

Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales en el proceso penal colombiano

Los actos urgentes en la revictimización



Carmen Torres Malaver



Instituto Latinoamericano de Altos Estudios

Niños, niñas y adolescentes
víctimas de delitos sexuales en
el proceso penal colombiano.
Los actos urgentes en la revictimización

Niños, niñas y adolescentes
víctimas de delitos sexuales en
el proceso penal colombiano.
Los actos urgentes en la revictimización

Carmen Torres Malaver

Queda prohibida la reproducción por cualquier medio físico o digital de toda o un aparte de esta obra sin permiso expreso del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–.

Esta publicación se circunscribe dentro de la línea de investigación Sistemas Sociales y Acciones Sociales del ILAE registrada en Colciencias dentro del proyecto Educación, equidad y políticas públicas.

Publicación sometida a evaluación de pares académicos (*Peer Review Double Blinded*).

Esta publicación está bajo la licencia Creative Commons Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada 3.0 Unported License.



ISBN: 978-958-8492-77-3

© CARMEN TORRES MALAVER, 2015
© Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2015
Derechos patrimoniales exclusivos de publicación y distribución de la obra
Cra. 18 # 39A-46, Teusquillo, Bogotá, Colombia
PBX: (571) 232-3705, FAX (571) 323 2181
www.ilae.edu.co

Diseño de carátula y composición y edición electrónica:
Editorial Milla Ltda. (571) 702 1144
editorialmilla@telmex.net.co

Editado en Colombia
Edited in Colombia

A mi familia y amigos

TABLA DE CONTENIDO

PRÓLOGO	11
PLEGARIA PARA UN NIÑO DORMIDO	13
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO PRIMERO	
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA NIÑEZ Y SUS DERECHOS	21
I. El concepto de niño	21
A. Aproximación histórica	23
B. Evolución de los derechos del niño	31
CAPÍTULO SEGUNDO	
NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA EN TORNO A LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	39
I. Aspectos jurídicos en materia de derecho internacional	39
A. <i>Corpus iuris</i> internacional	39
B. Convención Americana de Derechos Humanos	41
C. Convención de los Derechos del Niño de 1989	42
II. SOBRE LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA	46
III. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA	53
A. Bloque de Constitucionalidad	53
B. Protección estatal	54
C. Interés superior del niño	55
D. El niño como sujeto de derechos fundamentales	56

CAPÍTULO TERCERO

REVICTIMIZACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y

ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES.

UNA MIRADA DESDE LA TEORÍA	59
I. CONCEPTOS BÁSICOS	59
A. El concepto de criminología	59
B. El concepto de víctima	60
C. La victimología. Génesis	62
D. La víctima como objeto de estudio. Afianzamiento	64
E. El encuentro con las instancias formales de control. Victimización secundaria	66
II. IMPLICACIONES DE LOS ACTOS URGENTES EN LA REVICTIMIZACIÓN DESDE EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO	69
A. <i>Introito</i> a la problemática	69
B. Actos urgentes	70
C. Revictimización de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales. Aproximación conceptual	73

CAPÍTULO CUARTO

REVICTIMIZACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS

Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES.

UNA MIRADA DESDE LA PRÁCTICA	79
I. RESULTADOS DEL TRABAJO EMPÍRICO EN LA UNIDAD CAIVAS DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN	79
A. Denuncias	81
B. Exámenes médico legales	83
II. FISCALES E INVESTIGADORES HABLAN DE LA REVICTIMIZACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES EN CAIVAS	84
A. En fiscales	84
B. En técnicos investigadores (psicólogos)	86
III. CASOS DE VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA	91

CONCLUSIONES	95
--------------	----

BIBLIOGRAFÍA	99
--------------	----

LA AUTORA	103
-----------	-----

PRÓLOGO

El escenario de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas en Colombia frente al proceso penal es uno de los casos en donde la práctica institucional no logra cumplir con las expectativas garantistas constitucionales. Este problema reviste actualidad y un interés especial porque la infancia es para la sociedad de nuestro tiempo un bien representativo, estimado y prevalente. El presente libro centra su atención en los niños víctimas de delitos sexuales y su trayecto por las investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, las cuales enfrentan a estas víctimas vulnerables a roles que pueden ser perjudiciales para su integridad.

De este modo, el trabajo que nos presenta CARMEN TORRES MALAVER genera una reflexión sobre el contexto de las normas jurídicas y las deficiencias que existen y provocan la desarticulación con el espacio en que se aplican. Debido a observaciones de esta índole, algunas teorías jurídicas han acudido a las conjeturas imprácticas para explicar la función del derecho en la sociedad, en el sentido más conmovedor y ante la inevitable ruptura de medios-fin tanto en la moderación del comportamiento humano como en la garantía de derechos, pues la norma jurídica fuera de las dinámicas institucionales –en razón de presupuesto, capacitación de personal, espacio arquitectónico– o de una realidad social compleja es inconcebible.

Este libro es un estudio crítico y descriptivo de un medio social en el que los niños tienen unas condiciones de vida y unas necesidades particulares de orden físico y psicológico, y de uno institucional en la aplicación de actos urgentes en las investigaciones penales. Desde la preocupación académica pero también a partir de la formación de un juicio experto en la práctica investigativa y estructural de la Fiscalía General de la Nación, la autora nos aporta un panorama completo para la profundización en los derechos de los niños, las niñas y los adoles-

centes y modelos de acción para su efectiva garantía en el flagelo incalculable que conlleva ser víctima de delitos sexuales.

Además, *Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales en el proceso penal colombiano. Los actos urgentes en la revictimización* insta a pensar en la infancia en toda su complejidad, en sus características y derechos, ya que nos recuerda que el niño tiene capacidades que el adulto transforma, en el mejor de los casos, y que la manera de conocer el mundo o quizás el no-mundo es a través de la comparación, la simplificación, la metáfora, la fábula. Leer lo que sigue fue reafirmar que para que el niño entienda hay que decírselo en forma de cuento.

GIOVANNY ANTONIO SALAS TORRES

Febrero de 2015

PLEGARIA PARA UN NIÑO DORMIDO

*Plegaria para un niño dormido
quizás tenga flores en su ombligo
y además en sus dedos que se vuelven pan
barcos de papel sin altamar.*

*Plegaria para el sueño del niño
donde el mundo es un chocolatín
adonde vas*

*mil niños dormidos que no están
entre bicicletas de cristal.*

*Se ríe el niño dormido
quizás se sienta gorrión esta vez
jugueteando inquieto en los jardines de un lugar
que jamás despierto encontrará.*

*Que nadie, nadie, despierte al niño
déjenlo que siga soñando felicidad
destruyendo trapos de lustrar
alejándose de todo el mal.*

*Se ríe el niño dormido
quizás se sienta gorrión esta vez
jugueteando inquieto en los jardines de un lugar
que jamás despierto encontrará.*

*Plegaria para un niño dormido
quizás tenga flores en su ombligo
y además en sus dedos que se vuelven pan
barcos de papel sin altamar.*

LUIS ALBERTO SPINETTA, *Almendra*

INTRODUCCIÓN

Los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes¹ en los últimos tiempos han sido objeto de conocimiento de la comunidad internacional, y abarcan desde las perspectivas teóricas sociológicas hasta los tratamientos legales y las políticas de infancia. Estos lineamientos que los sitúan en una posición de privilegio corresponden a la conquista de una evolución histórica que se ha llevado a cabo gracias a corrientes y movimientos (de médicos, intelectuales, educadores, reformadores sociales, etc.) que han tenido como escenarios diferentes congresos y organizaciones cuyo objetivo corresponde al reconocimiento de los derechos de la niñez, así como también es consecuencia de un cambio en la actitud de la sociedad hacia el niño que implica una concepción distinta de la infancia como categoría social independiente con necesidades especiales.

Así las cosas, la sociedad de nuestro tiempo, orientada por las transformaciones del concepto de niño y su desempeño en la vida social, adoptó como principio universal que los NNA deben gozar de garantías especiales para su protección y que éstas prevalecen frente a las demás, esto ha sido denominado el interés superior del niño. Asumir esta directriz permite la existencia de instrumentos en el esquema internacional para el cuidado de su integridad personal, su dignidad y sus libertades individuales.

La presente investigación, aborda los derechos de los NNA dentro del sistema penal colombiano cuando han sido víctimas de delitos sexuales. En este campo, es importante tener en cuenta que ante el daño que ha sufrido un NNA víctima de un delito sexual, en una condición de evidente vulnerabilidad, los actos que obliguen a su intervención den-

1 En adelante se procurará utilizar las siglas NNA para referirse a esta locución.

tro de la investigación penal tienen gran impacto sobre el menor. Este enfoque tiene justificación de acuerdo con dos dimensiones: en primer lugar, en cuanto los derechos de tipo sexual son valores representativos para las personas, y en segundo lugar, se entiende que para el NNA es más traumática la privación de los mismos debido a sus características físicas y psicológicas.

Los derechos sexuales de los NNA han formado parte de la discusión que se ha presentado en relación con los derechos de la niñez en general. Mucho se ha cuestionado si se puede hablar de una titularidad de derechos de los niños, porque se tiende a aproximar su estudio desde la teoría de la voluntad de derechos, es decir, argumentando a partir de la irrenunciabilidad de los mismos que están vinculados con la protección de la niñez.

