Lamberti, & J. Viar, *Violencia Familiar y Abuso sexual* (págs. 189-211). Argentina: Editorial Universidad.

Bringotti, M. (2003). Los límites de la objetividad en el abordaje del abuso sexual infantil. En S. Lamberti, *Maltrato infantil: riesgos del compromiso profesional* (págs. 39-56). Buenos Aires: Editorial Universidad.

Congreso de Colombia. (2000). Ley 599 del 24 de julio de 2000: Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44.097. Obtenido de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

Congreso de Colombia. (2013). Ley 1652 del 12 de julio de 2013: Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Diario Oficial No. 48.849. Obtenido de: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/2013/LEY%201652%20DEL%2012%20DE%20JULIO%20DE%202013.pdf>

Congreso de Colombia. (2004). Código de Procedimiento Penal. Ley 906 del 31 de agosto de 2004. Diario Oficial No. 45.658. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

Congreso de Colombia. (8 de noviembre de 2006). Ley del Código de la Infancia y la Adolescencia. [Ley 1098 de 2006]. Diario Oficial No. 46.446. Obtenido de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html

Congreso de la República del Perú. (3 de abril de 1991). Decreto Legislativo 635: por medio del cual se promulga el Código Penal en Perú. Obtenido de [oas.org: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/per/sp_per_cod_pen.pdf](https://www.oas.org/juridico/mla/sp/per/sp_per_cod_pen.pdf)

Coolbear, J. (1992). Credibility of young children in sexual abuse cases: Assessment strategies of legal and human service professionals. *Canadian Psychology*, 33(2), 151-167. doi:<http://dx.doi.org/10.1037/h0078707>

Doron, R., & Parot, F. (2008). *Diccionario Akal de Psicología*. Madrid, España: Ediciones Akal S.A.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Editorial Trotta, S.A.

Fillia, L., Monteleone, R., & Sueiro, C. (2005). Abuso sexual infantil: la credibilidad del menor y la dificultad probatoria en el marco del debido proceso penal. Ponencia presentada en el XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología. Buenos Aires, Argentina: Universidad de Buenos Aires – Facultad de Derecho. Obtenido de: <http://www.alfonsozambrano.com/memorias/estudiantes/comision4/Ponencia15.doc>.

Galeano, M. (2004). *Estrategias de investigación social cualitativa. El giro en la mirada*. Medellín: La Carreta Editores.

Llaja Villena, J., & Silva Ticllacuri, C. (2016). La justicia penal frente a los delitos sexuales: Aplicación del Nuevo Código Procesal Penal en el distrito judicial de San Martín. Lima: Demus: Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer.

Montero, J. (1999). Introducción al derecho jurisdiccional peruano. Perú: ENMARCE.

Sentencia No. 13.466, Aprobado con acta No. 164 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll 26 de septiembre de 2000). Obtenido de:

http://www.nuevaleislacion.com/files/susc/cdj/juri/e_13466_00.doc

Sentencia No. 30.305, Aprobado con acta No. 320 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M.P. Augusto J. Ibañez Guzmán 5 de noviembre de 2008). Obtenido de: [http://icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj_scp_30305\(05-11-08\)_2008.htm](http://icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj_scp_30305(05-11-08)_2008.htm)

Sentencia SP-3332 No. 43866, Aprobada con Acta No. 80 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M.P. Patricia Salazar Cuéllar 16 de marzo de 2016). Obtenido de: https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/1365_CS-JSP-Rad-43866.doc.