

EFFECTOS DE LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN EN LA DEFENSA DE LOS DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES DE EDAD EN COLOMBIA¹

Rafael Antonio Julio Padilla²

Resumen

En el presente trabajo investigativo se busca realizar un estudio sobre la defensa técnica en etapa del juicio oral, enfocados específicamente en los delitos sexuales, dando el primer paso sobre las características del derecho a la defensa con lo que se podrán identificar problemáticas presentadas en esa instancia procesal en los delitos de tipo sexual.

La presente investigación se fundamenta en la necesidad que, a criterio del investigador, existe sobre igualdad de oportunidades en lo que la defensa se refiere para el procesado y de igual forma poder comprender el imperativo normativo conceptual de Defensa Técnica, ponerlo en una balanza y a su vez analizar que sucede en el desarrollo y tratamiento de los delitos sexuales, plantear críticas de orden jurídico e identificar posibles alternativas a esta situación.

Posteriormente se analizarán los inconvenientes ocasionados para la administración de justicia al iniciar un juicio de este tipo, obviamente con falencias desde el inicio, los retos que impone a la Fiscalía General como responsable del enjuiciamiento penal y en este orden de ideas analizar las armas que tiene la defensa en comparación con todo el andamiaje que existe en contra y el papel de la defensa ante esta situación.

Palabras claves: defensa técnica; igualdad; delito sexual; vacío normativo; etapa de investigación judicial; justicia.

¹Artículo de revisión bibliográfica para optar al título de Especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Católica Luis Amigó. Asesora: Laura Victoria Cárdenas Rojas.

² Abogado Litigante, Estudiante de la Especialización en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Católica Luis Amigó. Correo electrónico: rafael.juliopa@amigo.edu.co

Introducción

En Colombia es notorio el incremento de delitos sexuales cometidos contra menores de edad, problemática que pone aún más al descubierto las graves y notorias dificultades que tiene la defensa al ejercer su actividad en igualdad de condiciones con los demás entes participantes del mismo.

Este trabajo se reviste de importancia en razón a que, ante la clara desventaja que tienen los abogados defensores en procesos de delitos sexuales contra menores, se hace necesario abordar el tema identificando tanto los problemas como las soluciones.

Básicamente las actividades que serán llevadas a cabo para la realización del presente artículo de revisión bibliográfica constarán de efectuar una búsqueda digital de información relevante que nos ayude a cumplir los objetivos planteados, para luego ser analizada, sintetizada y discutida, lo que conlleva a la utilización de una metodología cualitativa y analítica.

Este artículo tiene como objetivo principal identificar los efectos de la etapa de investigación en el proceso de defensa de casos penales de presuntos actos delictivos sexuales contra infantes, y su incidencia en el derecho al debido proceso como garantía constitucional ejercida por la defensa; para lo cual será necesario describir la legislación existente en Colombia en materia de delitos sexuales, los elementos dispuestos por el Estado Colombiano para el acceso a los medios de investigación, las características del debido proceso y del derecho y oportunidad a ser defendido, y la base de la justicia que corresponde a la presunción de inocencia.

Lo que pretenderá entonces este artículo será responder al problema jurídico identificado, correspondiente a las siguientes preguntas: ¿Existe disparidad en las oportunidades que tiene la defensa dentro del proceso penal en la presunta comisión de vulneraciones de tipo sexual en contra de menores de edad, con respecto a los demás participantes del proceso? y ¿cómo se puede afrontar la necesidad de igualdad que se requiere para que el abogado defensor pueda ejercer el resguardo constitucional del debido proceso y de la presunción de inocencia?

Legislación existente en Colombia en materia de delitos sexuales

La acción criminal desde su génesis es y será imputado a los seres humanos, si se tiene en cuenta que todo acto delictivo nace de la desaprobación de la sociedad y obtiene como resultado la generación de un daño a bienes protegidos por la legislación. Lo anterior ha generado debates interesantes por parte de profesionales del derecho, quienes han compartido el resultado de sus investigaciones acerca del significado de la palabra delito.

Previo al desarrollo del presente trabajo, se hace conveniente recordar el concepto de abuso sexual infantil, para lo cual me permito citar algunos tratadistas del tema. La definición emitida por la OMS (citada por Bringiotti, 2003, p. 43), indica que cuando un menor de edad es abordado por un adulto con el objetivo de satisfacer los deseos sexuales del atacante este agresor, eso es abuso sexual, que puede tener diversas manifestaciones como lo son la pornografía, violación, obscenidades, prostitución, entre otros. Para complementar según (Berlinerblau, 1998, p. 190), cuando un adulto obliga a un menor a tener contacto genital, se habla de abuso sexual.

De acuerdo a lo planteado por el Dr. Reyes Echandía en su libro “Criminología” el delito sexual se puede dividir en dos formas, ocasional o habitual. Cuando se habla de ocasional se hace referencia a aquella situación temporal arduo deseo sexual provocado por la incidencia de factores externos como el alcohol, la pornografía, entre otros. Se vuelve habitual cuando la perversión sexual es más o menos ostensible, y no está siendo cometida por verdaderos psicópatas sexuales.