El texto que tiene de presente el lector asume que los niños sí pueden ser titulares de derechos, pues siguiendo las tesis de MACCORMICK², los derechos sí son susceptibles de razonamientos morales, situación que se refiere a que los niños tienen derechos porque recaen sobre ellos intereses que les permiten gozar de tales y sus padres tienen la obligación de cumplirlos por la relación con sus hijos. Con todo, los niños han sido considerados con el tiempo más activos en la sociedad, con cierta autonomía sobre sus derechos y con la posibilidad de tomar ciertas decisiones para su bien hasta el límite de sus capacidades.

Por otra parte, para abordar en concreto los derechos sexuales, se tiene que han sido asociados regularmente con los derechos reproductivos; pero en contra de esta situación, los niños tienen derechos de esta clase porque están enmarcados mayormente con la libertad sexual, que con ocasión del delito no solo es afectada al instante sino también a futuro. Por esto las infracciones de la ley penal que vulneran la integridad sexual de los NNA tienen agravantes punitivos y son para la sociedad un daño relevante. De ahí que los sujetos victimizados por estas conductas delictivas merezcan especial atención, cuidado y comprensión por el sistema judicial para que no se presenten situaciones de sufrimiento adicional en el rol que tienen en el proceso penal, es decir, procesos de revictimización o victimización secundaria.

2 NEAL MACCORMICK. "Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos", en *Anuario de Filosofía del derecho*, n.º 5, 1988.

Siguiendo con esta línea, los actos urgentes en los casos en que se involucran niños víctimas de delitos sexuales tales como inspecciones, entrevistas, interrogatorios, etc., tienen un papel principal en el efectivo cumplimiento o infracción de derechos. En este orden de ideas, este escrito se plantea la siguiente problemática que decide el rumbo de la secuencia del tema: ¿La aplicación de actos urgentes puede ser causante de victimización secundaria en los NNA víctimas de delitos sexuales en el proceso penal colombiano?

Con el fin de profundizar en el desarrollo de los derechos de tal índole (como víctimas en sí y como niñez) en el proceso penal, este documento pretende explorar situaciones que comprometen a los NNA frente a las instancias institucionales a pesar del afortunado procedimiento en materia de derecho internacional y en las legislaciones nacionales que los definen como personas dignas de derechos con oportunidad para ejercerlos de forma autónoma.

Estas líneas se encargan de analizar (ya a manera de hipótesis) cómo los actos urgentes, ya sea por la indebida incorporación de protocolos o por su inaplicabilidad, sí tienen una implicación negativa en los NNA víctimas de delitos sexuales. En la práctica, cuando un niño se enfrenta a una investigación en la cual es protagonista, los actos urgentes provocan una segunda victimización debido a que no se siguen protocolos en estas actuaciones de policía judicial o éstos no sirven de garantía para el efectivo cumplimiento de los derechos protegidos en la Constitución y en la ley.

La investigación pretende establecer cómo la indebida realización de los actos urgentes provoca la aparición del fenómeno de revictimización durante el avance de las investigaciones que adelanta la Fiscalía General de la Nación de acuerdo con las funciones que le han sido asignadas por la Carta constitucional. Los procesos de victimización secundaria son consecuencia de la inobservancia de las medidas necesarias para la protección integral de los menores víctimas y el trato con enfoque diferencial que debe brindar la Policía Judicial inicialmente a través de las actividades que adelanta (como los actos urgentes) una vez conocida la noticia criminal.

Con este propósito se pretende dar algunos argumentos a favor de que no existen medidas proporcionales adoptadas para la protección de los NNA en los protocolos que se surten en el interior de las investigaciones penales a las contempladas en la norma jurídico-penal, ya

que si éstas carecen de respaldo en un sentido más pragmático significa que guardan vacíos en su aplicabilidad. Y en este contexto es posible considerar que estas disposiciones resultan insuficientes en la mayoría de los casos frente a la aplicación práctica por parte de los operadores judiciales que pueden violentar los derechos de los NNA.

En los procedimientos investigativos es recurrente que se someta a las víctimas a narraciones que, por asimilarse a un espectáculo, ahondan su afección, por tal motivo esta situación ha sido objeto de acusación pública y avance jurisprudencial. Pero, aun cuando ocurra su publicidad, este espacio de vulneración precisa una revisión investigativa que contribuya a una mayor exploración de estos acontecimientos. En ese sentido, el presente estudio se delimita en la Unidad de Delitos Contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales –CAIVAS– de la Fiscalía General de la Nación –FGN– en Bogotá, que son la unidad delegada y el centro de atención a víctimas de la FGN para adelantar las investigaciones por delitos sexuales originadas en denuncias que han sido recibidas por las Unidades de Reacción Inmediata –URI–, comisarías de familia, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–, estaciones de policía y oficina de asignaciones.

Con base en esta perspectiva, que implica un análisis de la aplicación de los actos urgentes, se estudia la relación de los métodos de la Policía Judicial con los derechos de los NNA. Para este objetivo, la metodología que se emplea en el presente trabajo es de tipo cualitativo con enfoque descriptivo, exploratorio, que está desarrollada por una revisión documental, análisis de casos y un trabajo empírico en CAIVAS de la FGN que se aplica a través de entrevistas abiertas a fiscales e investigadores. A partir de la ilustración en la práctica del rol de los NNA víctimas de delitos sexuales en el despliegue de la investigación penal, que comprende tanto las rutas como las modalidades de atención, se van a suministrar resultados íntimamente ligados con causalidades entre los métodos investigativos y la victimización secundaria o revictimización. Esta averiguación tiene como especial referencia a los NNA menores de catorce años, pues la misma ley penal declara mayor protección en ese rango y así lo demuestran los artículos 208 y 209 del Código Penal y la jurisprudencia³.

3 Por ejemplo, la Sentencia de unificación del 5 de noviembre de 2008 de la Corte Suprema de Justicia, M. P.: AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN y la de casación del 27 de julio de 2006, M. P.: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, entre otras.

Del mismo modo es necesario destacar la importancia de considerar las características físicas y psicológicas de las víctimas menores en el momento de la ejecución de los actos urgentes y la efectiva puesta en marcha de protocolos que sirvan de guía para la actuación de la Policía Judicial en las investigaciones tanto como su aplicación por personas especializadas. Así, por ejemplo, la interdisciplinariedad en la atención a los NNA víctimas, pues el estado de zozobra en el cual están inmersos por el daño que sufrieron debe aminorarse con la intervención, en lugar de ahondar en él durante la investigación. En consecuencia, el material que está puesto de presente incorpora algunas propuestas en la aplicación de los actos urgentes con base en el conocimiento de estas prácticas y de un acercamiento a las perspectivas de los derechos de la niñez en la actuación procesal penal en Colombia.

Es pertinente también agradecer la invaluable colaboración brindada por la Escuela de Investigación Criminal de la Policía Nacional de Colombia, que encaminó este proyecto dentro de la línea de investigación circunscrita al área temática de investigación criminal que corresponde a ciencias forenses, criminología, criminalística y policía judicial en su programa de Maestría en Investigación Criminal.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA NIÑEZ Y SUS DERECHOS

I. EL CONCEPTO DE NIÑO

La importancia de la figura del niño como actor social en la actualidad es indiscutible y el intento por comprender su historia forma parte de la tendencia a reconocer su singularidad.

MÓNICA GONZÁLEZ

Con el propósito de realizar una fundamentación acerca del concepto de niño, es necesario comprender que este objeto de estudio debe su significado a la sociedad y ha sido construido históricamente. La niñez como categoría social ha tenido prolongados lapsos de desarraigo y transformaciones, pero también el devenir histórico ha hecho relieve de una tendencia hacia el reconocimiento del niño como sujeto de derechos en un periodo determinado, el cual ha obsequiado a la infancia una importancia suficiente como para ser considerada en sí misma, con participación en la sociedad, y no sólo como una transición a la adultez.

Una consideración previa: Algunos autores como LINDA A. POLLOCK⁴ y LLOYD DEMAUSE⁵ –que han estudiado la evidencia histórica para conformar y analizar el desarrollo de la concepción de niño– afirman que el siglo xx fue el momento en el cual se produjo el cambio más significativo, siendo un siglo feliz para el niño porque se avanzó en la satisfacción de sus necesidades en un ámbito integral: tanto en el cuidado que debe tener el niño respecto a la salud –pues se empiezan a emplear la medicina preventiva y curativa y la higiene–, como también psicológi-

4 LINDA A. POLLOCK. *Los niños olvidados*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1990.

5 LLOYD DEMAUSE. *Historia de la infancia*, Madrid, Alianza, 1982.

camente. Por otro lado, de acuerdo con PHILIPPE ARIÈS⁶, ya en el siglo XVI se pueden situar los primeros indicios de una variable de actitud de los adultos hacia la infancia, en donde el niño adquiriría un lugar de mayor atención, aún no central, pero sí como objeto de preocupación de sus padres por la educación y el cuidado de su salud, posición que ya estaba sumergida en la moral colectiva que dotaba al niño de más valor en la cotidianidad.

No obstante, para los fines del presente capítulo, y de la interpretación de los estudios que se incorporan, no es preciso establecer la evolución de la concepción de niño como un proceso lineal y producto de un quiebre específico, pues de manera gradual en cada sociedad le fueron atribuidas definiciones, características y cuidados en relación con el rol del niño en la vida social que sirvieron de ruta para la concepción contemporánea. Teniendo en cuenta lo anterior, aunque el concepto de niño ha sido condicionado por una evolución histórica paulatina, es importante advertir en este punto que en la historia de sus derechos –la cual guarda un cercano vínculo con la misma noción de infancia–, han sido determinantes las formas de revolución en los acontecimientos historiográficos.

Así que ante estas impresiones que nos sugiere la historia, lugares y épocas para localizar el fin de un pensamiento y el advenimiento de otro como si fueran apogones, rupturas, al respecto dice MICHEL FOUCAULT⁷ que estos métodos no se ocupan de las historias que anteceden, que están detrás de las historias, en el “juego de desgajamientos”, en “las saturaciones lentas”:

Por detrás de la historia atropellada de los gobiernos, de las guerras y de las hambres, se dibujan unas historias, casi inmóviles a la mirada, historias de débil declive: historia de las vías marítimas, historia del trigo o de las minas de oro, historia de la sequía y de la irrigación, historia de la rotación de cultivos, historia del equilibrio obtenido por la especie humana, entre el hambre y la proliferación...⁸.

6 PHILIPPE ARIÈS. *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Madrid, Taurus, 1987.

7 MICHEL FOUCAULT. *La arqueología del saber*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.

8 *Ibid.*, p. 12.

A. Aproximación histórica

Corresponde aquí presentar unos rasgos del concepto de niño debido a que en las leyes no se establece una construcción a favor de poder comprender con mayor profundidad esta categoría, las mismas se limitan a establecer una edad que ayuda a determinar la etapa de la niñez como un valor consensuado y pético. Para esta labor, el documento explora la definición de niño a partir de la confrontación de algunos autores principales para abordar la caracterización de esta temática en relación con la infancia en la historia. El diseño de las teorías frente al entendido de niño está regido por la interdisciplinariedad, desde la cual debe inaugurarse la revisión de las propuestas y la contribución a la discusión que se ha generado.

Uno de los primeros trabajos que manifestaron el interés por reconstruir el significado de niño desde una perspectiva histórica y social fue el de ARIÈS⁹. En esta obra el autor plantea un desconocimiento de la infancia en la cultura occidental hasta el siglo XVI. Los niños no se diferenciaban de los adultos debido a que la niñez como la comprendemos actualmente no existía, porque el niño estaba incluido en el conjunto de los adultos pero en condiciones de no desarrollo, de fragilidad, que si sobrevivía encontraba su plenitud en una etapa posterior de la vida.

Esta ausencia de la infancia durante un largo periodo de la historia es compartida por DEMAUSE¹⁰, pero refuta la tesis central de ARIÈS, para quien los niños vivían felices mezclándose libremente con personas de diversas clases y edades hasta que apareció el estado de la infancia y los privó de la libertad¹¹. La obra de DEMAUSE se centra en la crianza de los hijos, es decir en una teoría psicogénica sobre el cambio de percepción dado por las interacciones generacionales entre padres e hijos¹², y en las experiencias de maltrato a las que estaban sometidos, por ello divide la historia de la infancia como formas de relaciones paternofiliales: *infanticidio, ambivalencia, abandono, intrusión, socialización y ayuda*¹³.

9 ARIÈS. *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, cit.

10 DEMAUSE. *Historia de la infancia*, cit.

11 *Ibid.*, p. 22.

12 *Ibid.*, p. 17.

13 *Ibid.* pp. 88 a 90.

La naturaleza social de la infancia pasaba inadvertida o no era digna de consideración debido a factores de diversa índole, como la tasa de mortalidad o las creencias religiosas. Y para sustentar esta afirmación, ARIÈS realiza un análisis histórico del concepto de niño con algunas explicaciones de este fenómeno y su caracterización en el ámbito social, con particularidad a su evolución en el arte.

Esta situación, en donde la sociedad no podía representar a la niñez, o “no había espacio para la infancia”¹⁴, está evidenciada en la pintura, lugar donde aparece el niño como un adulto pequeño, con musculatura, sin rasgos característicos, porque se referían a un periodo de transición. Esta noción es equiparada a la literatura que no representaba al niño, y todavía menos llegaba a pensarse en un género que estuviera dirigido a ese público como posteriormente sería una constante. Por tanto, en la Edad Media, el niño como concepto social era inexistente en la forma como el arte “habla”, o “dice” la niñez. La manera como se retrata al niño demuestra la postura que tenía la sociedad de ese tiempo respecto a la infancia: no estaban interesados en aportar una imagen de ella, era como si estuvieran por fuera de la realidad.

Tal como lo afirma ARIÈS: “En el mundo de fórmulas románicas y hasta finales del siglo XIII no aparecen niños caracterizados por una expresión particular, sino hombres de tamaño reducido”¹⁵. Desde este punto de vista es claro que la pintura es entendida como una expresión de los sentimientos de la sociedad, y que es posible seguir los procesos históricos en ese sentido, ya que si bien es discutible que se pueda excluir esta posibilidad como fin del arte, puede funcionar como reflejo de los intereses de la sociedad, si consideramos sobre qué posa sus ojos un determinado colectivo y cuáles son los rasgos comunes.

En el mismo sentido, el autor concluye:

Esa resistencia a aceptar en el arte la morfología infantil se encuentra en la mayoría de las civilizaciones arcaicas. Un magnífico bronce sardo del siglo XI antes de Cristo representa una especie de Piedad: una madre tiene en sus brazos el cuerpo bastante grande de su hijo. Pero quizá se trate de un niño¹⁶.

14 ARIÈS. *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, cit., p. 1.

15 Ídem.

16 Ídem.

No obstante, en el siglo XIII surgen imágenes de los niños creando diferentes tipos de representaciones o tipologías: el ángel adolescente que tenía distinciones afeminadas, redondas y graciosas; el niño JESÚS más relacionado con la maternidad de la VIRGEN; y el niño desnudo, que rigiera la estética medieval en adelante, íntimamente ligado a la inocencia y a la alegoría de la muerte y el alma¹⁷. Este último punto fue muy importante para la diversificación de la infancia en la expresión artística y, a su vez, en la inclusión de los niños en la vida familiar, que empezó a recordar a los niños mediante retratos.

Prácticamente, antes de que los niños fueran vistos como “fantasmas” la niñez constituía un asunto insignificante por considerar que su alma no era inmortal. Así mismo, tuvo que ver la alta tasa de mortalidad de niños que implicaba un incremento en la natalidad, razón por la cual los niños eran fácilmente olvidados e intercambiables debido a que muy pocos llegaban a la adultez y al desapego de los padres frente a sus hijos.

Con lo anterior, para ARIÈS y DEMAUSE la concepción de la niñez tiene que ver con una forma generalizada de las culturas, en el primer caso, de acuerdo con los sentimientos de la sociedad que se reflejan en las producciones artísticas, y en el segundo, con las interacciones que participan en la crianza. El concepto de niño es entonces una consecuencia histórica lineal, que surge como una evolución integral de las culturas, aun cuando se diferencian en las consecuencias de la incorporación del concepto en la vida social.

Frente a este panorama, ANDERSON¹⁸ rechaza la idea de que la infancia tuvo una evolución conceptual en diferentes épocas como si se tratara de un recorrido periódico y calculado. En cambio, expresa que no pueden desconocerse los contextos económicos y sociales en cada época, que pueden coincidir en el tiempo, en una misma cultura concepciones acerca de la infancia que no se correspondan aunque prevalezca una sobre otra. MÓNICA GONZÁLEZ¹⁹, observa refiriéndose a ANDERSON en contra de los postulados de ARIÈS:

17 ARIÈS. *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, cit., pp. 2 y 3.

18 MICHAEL ANDERSON. *Approaches to the history of the western family 1500-1914*, Londres, The MacMillan Press, 1980.

19 MÓNICA GONZÁLEZ CONTRÓ. *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 19.

[ANDERSON] sostiene que durante una misma época pueden coexistir diversas actitudes en distintas comunidades. Además, señala que el análisis de las fuentes debe hacerse a la luz del contexto social, cultural y económico de la época, lo que no sucede en la obra de ARIÈS, pues presenta a la familia alejada tanto del mercado como de las relaciones laborales.

En consecuencia, el concepto de niño corresponde a una construcción histórica con independencia de los elementos que fueron determinantes relacionados con estas transformaciones. Ahora bien, con base en este planteamiento, es importante considerar las distintas perspectivas en relación con su evolución (actitudes culturales, relación de padres e hijos, o intereses socioeconómicos), desde que la infancia fue invisible a los ojos del mundo como naturaleza propia hasta la aproximación a las concepciones de hoy.