Las conductas que atentan contra el bien jurídico que es la integridad sexual de los menores de edad se encuentran descritas en nuestra legislación penal en los artículos 205 al 217 del libro segundo, título cuarto, basados en principios rectores para la tipificación de las conductas y el enjuiciamiento de las mismas, como lo son dignidad humana, derechos humanos, principios de las sanciones (necesidad, proporcionalidad, razonabilidad) y en lo relacionado con las funciones de la pena (prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado), entre otras.

A continuación, menciono los artículos contemplados en la norma penal vigente, con el fin de señalar el contenido normativo del delito sexual:

- Art.- 205 Acceso carnal violento
- Art. 206: Acto sexual violento
- Art. 207: Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir
- Art. 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años
- Art. 209: Actos sexuales con menor de 14 años
- Art. 210: Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir
- Art. 210 A: Acoso sexual
- Art. 211: Circunstancias de agravación punitiva
- Art. 212: Acceso carnal
- Art. 212 A: Violencia
- Art. 213. Inducción a la prostitución
- Art. 213 A: Proxenetismo con menor de edad
- Art. 214. Constreñimiento a la prostitución
- Art. 216: Circunstancias de agravación punitiva
- Art. 217: Estimulo a la prostitución de menores

La violencia sexual en nuestro país, es un fenómeno que refleja la gravosa situación en que se encuentra la base de la sociedad, la familia colombiana. Los delitos sexuales contribuyen de manera significativa con las tasas de violencia, siendo este tipo de delito uno de los más comúnmente denunciados, y donde según las cifras muestran como responsables en su mayor porcentaje a familiares cercanos al menor.

Para la muestra, se hace necesario entonces reflejar algunas cifras importantes, repostadas por el Instituto de Medicina Legal y publicadas por la revista Semana, correspondientes a presuntos delitos sexuales en contra de menores que se presentan en Colombia, tanto en lo que va del 2020, como parte del año inmediatamente anterior. Prácticamente durante el primer semestre del año en curso se ha realizado 7.544 estudios médicos por la comisión de presunto abuso sexual en contra de menores, cifra que representa un 43.49 por ciento de daños no

mortales. Analizando las cifras desde las edades que tienen las víctimas se encuentra que, 6.479 de esos exámenes realizados, 744 fueron realizados a niños entre 0 y 4 años, 1.749 fueron realizados a menores entre 5 y 9 años, 3001 exámenes a niños entre 10 y 14 años y 985 exámenes a jóvenes entre 15 y 17 años.

Lo más preocupante en Colombia adicional a alto número de menores víctimas de abusos sexuales, es el altísimo porcentaje de impunidad que existe sobre dichos casos, pues según lo afirma la actual directora del ICBF, Lina Arbeláez el 98% se encuentra sin castigo para los responsables. Además en esta misma entrevista realizada por la revista Semana la Doctora Lina agrega que existen medidas de protección sobre 62 mil menores, mientras sus derechos son restablecidos, entre los cuales el 38 por ciento fueron víctimas de violencia psicológica, física y sexual, el 35 por ciento por desplazamiento, reclutamiento y trata de personas entre otros y el resto por abandono, negligencia y trabajo infantil.

Para complementar la información brindado hasta este momento por la revista Semana en la misma publicación, comparte cifras entregadas por la Procuraduría de la anualidad de agosto de 2017 a 2018, tiempo durante el cual según estudio llevado a cabo por esta entidad, tan solo el 1,2 por ciento estaba en fase de ejecución de penas, el 2,5 por ciento en etapa de investigación, el 5,7 por ciento en juicio, y el 90 por ciento de los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes estaba sólo en fase de indagación.

La FM, publicó en julio de 2020 un reportaje sobre el tema, informando que el ICBF en lo que iba del año, había atendido 4.283 menores como víctimas de presuntos delitos de delitos sexuales, a través de procesos de restablecimiento de derechos.

Por su parte, el Diario El País en el 2019, publica un artículo que refleja información entregada por la DIJIN, correspondiente al hecho de que recibieron 9079 denuncias, de enero a agosto de ese año, por distintos delitos sexuales, siendo los jóvenes de 13 años la mayor cantidad de víctimas, y Cundinamarca y Antioquia los departamentos con más casos reportados, esto es el 21% y el 12% respectivamente. Ese mismo reporte muestra que más de la mitad de las denuncias fue por acceso carnal abusivo y acto sexual con menor de 14 años.

El periódico El Tiempo en el año 2019 muestra las cifras, afirmando que durante el primer trimestre del año, el volumen de denuncias ascendía a 6010 por violencia sexual, donde los menores entre los 10 y 14 años eran los más afectados.

Ante el alto número de casos existentes en Colombia, como ya lo hemos visto, se demanda con mayor fuerza e ímpetu una política criminal desplegada y liderada por el Estado que se logre articular con los factores educativo y social, buscando reducir considerablemente el volumen de actos de abuso sexual contra la población más vulnerable que tiene nuestro país.

Elementos dispuestos por el Estado Colombiano para el acceso a los medios de investigación

Uno de los elementos más importantes dispuestos por el Estado Colombiano es la Policía Judicial, entendiéndose éste como el que tiene la responsabilidad de conservar el orden y la seguridad en la sociedad, y que se mantiene bajo las ordenes de jueces y fiscales. Su principal actividad está enmarcada en la labor de investigar los delitos, evitar las consecuencias que se desprenden de los actos cometidos, obtener las evidencias suficientes para permitir la actuación de la justicia e individualizar a los responsables, definición establecida por la Escuela de Investigación Criminal y Ciencias Forense.