En Grecia y Roma la infancia se entendía directamente por medio de los hijos. Los niños eran propiedad de la familia, pues era el padre el que disponía de la vida o muerte de su hijo, así como de los demás miembros de su familia. Aunque la comunidad tenía prevalencia sobre los grupos familiares, era la protección de éstas (en algunos casos) lo que les permitía vivir. El *pater* tenía la facultad de vender como esclavos, corregir, dar en adopción o repudiar a sus hijos. Son varios los testimonios al respecto que permiten observar con claridad esta modalidad. En tal sentido, MARÍA ALZATE describe lo siguiente:

Al niño romano recién nacido se le posaba en el suelo. Correspondía entonces al padre reconocerlo cogiéndolo en brazos; es decir, elevarlo (*elevare*) del suelo: elevación física que, en sentido figurado, se ha convertido en criarlo. Si el padre no *elevaba* al niño, éste era abandonado, expuesto ante la puerta, al igual que sucedía con los hijos de los esclavos cuando el amo no sabía qué hacer con ellos²⁰.

Pero el nacimiento de un niño en el seno de una familia no indicaba que este no fuera sustraído y exhibido en otra puerta por disposición del patriarca para que fuera “elevado” por alguien diferente. Ante estas expresiones, parece un escenario idóneo para que el infanticidio se lleve a cabo, y circunstancias de abandono contribúan a este pensamiento,

20 MARÍA VICTORIA ALZATE PIEDRAHÍTA. *La infancia: concepciones y perspectivas*, Pereira, Colombia, Papiro, 2003, p. 29.

aunque esto se agudizó en la Edad Media. Y de hecho, DEMAUSE así lo expresa:

Los niños eran arrojados a los ríos, echados en muladares y zanjas, “envasados” en vasijas para que se murieran de hambre y abandonados en cerros y caminos, “presa para las aves, alimento para los animales salvajes”. (EURÍPIDES, *Ion*, p. 504)²¹.

Por otra parte, PLATÓN y ARISTÓTELES se pronuncian en lo relativo a la educación del niño como fundamental, ya que coinciden en que esta etapa de la vida, como proyección del hombre, está dominada por la parte irracional. Así, en asuntos de corte más político, se proponen formar ciudadanos virtuosos para que puedan desentramar su voluntad.

En la Edad Media los niños se caracterizaron por representar la inocencia que, a causa del periodo de cristianización, le otorgó la Iglesia. Pero esta singularidad estaba dada por la fragilidad física y no por condiciones anímicas o psicológicas, en principio indiferenciadas de la maldad del ser humano. El abandono de los niños se volvió más frecuente, pues los trasladaban al domicilio de las niñeras para la lactancia, alejándolos de sus familias. DEMAUSE²² nombra a esta etapa, precisamente, *abandono*. En otro aspecto, la tasa de mortalidad aumentó y por ello era necesaria una procreación más prominente, lo cual también resaltó las relaciones con los niños que eran olvidados muy fácilmente.

En contrapartida, el Renacimiento fue una etapa de cambios en beneficio de los niños, quienes se situaron como objeto de preocupación en materia de higiene y salud, pero también en el campo de la educación. Surgen las primeras teorías sobre cómo enseñar a los niños, pues ya atendían a que los niños debían tener un trato diferencial con los adultos aun en menor medida. También fue parte importante las condiciones económicas de las familias que mantuvieron a sus hijos en casa y las madres se ocuparon de su crianza.

De otro lado, en la literatura empieza a colarse una nuevo género para incluir a los niños, así como lo señala GONZÁLEZ CONTRÓ:

21 Citado en GONZÁLEZ CONTRÓ. *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, cit., p. 24.

22 DEMAUSE. *Historia de la infancia*, cit.

Los cambios operados durante esta época tuvieron como consecuencia el surgimiento de una incipiente literatura sobre la infancia, en la que moralistas y educadores se pronunciaban a favor o en contra de algunas prácticas de crianza y daban consejos para la formación durante los primeros años de la vida²³.

Estas primeras apariciones de la literatura infantil como género demuestran la actitud que empezaba a ser predominante de los adultos hacia los niños en el ámbito de la educación y de sus características psicológicas que luego serán fundamentales.

En el siglo XVIII la niñez recobra una posición predominante en la sociedad, principalmente por el reconocimiento de sus necesidades particulares. Más allá de las atenciones que se le debían brindar que ya estaban aceptadas en relación con las condiciones físicas, se tienen en cuenta también las de tipo psicológico, el trato diferencial que debe recibir un niño en la convivencia social, en las representaciones del mundo, a través de los métodos de enseñanza y las formas de interacción. Muestra de lo anterior es la consolidación de instituciones de enseñanza y el desarrollo de una metodología de acuerdo con las capacidades de aprendizaje de los niños, dentro de las cuales se encuentra la separación por edades, las relaciones de amistad, la representación de los objetos y dejar a los niños ser niños²⁴.

El principal exponente de estas prácticas fue JEAN-JACQUES ROUSSEAU en el *Emilio* (1762)²⁵, donde indica la importancia de la educación en los niños, motivando a cambiar las pautas de enseñanza mediante la adaptación a sus modos de pensar, porque consideraba que los métodos empleados estaban sustentados en una concepción errónea de las capacidades del niño. Apremiaba a los padres a compartir más tiempo con sus hijos para fortalecer la afectividad mediante nuevas modalidades de interacción en la formación de su autonomía. El niño debe ser considerado en su presente, como un valor representativo, con comprensión y diferenciando las ideas y los métodos como el niño aprende.

23 GONZÁLEZ CONTRÓ. *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, cit., p. 31.

24 *Ibid.*, p. 41.

25 JEAN-JACQUES ROUSSEAU. *El Emilio o la educación*, RICARDO VIÑAS (trad.), elaleph.com, disponible en [<http://escritorioalumnos.educ.ar/datos/recursos/libros/emilio.pdf>], última consulta enero de 2015.

En otras palabras, no buscar al hombre en el niño, sino a través de las técnicas educativas llegar hasta su propio razonamiento.

Dado el precedente, en el siglo XIX se desarrollaron estudios en múltiples disciplinas que tuvieron al niño como centro, en el campo de la pedagogía, la psicología y la lingüística. También en el ámbito jurídico surgieron cambios para el niño y aparece la figura del adolescente, frente a la cual se crean instituciones y figuras jurídicas en seguimiento de la exclusión de responsabilidad penal. Estos tratamientos se llevaron a cabo porque durante la época ya se presentaba un rechazo en la sociedad del castigo físico de los niños, por lo que se buscaron nuevas alternativas para la repreensión de tipo más psicológico: “tarjetas ofensivas, orejas de burro, privación de muestras de afecto, encierro en lugares oscuros”²⁶. Aunque, como ha sido claro, en la educación seguían siendo recurrentes las reprimendas corporales.

En este periodo la literatura proporciona una cantidad notable de obras infantiles en las cuales quedan consignadas las representaciones del mundo tal como los niños debían acercarse a los espacios de los adultos²⁷. En otro sentido, los avances en la higiene redujeron la tasa de mortalidad, lo cual estimuló que los padres tomaran partido en la crianza de sus hijos en contraste con el desapego que existía en etapas históricas anteriores cuando había menos oportunidades para el niño de llegar a la edad adulta. Así, con todo lo anterior, creció el interés por comprender y reconocer esta etapa de la vida en su esencia y con valor independiente.

Finalmente, en el siglo XX se llevó a feliz término el proceso histórico de reconocimiento de la infancia como categoría social de importancia central, con necesidades especiales tanto físicas como psicológicas. Esto fue consecuencia de la evolución de los aspectos que antecede-

26 GONZÁLEZ CONTRÓ. *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, cit., p. 45.

27 Se destacaron en este campo: CHARLES DICKENS (7 de febrero de 1812-Higham (UK), 9 de junio de 1870), CHARLES PERRAULT (París, 12 de enero de 1628-16 de mayo de 1703), ROBERT LOUIS STEVENSON (Edimburgo, 13 de noviembre de 1850-Vailima (Samoa), 3 de diciembre de 1894), los hermanos GRIMM (JACOB GRIMM [Hanau {Hesse, Alemania} 4 de enero de 1785-Berlín, 20 de septiembre de 1863] y WILHELM GRIMM [Hanau, 24 de febrero de 1786- Berlín, 16 de diciembre de 1859), DANIEL DEFOE (St. Giles Cripplegate o Stoke Newington, London, ca. 1659 y 1661-Moorfields, London, 24 de abril de 1731), SAMUEL LANGHORNE CLEMENS [*Mark Twain*], (Florida, MI), 30 de noviembre de 1835-Redding, CO, 21 de abril de 1910) entre otros.

ron, el interés de los estudiosos y de la sociedad en la vida diaria que cambió de actitud frente a la niñez. En considerable medida debido a la promoción de estas atenciones por parte de las organizaciones, las cuales tuvieron un lugar de suprema importancia para el auxilio del niño en diversos escenarios de la realidad social.

Primero, con la fundación de *Save the Children International Union* por EGLANTYNE JEBB²⁸ en 1919, organización que fue importante en la defensa del niño y tuvo incidencia directa en la elaboración de la primera Carta sobre los derechos de la infancia, la Declaración de Ginebra de 1924 que encontraría en JEBB una figura trascendental, y que ha sido incluso llamada “uno de los más bellos documentos del siglo xx”²⁹. Años más tarde, la Organización de Naciones Unidas creó el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia –UNICEF– en 1946, cuyo propósito inicialmente era la asistencia a los niños víctimas del conflicto, pero que en lo sucesivo se convertiría en una de las principales organizaciones para el auxilio del niño en el mundo. En 1953 se constituyó como un organismo permanente de atención a la infancia³⁰.

Con lo anterior como marco, se realizó un proceso de internacionalización de la preocupación por los niños para brindarles protección y garantías en el ámbito jurídico global que tuvo desarrollo en el derecho internacional. Los niños hoy son el punto equidistante (ya sujetos de derechos y actores sociales) en los convenios internacionales y en las normatividades nacionales bajo el principio universal de interés superior del menor y de numerosos estudios de organizaciones en beneficio de su protección como se lee en el capítulo siguiente.

28 EGLANTYNE JEBB (Ellesmere, Shropshire, Gran Bretaña, 25 de agosto de 1876 – Ginebra, Suiza, 20 de diciembre de 1928) fue una activista social británica, fundadora de *Save the Children*. No sólo creó una de las organizaciones de desarrollo más importantes del mundo, sino que su labor desembocó además en la promulgación de los “Derechos del Niño” por parte de Naciones Unidas. Tomado de [http://es.wikipedia.org/wiki/Eglantyne_Jebb], disponible en enero de 2015.

29 Para mayor información, véase: APRIL BOFILL y JORDI COTS. “La Declaración de Ginebra. Pequeña historia de la primera Carta de los Derechos de la Infancia”, disponible en [www.savethechildren.es/docs/Ficheros/628/Declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf], consultada por última vez en enero de 2015.

30 La organización ha publicado un informe anual titulado *Estado mundial de la infancia* desde 1980. Desde 1996 hasta 2013, disponibles en: [www.unicef.org/spanish/sowc/], última consulta en enero de 2015.

B. Evolución de los derechos del niño

Los derechos de los niños están en un espacio histórico contiguo al concepto de niñez, pero guardan una relación íntima con la forma como se fue modificando su concepción dentro de la sociedad. Incluso puede afirmarse que el reconocimiento de los niños como titulares de derechos fue consecuencia del cambio en la idea de infancia y su rol en la vida social. Sin embargo, a modo de observación inicial se puede decir que como muestra de estos cambios son los resultados en derecho internacional que en un primer momento reconocían al niño como objeto de derechos, sin capacidad para determinarse, como objetos de obligaciones, y sin participación dentro del ámbito social.

En síntesis, la historia de los derechos de los niños se puede dividir en dos corrientes: una perspectiva según la cual los derechos son medios para su protección y para garantizarles condiciones de vida dignas, y otra, como una serie de movimientos para la liberación de los niños con el fin de que tengan derechos y participación en la sociedad.

Las primeras legislaciones sobre los derechos de los niños en Europa surgieron con el propósito de regular el trabajo infantil: prohibir la remuneración, o protegerlos de situaciones que pudieran afectar su salud o su desarrollo personal³¹. Pero estas disposiciones estaban alineadas más hacia la utilidad de los niños que hacia su reconocimiento como sujetos de derechos. En parte, lo que se buscaba era beneficiar al posible adulto más que al niño en sí mismo, y legislar la actividad económica propiamente dicha de la relación laboral como una problemática de índole social.

En una situación parecida estaban las regulaciones en el campo de la educación, pues más que permitirle a los niños y niñas el derecho a acceder a ésta y de dotarlos de un escenario idóneo para la participación social, lo que buscaban era imponerle a los padres la obligación de llevar a sus hijos a la escuela. En tal sentido, MANFRED LIEBEL expresa que:

31 MANFRED LIEBEL. "Significados de la historia de los derechos de la infancia", en Manfred Liebel y Marta Martínez Muñoz (coords.). *Infancia y Derechos Humanos. Hacia una ciudadanía participante y protagónica*, Lima, IFEJANT, 2009, p. 25, disponible en [http://pendientedemigracion.ucm.es/info/polinfan/2010/Infancia_y_DDHH_Liebel_Martinez.pdf].

Estas legislaciones no establecían derechos de los que los niños podían disponer ellos mismos, sino que imponían a los empresarios y padres de familia la obligación de proteger a los niños de situaciones y actos que pudieran dañar su salud o su desarrollo³².

Así, con estas muestras de exclusión del papel del niño en la organización social, se entiende la primera corriente del tratamiento jurídico y social de niños y niñas que estaba enmarcado en un primer momento (e incluso en forma contemporánea a otras propuestas más incluyentes) por el empleo de estas prerrogativas como medios de protección de la infancia, pero que no tomaban al niño como protagonista de sus propios derechos sino como el receptor de obligaciones de los adultos.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, consigna de la Revolución Francesa (en el contexto del surgimiento de las sociedades burguesas y los Estados Nacionales), fue el documento que inscribió el principio según el cual toda persona debe ser sujeto de derechos incondicionales e inalienables, y que sería el precedente ideológico más importante para que Europa reconociera a los niños y las niñas como personas dignas de derechos así como la posibilidad de ejercerlos por su cuenta. Pese a esto, aunque en los países europeos en el siglo XIX se presentaron algunas corrientes para el debate de los derechos de los niños, tuvo que pasar mucho tiempo para su efectiva incorporación a nivel internacional de carácter vinculante tal como está vigente en la actualidad.

En particular, estas medidas tenían que ver con la utilidad que representaban los niños para la sociedad y las normatividades apuntaron en esa dirección. Las condiciones de bajos salarios a las que estaban sometidos los niños y niñas por su mano de obra fueron objeto de regulación, pero también se presentaba el uso de niños para fines militares, prueba de ello es el artículo *The rights of children* de 1852 publicado en Inglaterra por SLOGVOLK en *Knickerbocker*, n.º 36, citado por LIEBEL³³. Con posterioridad, el 26 de septiembre de 1924 la Asamblea General de la Liga de Naciones firmó la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los Niños, que provenía de la organización *Save the Children International Union* y contenía una premisa de “obligación

32 LIEBEL. “Significados de la historia de los derechos de la infancia”, cit., p. 25.

33 Ibid., p. 26.

de humanidad”, en la misma vía anterior, que enfrentaba la relación de los adultos para con los niños en forma de obligaciones: “los niños eran más un objeto de preocupación que personas con autonomía”³⁴.

La manifestación de la dimensión social de los niños y las niñas de esta declaración internacional se vería impulsada por el contexto del Tratado de Versalles, finalizada la Primera Guerra Mundial, la carta de LADY ABERDEEN³⁵ del Congreso Nacional de la Mujer y por la Organización Internacional del Trabajo en cartas relacionadas sobre el trabajo de niñas, niños y adolescentes. De otro lado, recibiría apoyo de EGLANTYNE JEBB³⁶ (presidenta de la fundación británica *Save the Children Fund*)³⁷, BENEDICTO XV³⁸ y ROBERT CECIL³⁹. Esta Declaración se conocería más adelante como el nacimiento de los convenios, la cual hacía énfasis en las necesidades socioeconómicas de los niños y las niñas, pero definía, según lo señalado por FREEMAN, implícitamente a la infancia como la “inversión en el futuro para lograr la paz y la armonía entre las naciones”⁴⁰. Una vez más, en lo que respecta al papel de los niños y las niñas frente a las medidas para su protección, no son reconocidos para gozar del ejercicio autónomo de sus derechos. Como explica DÁVILA y NAYA:

el “*debe ser*” acoge todos los ámbitos de la vida infantil, desde el cuidado biológico, psicológico, al judicial y educativo, inspirándose todavía en una mentalidad de ayuda y protección, más que en la de considerar a los niños y niñas como sujetos de derecho⁴¹.

34 MICHAEL FREEMAN. “The limits of Children’s Rights”, en MICHAEL D. A. FREEMAN y PHILIP E. VEERMAN (eds.). *The ideologies of Children’s Rights*, part 1: Theory, Dordrech, Boston y London, Martinus Nijhoff, 1992.

35 ISHBEL MARIA HAMILTON-GORDON, MARCHIONESS OF ABERDEEN AND TEMAIR (née Marjoribanks, 15 de marzo de 1857-18 de abril de 1939). Autora escocesa, filántropa y defensora de los intereses de la mujer.

36 Ver *supra*, nota 29.

37 Véase PHILIP E. VEERMAN. *The Rights of the Child and the Changing image of Childhood*, Boston and London, Martinus Nijhoff, 1992, p. 155.

38 GIACOMO PAOLO GIOVANNI BATTISTA DELLA CHIESA (21 de noviembre de 1854-22 de enero de 1922), 258 Papa, del 3 de septiembre de 1924 hasta su muerte.

39 Jurista y diplomático británico, quien tuvo un desempeño importante al interior de la Sociedad de Naciones y posteriormente se le galardonó con el Premio Nobel de Paz en 1937. Jurista y diplomático británico, quien tuvo un desempeño importante al interior de la Sociedad de Naciones y posteriormente se le galardonó con el Premio Nobel de Paz en 1937.

40 FREEMAN. “The limits of Children’s Rights”, cit., p. 1.

41 PAULI DÁVILA BALSERA y LUIS MARÍA NAYA GARMENDIA. “La evolución de los derechos de la infancia: una visión internacional”, en *Encounters on Education*, n.º 7, 2006, p. 78.

La consigna de la Declaración de Ginebra de 1924 estaba encaminada a la protección de los menores en materia de alimentación, salud, higiene, educación, en caso de peligro, explotación y reinserción del niño delincuente, así como también se incluye en el preámbulo un antecedente acerca de la no discriminación del menor por condiciones de raza, nacionalidad o creencia. La Declaración sería ratificada en 1934 por la Asamblea General de la Liga de las Naciones invitando de esta manera a los Estados partes a acatar los principios estipulados en las legislaciones nacionales.