Cuando es cometido un presunto delito sexual contra un menor de edad en Colombia, una vez recibida la correspondiente denuncia, se despliega por parte de la Policía Judicial y la Fiscalía los actos urgentes que van encaminados entre otros, a recaudar todos los elementos materiales probatorios y evidencia física con el fin de poder encausar todas las diligencias tendientes a establecer la culpabilidad del presunto agresor.

Estos actos, de acuerdo a lo establecido en el Manual Único de Policía Judicial, son ejecutados de manera inmediata para evitar la desaparición o afectación de elementos probatorios o evidencia, y se despliegan por la información contenida en la noticia criminal, desarrollando

actividades como interrogatorios, revisión de cuerpo sin vida y verificación del lugar donde se hayan producido los hechos, entre otros.

El objetivo primordial es poder dar inicio a la investigación judicial, dando estricto cumplimiento a la legislación que en esa materia se establece, la cual ha tenido grandes avances a través del tiempo y que vale la pena resumir de forma cronológica: Ley 94 de 1938, Decreto 409 de 1971, El Decreto 050 de 1987, Decreto 2700 de 1991, Ley 600 del 2000, Ley 906 de 2004.

Dentro de ese importante actuar de la Policía Judicial se encuentra la fase de investigación criminal, la cual mediante la utilización de estrategias visualizadas desde el rol del delito cometido, del victimario y la víctima, se despliega todo el conocimiento técnico y profesional para cumplir el objetivo de encontrar la verdad. Lo anterior como definición de Lago Montejo.

Como resultado de la intervención de todas las instituciones y disciplinas que hacen parte de la investigación y del proceso penal, se puede hallar sendos documentos que evidencien los resultados, en unos casos estadísticos, en otros casos concluyentes, que de una u otra forma influyen en las decisiones en el área de política criminal aportando a la eficiencia, efectividad, celeridad, garantía de derechos a las partes intervinientes dentro del sistema penal acusatorio.

De acuerdo a lo establecido en la Carta Política de 1991, en el numeral 8, artículo 250, la Fiscalía General de la Nación tiene la facultad de dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley. De forma específica, esta entidad conforme al mandato constitucional establecido en el Art. 250, modificado por artículo 2 del Acto Legislativo 3, 2002, está obligada a llevar a cabo todas las actividades investigativas de los presuntos actos delictivos que sean denunciados a través de los diferentes mecanismos dispuestos, y que cumplan la exigencia de tener suficientes motivos y circunstancias fácticas.

De la misma forma, las disposiciones legales prohíben que dicha entidad renuncie, suspenda o interrumpa cualquier actividad de investigación criminal, para poder garantizar el principio de oportunidad requerido y que se encuentra siempre sometido a vigilancia por parte de los jueces de control de garantías. Es de aclarar que existen excepciones a esta regla, y las mismas están dispuestas y definidas por la legislación.

En el mismo sentido el artículo 251, numeral 5 de la misma Carta Magna le permite otorgar atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de Policía Judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación.

Uno de los efectos jurídicos que puede identificarse es que la Fiscalía, en el ejercicio de su labor, realiza todos los actos de investigación, en apoyo del aparato estatal, es decir utilizando todas las herramientas, y que posteriormente serán aportados como evidencia dentro del proceso penal. Este músculo estatal deja en clara desventaja, la posibilidad de ejercer todos estos mismos medios para el procesado, que en la mayoría de las veces no contará con los recursos económicos para financiar a la defensa, las herramientas que necesariamente deberá utilizar, si quiere demostrar la inocencia del prohijado.

Sumado a lo anterior, atendiendo a la normatividad que rige nuestro sistema de enjuiciamiento en Colombia, para que el ente acusador logre demostrar la responsabilidad del procesado y a su vez, quien ejerce la defensa pueda efectuar un provechoso ejercicio de contradicción, se necesita de todo tipo de pruebas, documentales, periciales y declaraciones de quienes puedan brindar información sobre los hechos objeto de investigación. (Vélez, Franco, s.f, 2017).

En este sentido, Ferrajoli (1995) afirma que para que el proceso judicial se pueda llevar a cabo de manera equilibrada y con igualdad de armas, se deben cumplir dos preceptos claros, que garanticen que el defensor tenga la misma capacidad y poder de quien acusa, y que su papel contradictor en la contienda sea siempre admitido, al igual que su plena participación en todo el proceso, ya sea de forma directa o indirecta, pero siempre con acceso absoluto a toda la información.

La perfecta igualdad de la que habla Ferrajoli, en Colombia no siempre está dada, y mucho menos en los procesos penales contra delitos sexuales en menores de edad, dado que son varios los aspectos que influyen, entre ellos y uno de los más importantes, el acceso a elementos materiales probatorios y evidencia física obtenidos de manera proactiva por la defensa, sin depender tan continua y casi que de manera exclusiva de los resultados que arroje la investigación realizada por la Fiscalía.

El principio de igualdad ha sido arduamente discutido y la Corte se ha pronunciado al respecto en diferentes momentos, refiriéndose al mismo como un mandato complejo que comprende un grupo de mandatos independientes que no son siempre armoniosos, entre los que resaltan la igualdad aplicada de forma uniforme entre las personas, la igualdad desde el punto de vista de la prohibición de la discriminación y la igualdad que consagra la adopción de medidas para garantizar que se mantenga vigente dicho principio ante tantas situaciones desiguales. (Sentencia C-178 de 2014).

La Ley 906 de 2004, en sus diferentes artículos describe los actores principales de la investigación judicial que se lleva a cabo, cada uno desarrollando un papel fundamental, con objetivos muy claros, y alcance de responsabilidades muy bien definidas por la normatividad, entre ellos los Fiscales, los Defensores, el Ministerio Público, los Jueces, los peritos, entre otros.

La defensa como ya lo hemos venido mencionando viene jugando un papel primordial, por lo que sus facultades dentro de los procesos de investigación se encuentran establecidos en el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) en los artículos 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273 y 279, los cuales apuntan a definir la especialidad de las actividades que sean llevadas a cabo tanto por quien defiende, como de los personas investigadas y hasta de los mismos investigadores judiciales privados que sean contratados para llevar a cabo labores de vital importancia dentro del proceso. (Sánchez, s.f. p.31)

La igualdad, principio que demanda todo proceso jurídico, se ve lesionado al encontrarse con el órgano estatal en todo su esplendor, dado que los estamentos judiciales o estatales tienen

toda la jerarquía y potestad para realizar peticiones, requerimientos, investigaciones con el pleno respaldo de instituciones oficiales; cosa contraria que sucede cuando la defensa es privada ya que al no estar investidos de autoridad no consiguen con el mismo grado de celeridad y oportunidad la información que es requerida para llevar el debido proceso de defensa técnica jurídica.

Las características del debido proceso y del derecho a la defensa

La Organización de Naciones Unidas a través de la Convención Americana de Derechos Humanos ha hecho importantes y claros pronunciamientos, en el marco de Derecho Internacional, sobre el pleno derecho a la igualdad al que tiene cualquier persona en un proceso judicial, en cada etapa del mismo, tanto para tener acceso a la absoluta información como a los medios para corroborarla, descubrirla, objetarla y crearla si es necesario. Al igual afirma que el principal responsable de permitir que eso suceda, es el Estado, quien cuenta con el poder suficiente para hacer que eso se cumpla. (ONU, 1948)

Cuando hablamos de garantías del debido proceso, se adiciona a los principios, aquellos derechos que deben respetados y garantizados dentro de cualquier etapa, y entre los que se encuentra el derecho a la defensa, establecido como esa oportunidad que tiene toda persona de ser defendida y escuchada con miras a que pueda ejercer la acción de argumentación, controversia, contradicción y objeción necesarias para impedir que se cometan actos de arbitrariedad de los representantes de la policía judicial, y se conduzca el proceso hacia el cumplimiento del principal objetivo que es impartir justicia verdadera. (Sentencia C-025 de 2009)

El debido proceso goza de unos principios fundamentales consagrados en la legislación, que son de suprema importancia y garantizan el cumplimiento de los estándares internacionales en materia de derechos humanos: el principio de legalidad, el principio del Juez natural, el principio de favorabilidad, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, non bis in ídem: cosa juzgada, es decir, nadie podrá ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

La Ley 1437 de 2011, regula las acciones o procedimientos administrativos y, al mismo tiempo, da las herramientas a los ciudadanos para que puedan controvertir las pruebas aportadas en su contra.

La Sentencia T-460 de 1992, expedida por la Corte Constitucional, pone de contexto la profundidad y alcance pleno del debido proceso, el cual no solo se debe entender con la oportunidad de defenderse, sino también como la posibilidad de ajustarse a las normas preexistentes al acto que se imputa, la competencia de la autoridad judicial o administrativa que orienta el proceso; la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal; el derecho a una resolución que defina las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas; la ocasión de presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en contra y, desde luego, la plena observancia de las formas propias de cada proceso según sus características.

La defensa contra delitos sexuales en menores de edad, se torna más complejo, por la prevalencia que debe tener los derechos de los menores, durante todo el proceso penal, garantía que será vigilada de manera exhaustiva por cada uno de los sujetos procesales, incluyendo así mismo la defensa, esta última quien deberá ratificar su compromiso de honestidad, lealtad, celeridad, eficiencia y otros principios profesionales en el ejercicio de su actividad, a favor de la verdad y de la real justicia.

La gestión de defensa por la presunta comisión de un delito sexual en contra de un menor, nunca podrá violentar los derechos que asisten a los menores, dado que es necesario tener como herramienta de defensa una mayor participación proactiva, sin que en algún momento pueda o pretenda verse inmerso en contra de la garantía de los derechos de los menores, en la medida en que todo los elementos materiales probatorios y evidencia física que entregue la defensa al proceso penal, sean respaldados por ayudas especializadas.

Por ejemplo, para apreciar el testimonio de la víctima, el juez tendrá en cuenta conforme lo establecido en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, los principios científicos y técnicos sobre la actitud, personalidad y comportamiento del testigo en el interrogatorio y contrainterrogatorio,

la circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se percibió, la forma y los sentidos con los que se percibieron, entre otros adicionales como el poder de rememoración de lo acontecido.