En este ambiente de internacionalización de los derechos de los niños y las niñas como objetos de los mismos, y durante el lapso entre la Declaración de Ginebra de 1921 y una ampliación hecha en 1959, se empezaron a gestar los principios de prevalencia de derechos y de “interés superior del menor”. En 1942 se firmó en Londres la *Children’s Charter for the Post War World*⁴² que consagraba la igualdad de oportunidades y el derecho de asistencia a la escuela, así como también la Sociedad de Naciones promovió estas prerrogativas de los niños y niñas a través de la Comisión de Protección de la Infancia y la Juventud. En tal medida, como afirman DÁVILA y NAYA, que en el Convenio Internacional para Reintegrar en sus Hogares a los Niños y Adolescentes se establece el concepto de interés superior del menor que va a ser recogido en otros tratados. Para ilustrar este punto, en el Convenio es expresado así: “En cuestión de asistencia, el interés del menor debe prevalecer ante todo y sobre todo”⁴³.

La Segunda Guerra Mundial condenó al fracaso a la Sociedad de Naciones creada en 1919, pues su gran reto era evitar otro conflicto bélico como el acaecido en Europa entre 1914 y 1918 conocido como la Primera Guerra Mundial, por lo tanto entra a ocupar su puesto la Organización de Naciones Unidas –ONU–, creada en San Francisco, California el 24 de octubre de 1945, organización constituida para promover el diálogo entre países y con la firme convicción de no permitir otro suceso igual o más atroz que el que acababa de concluir.

42 VEERMAN. *The Rights of the Child and the Changing image of Childhood*, cit., p. 237.

43 DÁVILA BALSERA y NAYA GARMENDIA. *La evolución de los derechos de la infancia: una visión internacional*, cit., p. 79.

Con el término del conflicto, se promulgó la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, y con la misma se recupera el debate sobre los derechos de los niños y las niñas que se había acallado. Esta declaración incorpora postulados de igualdad y no discriminación (art. 2.º) que van a ser de gran importancia para los convenios y pactos sobre derechos de la infancia en lo sucesivo. La seguridad social, obligación en cabeza del Estado contenida en el artículo 25 de la declaración, consistente en proveer a sus asociados un nivel adecuado de vida que asegure su bienestar tanto personal como familiar, debe ser brindada de manera especial a la maternidad y la infancia, manifestación que contiene en sí misma los primeros vestigios del niño como sujeto titular de derechos.

Frente a lo anterior, la situación de vulnerabilidad, dada por la inmadurez física y psicológica, es el principal motivo que se tuvo en cuenta para formular la categoría de *cuidados especiales*. En este orden, HOLGUÍN sostiene que

esta “titularidad de derechos” es producto de unas situaciones irregulares en las que se encontraban los niños, niñas y adolescentes, y que se convirtieron en la motivación para que los adultos pusieran su atención en la niñez⁴⁴.

Ahora bien, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos la situación de los niños y las niñas mejoró, en términos de protección prevalente, pero se continuó pensando en los niños bajo postulados de inferioridad e incapacidad para auto-determinarse. Es suficiente con observar el artículo 26 de la declaración, según la cual “los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”. La premisa propuesta por JEBB para la elaboración de la Declaración de Ginebra de 1924 que señalaba “... la humanidad le debe al niño lo mejor que puede ofrecerle”, que fue retomada en 1959 por la Organización de Naciones Unidas para la elaboración de una segunda carta de derechos del niño que buscaba subsanar ciertas debilidades que se evidenciaron en la primera declaración de 1924. Es así como el 20 de noviembre de 1959 por decisión unánime de 58 países

44 GUISELLE NAYIBE HOLGUÍN GALVIS. *Arqueología del adolescente infractor de la ley penal en Bogotá*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011, p. 141.

pertenecientes a la ONU, se aprobó la Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño –DDN– de 1959.

La Declaración constaba de diez principios dentro de los cuales se destaca la consolidación del interés superior del niño, y de igual forma el derecho de los niños a unos padres, a educación gratuita y a nombre y nacionalidad, lo cual fue el punto de partida para el reconocimiento de derechos civiles y políticos de los niños más adelante. A partir de esta expresión nueva el niño tiene los mismos derechos que las demás personas y las actuaciones que se desarrollen a su alrededor deben estar encaminadas a garantizar, de manera prevalente respecto de los demás miembros de la comunidad, su estabilidad física, moral y emocional. Y de igual forma, propugnar para que el interés superior del niño se materialice es una obligación que la DDN hace recaer en dos instancias: por una parte, como se evidencia en el principio II, es una obligación del Estado que considere este postulado al momento de expedir sus leyes; y por otra, el principio VII recalca que el interés superior del niño debe ser una máxima que guíe las actuaciones de las personas que tengan a su cargo menores de edad.

En virtud de estos propósitos, la DDN exhorta a las naciones a que reconozcan y garanticen los derechos de los niños mediante medidas de carácter legislativo. Este pedido que hace el texto se fundamenta, retomando el artículo 25 de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, en la necesidad de brindar cuidados especiales a los niños y las niñas del mundo como respuesta a su particular condición de inmadurez física y psicológica. En definitiva, se recuerda que el menor debe ser protegido antes y después del nacimiento, particularidad que ya se había estipulado en el artículo 25 de la declaración de derechos del hombre de 1948 con un tenor literal diferente “... protección prevalente a la maternidad”, por lo tanto en este sentido no supuso ningún tipo de avance significativo para el cuidado y promoción de la infancia y aunque la Carta desarrollaba más profundamente algunos aspectos tampoco era vinculante en el ámbito internacional.

La Convención de los Derechos del Niño –CDN– del 20 de noviembre de 1989 fue el resultado de una serie de movimientos para la protección y la declaratoria de derechos de los niños que empezó en el siglo XX. Sin embargo, para que se gestara el cambio de paradigma hubo que pasar por expresiones en diversas áreas para la divulgación de una nueva definición de infancia. Esta –CDN–, así como también demás

legislaciones en este asunto, fueron posibles en la medida en que la sociedad mundial cambió de conceptos sociales, y en particular el significado de niño con el acontecer histórico. Con esto, aunque aparecen en el esquema internacional otras herramientas que van dirigidas a la protección del niño, actualmente la CDN se constituye en el principal marco normativo al respecto, en la piedra fundamental de la construcción de los derechos de los niños y de su reconocimiento como sujetos de los mismos con todo lo que esto implica.

CAPÍTULO SEGUNDO

NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA EN TORNO A LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

I. ASPECTOS JURÍDICOS EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL

El ordenamiento jurídico internacional en torno a la protección de niños, niñas y adolescentes es el resultado de episodios históricos que, como se describe en el capítulo precedente, fueron determinantes para la construcción del concepto de niñez. Esta evolución significó atención y tratamiento especializado para la infancia por parte de la comunidad internacional. Corresponde a este acápite describir y analizar el ámbito del derecho internacional, la evolución y las principales disposiciones existentes en la materia objeto de la presente investigación, haciendo énfasis en el estudio del principio de *interés superior del niño* como horizonte y límite en las actuaciones de los Estados, y el tratamiento jurídico colombiano que ha ratificado estas instrucciones.

A. Corpus iuris internacional

Con la aparición en el marco del derecho internacional de normas dispersas en la materia, en 1989 se intentó diseñar una guía que permitiera a los Estados contratantes⁴⁵ tomar una nueva ruta en el tratamiento de la infancia, situación que evidenció un intento por unificar la situación jurídica de los niños y las niñas del mundo. Es por ello que en la Convención sobre Derechos del Niño de 1989 se retomaron los postulados de la Declaración de Ginebra de 1924, la Declaración Universal

45 Entiéndase por Estados contratantes los que se adhirieron a la Convención sobre Derechos del Niño de 1989.

de los Derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En el caso *Menores detenidos vs. Honduras* del 19 de marzo de 1999, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el estudio de la demanda utiliza, en relación al alcance de las obligaciones específicas previstas en el artículo 19 de la Convención Americana, las normas internacionales sobre la niñez⁴⁶, situación que sería reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como *corpus iuris* en torno a la infancia.

La Comisión Interamericana se refirió al concepto de *corpus iuris* como una herramienta de suma importancia para acudir a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección de la niñez, entre las cuales cabría citar la Convención sobre Derechos del Niño –CDN– y las diversas declaraciones de las Naciones Unidas sobre el tema. La integración del sistema regional con el sistema universal de los derechos humanos, a los efectos de interpretar la CDN, encuentra su fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana en donde se establece que ninguna disposición de la CDN puede ser interpretada en el sentido de limitar los derechos reconocidos en otros convenios en que sean parte los mismos Estados.