Es menester de la defensa, actuar con los mecanismos previstos para ello dentro del proceso penal, para que la prueba del testimonio del menor se mire a la luz de todos los principios enunciados en dicho artículo, y la evidencia cumpla con el objetivo de reflejar la verdad absoluta y no parcial de los hechos que presuntamente ocurrieron; pues como bien lo ha dicho Coolbear (1992), al realizar un análisis de las causas a las que se le puede atribuir una denuncia falsa, se encuentran como tales las nacidas de una separación matrimonial que desata los problemáticos debates sobre la tenencia y visita del menor, y las producidas por el enojo que tenga un hijo con sus padres.

Otro efecto jurídico relevante que está teniendo el proceso de investigación y la forma en cómo se lleva a cabo el proceso penal, es la atribuible al hecho de que la entrevista realizada al menor de edad, se viene utilizando como prueba de referencia legalmente admisible, en reemplazo del testimonio del menor en el juicio oral, dificultando la actividad de la defensa de controvertir lo dicho por el menor, y disminuyendo la posibilidad de verificar si la entrevista fue dada cumpliendo de manera estricta los lineamientos legales definidos para ello, que le darían validez o no a la misma dentro del proceso.

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.

Es evidente la problemática que se presenta al momento de instalar un juicio cuando se encuentra algún delito de tipo sexual, en principio porque el ente acusador difícilmente cuenta con la preparación o con los equipos necesarios, la dificultad de asegurar la comparecencia de los testigos por parte de la Fiscalía General de la Nación y los constantes aplazamientos por una u otra circunstancia.

Para entender el primer problema, debemos entender que el tema probatorio es bastante difícil, por lo que cada especialista debe manejar una serie de protocolos especiales y es en este momento donde se empiezan a presentar las dificultades de carácter técnico-científico en la elaboración de cada uno de los dictámenes, sumado a la falta de preparación y actualización en conocimientos de los servidores de la Fiscalía que en algunos casos se evidencia, afectando una correcta evolución del debido proceso.

La defensa podrá hacer uso de las entidades públicas o privadas para hacer peritajes dentro la comisión de un presunto delito sexual a menor de edad, y aportarlo como prueba fehaciente en el proceso penal. Lo anterior lo confirma el art. 406 de la Ley 906 de 2004, que indica quienes pueden prestar servicios de peritos, entre las que se incluyen claramente entidades públicas o privadas, profesionales particulares especialistas en el tema, y los ya conocidos expertos de Medicina Legal y Policía Judicial.

El derecho a la defensa y el principio de igualdad de armas, han tomado especial relevancia en el sistema penal de tendencia acusatoria, en razón a que la posición de la Corte ha sido prevalente, fuerte e inequívoca en establecer que el derecho a la defensa no puede tener ninguna restricción en su implementación, lo que quiere decir que la defensa se extiende, sin ningún tipo de discriminación sobre todas las actuaciones de tipo penal, en todas sus etapas y fases. Dicha posición de la Corte ha sido perpetuada en sus comunicaciones que van desde el modelo mixto de tendencia inquisitiva, en principio adoptado por la Carta Magna y desarrollado básicamente por el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000, como el sistema procesal penal de tendencia acusatoria incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado por el Legislador a través de la Ley 906 de 2004, con las modificaciones introducidas por la Ley 1142 de 2007. (Sentencia C-025 de 2009)

Si bien el derecho a la defensa y el principio de igualdad, se concluyen hasta este momento como imprescindibles para asegurar una correcta aplicación de la justicia al interior del proceso penal, nos demanda ahora este escrito a continuación, desarrollar un derecho fundamental que complementa con igual importancia la base de la justicia.

La base de la justicia que corresponde a la presunción de inocencia

El desborde proteccionista hacia el menor de edad, ha provocado un olvido casi que absoluto sobre la base de la justicia en cualquier proceso penal, de este principio constitucional que es la presunción de inocencia.

Si bien, no es discutible, que deben primar los derechos sobre los menores, haciendo de este principio un imperativo, no es menos válida la protección y garantías que debe otorgársele a cualquier ciudadano que presuntamente haya cometido un delito sexual, en aras de poder ejercer un debido proceso penal sin estar viciado, mientras se demuestre su culpabilidad.

Bernal, (2008), cuando se refiere a la presunción de inocencia, parte del mismo como principio integrador del debido proceso constitucional. Al respecto aclara que la misma se encuentra definida en el código penal, como la presunción que se tiene de que toda persona es inocente mientras se demuestra lo contrario, esto es que la persona que está siendo investigada o procesada por la supuesta comisión de un acto delictivo es inocente hasta tanto se compruebe con todas las pruebas fehacientes que es culpable de lo que hizo. De la misma forma hace referencia a que cuando se presume algo, se supone que existe y que no se puede discutir, a pesar de que no se haya probado; lo que nos lleva a asentir que la presunción es entonces un juicio del legislador, en virtud del cual un hecho es cierto con base a las reglas de la experiencia, que refleja el modo normal de las cosas, ante el mismo suceso.

Presumir que una persona es inocente, debe convertirse entonces en la base de acción y pensamiento dentro del proceso jurídico que se lleve a cabo para investigar la comisión de un delito, en razón a que no podrá quedar la más mínima duda de que dicha persona es culpable, para que quien juzga lo pueda sancionar según la ley, sin prejuicio de cometer las injusticias que pueden desembocarse, producto de que quienes tenían la responsabilidad de mostrar las pruebas, lo hicieron sin demostrar su absoluta culpabilidad.

Aunque la carga de la prueba recae sobre quien acusa, el papel del defensor es protagónico en el sentido de que su objetivo principal será desvirtuar todo el arsenal probatorio

presentado por el ente investigador, apoyándose de todos los elementos que a su alcance se encuentren en el camino, por demostrar la inocencia de quien hasta el momento solo se presume la culpabilidad en los hechos que se le endilgan, puesto que la presunción de inocencia no es absoluta, esto debido a que las pruebas dentro del proceso, podrían sacarla de contexto, es decir pueden ser desvirtuadas definitivamente mediante una sentencia que tenga sentido condenatorio.

De acuerdo a la Sentencia SU-960 de 1999, la Corte manifiesta que la presunción de inocencia, no incluye por tanto, toda anticipación legal de la culpabilidad penal, toda predicción del fallador, toda sospecha de culpa, entre otros.

La responsabilidad penal y la culpa, deben demostrarse con plena certeza “en el curso de un debido proceso, ante tribunal competente, conforme a las reglas preexistente al acto que se le imputa, y con plena garantía de su defensa” (Sentencia C626, 1996). Cualquier tipo de responsabilidad penal objetiva o cualquier norma que presuma la culpabilidad del imputado, por tanto, están proscritas del ordenamiento jurídico colombiano.

En este sentido, cuando se emite una sentencia condenatoria, debe estar sustentada en todos los elementos que durante el transcurso del proceso se presentaron y de la misma forma fueron valorados y sometidos al principio de contradicción, de tal manera que, al momento de pronunciarse el director del proceso, debe hacerlo teniendo certeza, plena convicción de que los hechos materia de investigación concluyen y dan con un único responsable, más allá de cualquier duda razonable.

No puede olvidarse que la presunción de inocencia es un derecho de carácter fundamental, establecido así por nuestra legislación, que implica que quien está obligado a presentar prueba que demuestra la inocencia, no puede ser quien está siendo enjuiciado, sino aquellos que alegan la culpabilidad, es decir las autoridades judiciales correspondientes. (Sentencia C-774, 2001).

Sin embargo, la defensa debe ser proactiva, diligente y debe desempeñar su labor en aras de garantizar dicho derecho fundamental, que como bien se ha manifestado, se ha perdido de

vista de manera especial en los procesos penales de delitos sexuales en donde se involucran menores de edad. Lo anterior porque tanto el marco normativo, como la sociedad se han engeguedido exacerbando ese espíritu vengativo encaminado solo a culpar y a castigar a quien presuntamente ha cometido el ilícito, proceso durante el cual, el imputado se ve gravemente afectado, en caso de ser declarado inocente.

La presunción de inocencia tiene tan profundas y claras connotaciones, que su alcance implica la aplicación del principio del in dubio pro reo, el cual consta de que toda duda que se tenga dentro del proceso jurídico en contra del acusado, sea resuelta a su favor. Esa misma presunción como derecho debe acompañarlo desde el principio hasta el final, cosa que se va olvidando en ocasiones a medida que va avanzando el juicio, pues es claro que su inocencia sí y solo sí sólo quedará desvirtuada en el momento en el que el juez falle en su contra.

El Magistrado Ponente Humberto Sierra, en fallo C-289/12, advierte sobre disposiciones adicionales de igual importancia sobre la presunción de inocencia, que enmarcan no solo el precepto de inocencia, como lo vimos anteriormente, sino que también enfatiza en la relevancia que debe tener las plenas garantías procesales hasta tanto se le acuse culpable por quien tiene esa responsabilidad.

Con todo lo que hemos mencionado, se concluye que la presunción de inocencia es la herramienta más importante de defensa con la que cuenta el acusado, para prevenir la comisión de arbitrariedades en las actividades desplegadas por el Estado durante el proceso jurídico en su contra, es el arma sobre la cual reposarán las garantías a la honra, a la dignidad humana, al buen nombre, al debido proceso y a la libertad. (Sentencia C-252, 2001).

La presunción de inocencia consiste entonces en un proceso de abstracción, de análisis, de lógica del legislador a través del cual considera veraz un hecho fundamentado en la experiencia que le indicaría de qué manera ocurre, convirtiéndose entonces en una guía para valorar pruebas de tal manera que éstas deben evidenciar las dudas en los hechos materia de investigación.

Esta presunción, vista desde otras disposiciones normativas que complementan el concepto, y por ende permiten una claridad más profunda sobre la incidencia del significado en el proceso penal desde el lado de la defensa, se vislumbra en variada jurisprudencia de la Corte.

Para la muestra dos sentencias de los años 2017 y 2019, ambas reafirmando la absoluta impenencia que demanda la presunción de inocencia durante todo el proceso jurídico, que debe ir encaminado a buscar la verdad y como consecuencia de ésta la aplicación de la justicia.