Continuando con esta postura, en el caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* en 2001, el informe rendido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– en el estudio de admisión de la demanda, manifiesta que el derecho a la educación que se intentaba proteger no es un derecho contenido en la Convención Americana de Derechos Humanos, pero sí en el artículo 12 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre adoptada en

46 Véase el párrafo 72 del informe de la Comisión respecto del caso en estudio que establece "Para interpretar las obligaciones del Estado en relación con los menores, además de las disposiciones de la Convención Americana, la Comisión considera importante acudir, por referencia, a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección de la niñez, entre las cuales cabría citar la Convención sobre los Derechos del Niño, y las diversas declaraciones de las Naciones Unidas sobre el tema. Esta integración del sistema regional con el sistema universal de los derechos humanos, a los efectos de interpretar la Convención, encuentra su fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana y en la práctica reiterada de la Corte y de la Comisión en esta materia".

la IX Conferencia Internacional Americana, y por tanto susceptible de estudio y eventual protección por parte de la CIDH. Lo anterior se concedió aduciendo, al igual que el caso *Menores detenidos vs. Honduras*, el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el mismo sentido, la Corte ha sido constante en afirmar que las decisiones del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas se incluyen dentro del *corpus iuris* internacional en favor de los niños y las niñas. La CIDH en el informe Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas considera que tal postura representa un avance significativo que evidencia no sólo la existencia de un marco jurídico común en el derecho internacional de los derechos humanos aplicable en materia de niñez, sino también la interdependencia que existe entre los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos de los niños.

B. Convención Americana de Derechos Humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos –CADH– suscrita en San José (Costa Rica) en noviembre de 1969, establece en su artículo 19 el compromiso de los Estados de brindar a todo niño medidas de protección que por su condición requiera. De dicha disposición se desprenden una serie de obligaciones a cargo del Estado que tendrán que materializarse en prácticas internas de toda índole. En palabras de GONZÁLEZ CONTRÓ⁴⁷:

El cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo, y la consideración de estándares fijados por sus órganos de supervisión se constituyen en elementos ineludibles de las prácticas administrativas, judiciales, legislativas o de cualquier otra índole a nivel interno de los Estados.

La CIDH, como órgano encargado de su vigilancia y promoción, en la opinión consultiva número 17 de 2002 “Condición jurídica y derechos humanos del niño” (en la tarea de interpretar los arts. 8.º y 25 de la convención sobre garantías judiciales y su relación con el art. 19 del

47 GONZÁLEZ CONTRÓ. *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, cit., p. 183.

mismo cuerpo normativo), recuerda que en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la Convención los Estados parte no pueden establecer diferencias que carezcan de justificación objetiva y razonable.

En seguida afirma de manera categórica que la diferenciación en cuanto a acceso a la justicia que se hace entre niños y adultos es válida, pues su justificación, tal como la prevén los artículos 1.1 y 24 de la convención, es objetiva y razonable, ya que en virtud del artículo 19 los niños merecen protección especial, esmerada y diferenciada a la de los adultos. Reforzando esta tesis, la CIDH en su “Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos”⁴⁸, afirma que la labor del Estado no debe estar encaminada a crear políticas públicas exclusivas para los niños, sino que se debe establecer una protección complementaria.

En el caso de *Mapiripan vs Colombia*, la CIDH establece que es obligación del Estado proteger y asegurar la efectividad de los derechos consagrados en la CADH, y por ende, tal como se establece en el caso *Niños de la Calle vs Honduras* de 1999, en los casos de investigaciones adelantadas a título de responsabilidad del Estado por el incumplimiento de la CADH, basta con demostrar la tolerancia o el apoyo del Estado en la infracción⁴⁹.

C. Convención de los Derechos del Niño de 1989

La labor iniciada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, una vez proclamada en 1948 la Declaración de los Derechos Humanos, estaba encaminada a elaborar un cuerpo normativo que hiciera más comprensibles los derechos de los niños. Su primera muestra de desarrollo se da en 1959 con la Declaración de los Derechos del Niño que se consolidó en 1989 con la aparición de la Convención sobre los Derechos del Niño –CDN–.

Más que otorgar derechos a los niños (actividad efectuada con anterioridad y que tuvo su máxima expresión en la Declaración de los De-

48 CIDH. “Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos”, Washington, Organización de los Estados Americanos, 2009, p. 36, disponible en [<http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf>], última consulta, enero de 2015.

49 La misma tesis se mantiene en los casos *Hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú*, de 8 de julio de 2004 y *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, de 7 junio de 2003.

rechos del Niño en 1959), la perspectiva de la convención se enfocó en garantizar el cumplimiento de los derechos ampliamente difundidos de los niños. Para perseguir tal fin, la CDN instó a los Estados parte y en general a las personas que tuvieran a su cargo niños o niñas a realizar sus mejores esfuerzos para mejorar su situación en cada país.

En virtud de lo anterior, el artículo 4.º de la Convención sobre los Derechos del Niño hizo un llamado a los Estados para que adoptaran medidas administrativas, legislativas y judiciales, empleando el máximo de recursos disponibles para la ejecución del convenio, obligación que se consolidó en la observación general número 5 del Comité para los Derechos del Niño en donde se les recuerda a los Estados los cambios que específicamente se deben efectuar para cumplir con el mandato de la CDN.

Ahora bien, los cambios que el Comité recomienda efectuar, se pueden clasificar en dos grandes grupos: el primero en relación con la condición jurídica de los niños; y el segundo sobre las medidas administrativas encaminadas a lograr la protección de los mismos. En el primer grupo se distinguen recomendaciones para modificar el ordenamiento jurídico interno y garantizar la posibilidad de invocar los derechos de los niños ante estrados judiciales; en el segundo grupo se advierten recomendaciones para desarrollar estrategias y agendas amplias para los niños, asignar recursos, no excluirlos de la sociedad civil ni en la difusión y puesta en marcha de la CDN; y finalmente recomienda la creación de un sistema de supervisión que permita tener un seguimiento detallado a la ejecución de las obligaciones dictadas por la propia Carta.

La CDN centró sus esfuerzos en establecer pautas para lograr el respeto de los derechos del niño y se constituyó como el primer instrumento jurídico internacional vinculante, ya que en virtud del artículo 2.º del cuerpo normativo, los Estados que se adhieran se obligan a planear y ejecutar las medidas y políticas necesarias para proteger el interés superior del niño. En este sentido, para CARDONA LLORENS:

La convención representa la consagración del cambio de paradigma que se produce a finales del siglo XX sobre la consideración del niño por el derecho: el niño deja de ser considerado un objeto de protección para convertirse en un sujeto titular de derechos que debe ser empoderado en los mismos⁵⁰.

50 JORGE CARDONA LLORENS. "La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos", en *Educatio Siglo XXI*, vol. 30 n.º 2, 2012, p. 49.

Los artículos 1.º y 2.º de la convención reclaman de los Estados parte un respeto por los derechos reconocidos a los niños y la obligación *erga omnes* de garantizarlos, es por ello que la responsabilidad ante la violación de cualquier precepto de la Convención es atribuible al Estado y les solicita la supresión de normas y prácticas violatorias de los derechos humanos así como la creación de normas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

Lo anterior, en razón a que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 desarrolló el concepto de interés superior del niño, acuñado en la Declaración de Derechos del Niño de 1959, y creó la obligación y el derecho a ser escuchados en todas las decisiones que los afecten. Dicha situación estableció un nuevo paradigma del niño como sujeto de derechos.

Por su parte, el interés superior del niño supone, en términos de la CDN, que toda actuación adelantada debe responder a un criterio de preponderancia en cuyo primer lugar se encuentran los niños. En relación con la obligación de escuchar a los niños en el trámite de todas las decisiones que lo afecten, siguiendo la doctrina del comité de derechos del niño en su observación general número 7, las opiniones del menor deben ser tenidas en cuenta en función de su edad y de su madurez psicológica. Esta observación implica, en palabras de CRISTINA CASALS⁵¹,

una capacitación profesional de los funcionarios estatales que escuchan al menor; no sólo en derechos de la infancia sino en las características del relato infantil.

A modo sucesivo, con la nueva categoría de titulares de derechos se empieza a considerar al niño ya no como objeto de protección sino como un sujeto capaz de tomar sus propias decisiones y manifestar sus opiniones respecto de la situación en que se encuentre.

Al respecto, la CIDH en la Opinión Consultiva 17 de 2002, recordó que en la actualidad el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y los principios de la Carta de las Naciones Unidas dejan en claro que los niños son sujetos de derecho, en condiciones de igualdad

51 CRISTINA CASALS. "Testimonio del niño abusado. Victimización secundaria", *v Congreso Mundial por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*, Buenos Aires, Presidencia de la Nación, 2012, p. 1053.

y con fundamento en la dignidad intrínseca de todos los seres humanos. Por lo tanto, los niños tienen derecho a ser partícipes de los procesos que impliquen la toma de decisiones que les afecten, no sólo dentro del ámbito familiar, sino también en las actuaciones que se realicen ante las autoridades competentes, para así materializar el concepto de interés superior del niño.

Acorde con lo anterior, el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas del 16 de diciembre de 1966 establece que toda persona debe ser tratada en términos de igualdad ante los tribunales de justicia, por ende tienen derecho a ser oídas públicamente y con las garantías otorgadas por el tribunal competente, independiente e imparcial. Frente al particular la observación general número 13 de las Naciones Unidas asevera que los menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se concede a los adultos.