La Sentencia C-003 de 2007, reitera que la misma se encuentra establecida en la Carta Magna en su artículo 29 y además en los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad acogidos por nuestro país, como lo son la reafirmación de la ONU de que toda persona se presume inocente hasta tanto no se demuestre su culpabilidad, en procesos donde se le brinden todas las garantías para su defensa, esto reiterado tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como en Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Sentencia C-276 de 2019, reafirma de igual forma que la presunción de inocencia supone que hasta tanto no se desvirtúe que la persona que se acusa, fue quien cometió el ilícito, se considerará inocente, luego de haber desarrollado las etapas propias del juicio llevado a cabo, y sólo se podrá sancionar hasta que exista sentencia definitiva que así lo falle. En ese sentido, se develan dos situaciones, la primera cuando se emite orden de captura contra una persona a quien ya se le comprobó su responsabilidad en la comisión de un acto delictivo, previo desarrollo del debido proceso jurídico, y la segunda cuando se emite orden de captura contra una persona a quien no se le ha comprobado su culpabilidad, y solo se procede a coartar su libertad para fines dispuestos por la norma que comprenden la no obstrucción de la justicia, su debida comparecencia en el proceso, la protección de la sociedad y el garantizar el cumplimiento de la sanción penal si se llega a fallar en su contra. En este último panorama, concreta la Corte en manifestar que dicha situación no desvirtúa el derecho a la presunción de inocencia, en aras a que el indiciado estará amparado desde el inicio hasta el final del proceso penal.

La Corte concluye, que el alcance del derecho fundamental a la presunción de inocencia, implica resolver las dudas razonables en favor del investigado y de recordar que se trata de garantías plenamente aplicables a los procesos penales y a los procedimientos administrativos sancionatorios, incluido el proceso disciplinario. La responsabilidad no puede presumirse hasta tanto no se concluya con certeza probatoria que el investigado es responsable. (Sentencia C-495, 2019).

Conclusiones

En Colombia es evidente el alto índice en materia de delitos sexuales en contra de menores de edad, cifras que son alarmantes generando grandes debates sobre la eficacia de la justicia colombiana y demandando de parte del Estado y de la misma sociedad soluciones de fondo que garanticen el cumplimiento de los Derechos Humanos a niños, niñas y adolescentes de nuestro País.

Dado que en su gran mayoría los delitos sexuales en contra de menores de edad son cometidos por personas en su primer grado o círculo familiar de consanguinidad o de afinidad, es claro que hay sendos vacíos en el núcleo de la familia colombiana en cuanto a los principios y valores que se deben forjar desde la niñez, evitando que se perpetúen en el tiempo las mismas cadenas de abuso de generación tras generación.

El principal punto de debate es la dificultad que existe al inicio de un juicio cuando se juzga un tipo de delito sexual contra un menor de edad, determinada por los obstáculos que se presentan para la instalación de un juicio oral, los escollos de asegurar la comparecencia de los testigos por parte de la Fiscalía General de la Nación y los constantes aplazamientos por una u otra circunstancia.

Bajo todas las circunstancias ya descritas que arcan profundamente la desigualdad en armas entre el acusador y el defensor, el papel que debe asumir la defensa en los procesos de delitos sexuales contra menores de edad debe caracterizarse profundamente por una acción

proactiva que busque no depender tanto de las entidades estatales y que pueda obrar lo más autónomamente posible en aras de lograr alcanzar la mayor igualdad.

El Estado brinda medios idóneos los cuales cuentan con profesionales de buen y alto nivel, pero encontramos que no es suficiente, pues el alto número de delitos hace que la labor desarrollada a favor de particulares, sea lenta, dispendiosa y en muchos casos imposible. Esta labor no es acorde con el ritmo, ni la velocidad del proceso, teniendo en muchas ocasiones, cuando la capacidad económica así lo permite, acudir a investigadores y peritos privados que le aportarán a la defensa las herramientas necesarias para asumir la labor de una manera efectiva.

Es necesario que el Estado sea consciente de las dificultades que se presentan en el ejercicio para la efectividad de los derechos y garantías constitucionales, desplegando para ello las estrategias necesarias que conlleven a intervenir directa y eficientemente la problemática ya identificada, en aras de asegurar justicia.

Nos encontramos en un Estado Social de Derecho en donde debe prevalecer la igualdad, el debido proceso y un correcto acceso a la administración de justicia, que a través de la política criminal se implementen y se pongan en práctica, las garantías para la efectividad de esos derechos.

La defensa no podrá quedarse actuando al ritmo al que responden las entidades estatales, estará obligado a actuar de manera legal, ética y en aplicación de todos los principios que garanticen una correcta ejecución de su labor, siempre con el fin la búsqueda de la verdad y en todo caso buscando siempre la aplicación de la justicia de la forma más eficaz posible.

La investigación judicial que se lleve a cabo en un proceso de presunta comisión de delito sexual contra un menor de edad en Colombia, tiene un efecto transcendental en los resultados de la defensa, a quien deberá garantizársele su debida y continua participación desde el inicio de la misma, a efecto de poder permitir su acceso de forma oportuna a los resultados de cada etapa del proceso.

Dada la fuerza con la que cuenta el Estado para la carga de la prueba, la desigualdad de armas que existe entre las partes, se hace necesario que cada participante del proceso jurídico en búsqueda de la verdad, parta o regrese a la base de actuación de la presunción de inocencia, para poder equilibrar así la balanza, y no caer en el error de juzgar a partir de la seguridad de la culpabilidad, lo que hace que se violen los derechos humanos.

Referencias Bibliográficas

Arias, B. (2020, Julio). Abuso sexual a menores: en 2020 van casi 4.300 casos. La FM. Recuperado:<https://www.lafm.com.co/colombia/abuso-sexual-menores-en-2020-van-casi-4300-casos>

Berlinerblau, V. (1998). Abuso Sexual Infantil: Una perspectiva forense. Médica Legista. Editorial Universidad.

Colprensa (2019, septiembre 14). Diario El País. Cada día se cometen 37 delitos sexuales en Colombia de <https://www.elpais.com.co/colombia>

Coolbear, JL (1992). Credibilidad de niños pequeños en casos de abuso sexual: estrategias de evaluación de profesionales de servicios humanos y legales. Canadian Psychology / Psychologiecanadienne.

Escuela de Investigación Criminal y Ciencias Forenses. (2004). Informe Sistema Acusatorio. Curso de Capacitación, Bogotá D.C.: de la Fiscalía General de la Nación de Colombia. Recuperado de https://web.oas.org/mla/en/Countries_Intro/col_intro_fund4_es.pdf

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

Fiscalía General de la Nación, Manual Único de Policía Judicial, versión número 2. Recuperado de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Manual-de-Policia-Judicial-Actualizado.pdf>

Gómez Jaramillo, A., Carvajal Martínez, J., Romero Sánchez, A., Pérez Salazar, B., Beltrán Hernández, D., Romero Romero, C., Sierra Zamora, P. (2015). El entramado penal, las políticas públicas y la seguridad. Bogotá D.C.: Universidad Católica de Colombia. Colección Jus Penal 11.

Lago Montejo, V. (2017) La práctica de la investigación criminal: inspección técnico ocular (ITO). Madrid: Reus. Recuperado de https://www.editorialreus.es/static/pdf/9788429019841_primeras_paginas_la-practica-dela-investigacion.pdf

Morales, C. (2018). El Tiempo. Cifras de violencia sexual contra menores de 14 años en Colombia de <https://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica>

Organización de las Naciones Unidas – ONU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948. Obtenido en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Otero Soriano, J. M., (2008). Fundamentos de Investigación criminal. Madrid. Instituto universitario General Gutiérrez Mellado- UNED.

Reyes Echandía, A. (1996). Criminología. Bogotá. Temis. Octava edición.

Revista Semana. (2020, 25 de junio). Análisis Abuso sexual de niños y niñas en Colombia: cifras de este grave delito. Recuperado: <https://www.semana.com/nacion/articulo/abuso-sexual-en-colombia-2020-cifras-de-medicina-legal-icbf-y-procuraduria/682120/>

Sánchez Lugo, C. F. (s.f.). La teoría del caso. Bogotá: Defensoría del Pueblo. Imprenta Nacional de Colombia. Recuperado de <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/6464.pdf>

Vélez Galvis, Franco González, (2017). 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. Universidad Autónoma Latinoamericana. Medellín, Colombia.

Normatividad

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [CPACA]. Ley 1437 de 2011, del 18 de enero de 2011 (Colombia).

Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. Art. 109 y s.s. del 31 de agosto de 2004 (Colombia).

Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. Art. 113 y s.s. del 31 de agosto de 2004 (Colombia).

Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. Art. 139 del 31 de agosto de 2004 (Colombia).

Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. Art. 142 del 31 de agosto de 2004 (Colombia).

Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. Art. 188 y s.s. del 31 de agosto de 2004 (Colombia).

Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. Art. 404 del 31 de agosto de 2004 (Colombia).

Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. Art. 406 del 31 de agosto de 2004 (Colombia).

Código Penal [CP]. Ley 599 de 2000. Libro II, Título IV. Julio 24 de 2000. (Colombia).

Código Penal [CP]. Ley 599 de 2000. Inciso 4º, Artículo 29. Julio 24 de 2000. (Colombia).

Ley 94 de 1938. Código de Procedimiento Penal. Junio 13 de 1938. Bogotá: Congreso de Colombia. Diario Oficial 23.801 del 13 de junio de 1938.

Constitución Política de Colombia [Const], 1991 (Colombia). Revisada y actualizada. Bogotá D.C. Legis.

Constitución Política de Colombia [Const], Art. 29, 1991 (Colombia).

Constitución Política de Colombia [Const], Art. 250, numeral 8 modificado por artículo 2 del Acto Legislativo 3, 2002, 1991 (Colombia).

Constitución Política de Colombia [Const], Art. 251, 1991 (Colombia).

Decreto 409 de 1971. Por el cual se introducen reformas al código de Procedimiento Penal y se codifican todas sus normas. Marzo 27 de 1971. Diario Oficial 44.097 de marzo 27 de 1971.

Decreto 050 de 1987. Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Enero 13 de 1987. Diario Oficial 37.754 del 13 de enero de 1987.

Decreto 2700 de 1991. Por el cual se expide por el cual se expiden las normas de Procedimiento Penal. Noviembre 30 de 1991. Diario Oficial 40.190 del 30 de noviembre de 1991.

Ley 600 del 2000. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Julio 24 de 2000. Bogotá: Congreso de Colombia. Diario Oficial 44.097 del 24 de julio de 2000

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-460 de 1992. M.P.: M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-463 de 1992. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. Sentencia C626 de 1996. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión. Sentencia SU-960 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. Sentencia C-774 de 2001, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. Sentencia C-252 de 2001. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, (27 de enero de 2009), Sentencia C-025/09, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. Sentencia C-289/12 del Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, (26 de marzo de 2014), Sentencia C-178/14, M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, (18 de enero de 2017), Sentencia C-003/17, M.P. Aquiles Arrieta Gómez.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, (19 de junio de 2019), Sentencia C-276/19, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, (22 de octubre de 2019), Sentencia C-495/19, M.P. Alejandro Linares Cantillo.