Considerando el nuevo paradigma de los niños como sujetos de derecho, posteriormente se formularon dos protocolos facultativos (documentos que desarrollan puntos específicos de la convención que están abiertos a firma, accesión y ratificación por parte de los Estados). El primero de ellos, referente a la participación de los niños en el conflicto armado, y el segundo, acerca de la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Ambos protocolos evidencian serias preocupaciones por prácticas subyacentes que afectan la integridad de los niños, como el turismo sexual y el reclutamiento de menores por parte grupos insurgentes.

De igual manera, los protocolos facultativos detectan una situación de extrema vulnerabilidad que, acorde con la Convención de Derecho del Niño de 1989 en su artículo 4.º y la observación general número 6 del Comité de Derechos del Niño, deberá traducirse en una mayor asignación de recursos para su protección. El Comité de Derechos del Niño en su observación general número 3 “El VIH/SIDA y los derechos de los niños”, consideró que la violencia sufrida por los niños en el marco de conflictos requiere una atención especial encaminada a su atención cuando han sido utilizados por grupos armados para prestar servicios domésticos y sexuales. Además, considera que en virtud de las obligaciones contenidas en los artículos 38 y 39 de la CDN, deben llevarse a cabo campañas enérgicas de información y asesoramiento para la rá-

pida detención y prevención de la violencia en regiones afectadas por conflictos armados.

Siguiendo la línea de argumentación en torno a los niños en el conflicto armado, en su observación general número 6, la CIDH afirma que el reclutamiento de menores y la participación de los mismos en hostilidades entrañan un grave peligro para los derechos fundamentales de los niños, en especial el derecho a la vida. Por ello recalca que la obligación impuesta por el artículo 38 de la CDN y los artículos 3.º y 4.º del Protocolo Facultativo sobre la participación de los niños en el conflicto armado tienen efectos extraterritoriales, por lo que solicita a los Estados parte del Convenio abstenerse de trasladar a cualquier menor a fronteras de un Estado donde exista riesgo real de reclutamiento⁵².

De otra parte, el Comité de Derechos del Niño, en el Protocolo acerca de la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, ha reiterado con frecuencia la preocupante relación entre venta y prostitución de niños con su condición de abandono o separación de sus familias, por lo que insta a los Estados parte a ratificar el protocolo para que de esta manera se produzca la cooperación internacional con el fin de combatir esta violación de derechos.

Por último, es necesario recordar que el Comité de Derechos del Niño, en la observación general número 5 de 2003, reclama de los Estados parte la ejecución de los principios y las disposiciones de la CDN para que surtan pleno efecto jurídico a nivel interno, y en caso de conflicto entre la legislación interna y la externa prevalecerá, de acuerdo con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la legislación externa.

II. SOBRE LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA

La concepción de niño como objeto de protección que sobresalía en el mundo hasta la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989, determinó la idea de niñez en el ámbito nacional. En consecuencia, en 1920 con la expedición de la Ley 98 mediante la cual se crea el juzga-

52 Para profundizar sobre esta situación en el contexto colombiano, véase: PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOZA. "El reclutamiento de menores en el conflicto armado colombiano. Aproximación al crimen de guerra", *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. XXXI, n.º 90, enero-junio de 2010.

do de menores de Bogotá, se otorgó la posibilidad de intervenir a los funcionarios de la jurisdicción especial del menor para proteger a los niños, las niñas y los adolescentes en dos situaciones bien definidas: la primera, cuando el menor cometía alguna actividad delictiva y la segunda, en casos en que el menor se encontrara en situación de abandono moral, físico o sin algún medio de subsistencia.

Así las cosas, en el proyecto de Ley 98 de 1920 se advertía sobre las situaciones anómalas de los niños y su implicación negativa en la vida en sociedad:

porque un niño recargado de trabajo y en malas condiciones higiénicas, no podrá ser un hombre robusto y apto para los trabajos fuertes, ni una niña rodeada de una atmósfera corruptora podrá sustraerse a la corrupción y nunca llegará a ser un elemento social sano y apto para formar una familia.

Lo anterior conduce a pensar que el niño era concebido desde el ordenamiento jurídico como un ser objeto de cuidados y protección en razón a su condición de inmadurez y, por tanto, de vulnerabilidad. La concepción predominante en el ordenamiento se vio rápidamente reflejada en diferentes leyes que propugnaban por la protección del niño, a saber: la Ley 48 de 1924, que creó las salas-cunas en todo el país como una medida de protección a los niños; la Ley 15 de 1925, que otorgó asistencia pública e higiene social a los niños; la Ley 79 de 1926, que creó el instituto tutelar cuya función consistía en la protección de los niños en situaciones desafortunadas; la Ley 9.^a de 1930, que aumentó a 18 la edad para poder acceder a la protección otorgada a los niños, ejemplos éstos de la particular situación de los niños en Colombia en este lapso.

Entrado el siglo xx, específicamente en 1930, la concepción de niño como objeto de protección se ve alterada y el tratamiento que se le brinda al menor desde lo jurídico se fundamenta en razón a su peligrosidad y la amenaza que representa para la comunidad, es por eso que en el Código Penal de 1936 y la Ley 95 de 1938 o Código de Procedimiento Penal, se plantea la necesidad de encerrar al menor delincuente para educarlo y, por ende, reformarlo, evitando que a futuro sea un peligro mayor para la sociedad. La concepción de peligrosidad en el ordenamiento jurídico colombiano aparece debido a la proliferación de bandas de menores de edad dedicadas al hurto, situación que los

medios de comunicación se encargaron de denunciar, etiquetando a los niños de la calle como sujetos diferentes, anormales y peligrosos.

Siguiendo esta orientación, la Ley 83 de 1946 o Ley Orgánica de Defensa del Niño, crea medios de asistencia y protección para los menores que cometan infracciones a la norma penal o estén en estado de peligrosidad o abandono físico y moral. En 1964, el Decreto 1818 creó el Consejo para la Protección Social del Menor y de la Familia, en donde las condiciones de peligrosidad y abandono seguían siendo los motivos desde los cuales se cimentaba el accionar estatal. Muestra de ello es que en la Ley 75 de 1968 se consideraban las mismas condiciones mencionadas pero además se establecieron sanciones penales para las personas que, encontrándose en la posición de proteger al niño, omitieran dicha obligación.

El concepto de protección prevalecía hasta el momento en que se le definió en la Ley 7.^a de 1979 y el Decreto 773 de 1981 como el conjunto de actividades continuas y permanentes encaminadas a proporcionar el desarrollo integral de la niñez y evitar la desintegración de la familia. Esta condición a que fueron abocados los niños, las niñas y los adolescentes colombianos se mantuvo aún en 1989 con la expedición del Decreto 2737 que ubicaba al menor en la categoría de inimputable por su falta de madurez psicológica, y como consecuencia preveía medidas de seguridad. Estas últimas, fundadas en la peligrosidad que representaban para la sociedad, manteniendo así tales conceptos como máximas en el accionar estatal.

Desde otra posición, el Código del Menor –como fue conocido el Decreto 2737 de 1989–, definía al niño como un sujeto pasivo de las medidas de protección del Estado ante la ausencia de la familia, por lo tanto se le consideraba desde su incapacidad y como sujeto de protección y cuidados especiales cuando se encontrase en situaciones de irregularidad. Esta apreciación, así como lo refiere LÓPEZ:

Como quiera que lo regular es que el menor esté representado desde la institución legal de la patria potestad o de las tutelas y curatelas, al encontrarse éste (el menor) desprovisto de aquellas, se hallará en situación irregular⁵³.

53 CARLOS ENRIQUE TEJEIRO LÓPEZ. *Teoría general de niñez y adolescencia*, p. 17, disponible en: [www.unicef.org/colombia/pdf/TratadoInfancia2.pdf], última consulta febrero de 2015.

En el derecho interno colombiano, en el Decreto 2737 de 1989, anterior a la expedición de la Constitución Nacional de 1991, no se consagraba procedimiento especial alguno en casos de víctimas menores de edad, solamente se limitaba a tipificar una serie de conductas que atentan directamente contra la integridad del menor, por ejemplo, la inasistencia alimentaria. Sin embargo, en relación con los menores desvinculados del conflicto armado, no existía consideración alguna en cuanto a la forma en que debía ser reintegrado a la sociedad civil.

El cambio drástico se presentó con la formulación de la Convención sobre los Derechos del Niño –CDN– en 1989, en donde se introdujeron nuevos conceptos de niño, infancia, juventud y familia. Bajo estas nuevas condiciones, en el ámbito internacional se expidió el Decreto 566 de 1990 en donde se establecía que los menores de 18 años y mayores de 16 podían ser conducidos para las etapas de recepción, observación y tratamiento cuando cometieran crímenes atroces como la creación de banda de sicarios, escuadrones de la muerte, grupo de autodefensa y de justicia privada, entre otros.

La CDN en Colombia fue ratificada mediante la Ley 12 de 1991, adoptando definitiva y expresamente la categoría de niño como persona titular de derechos. Igualmente, gracias al proceso constituyente, se redactó en Colombia la Constitución Política de 1991 que, con todas las innovaciones y garantías que trajo consigo, se perfiló como piedra angular del ordenamiento jurídico nacional. Transcurridos tan solo dos años de la expedición de la CDN, la naciente Constitución colombiana, siguiendo los parámetros exigidos por esta disposición internacional, contempla en su artículo 44 lo pertinente a los derechos del niño y textualmente expresa: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Es esta una forma de protección contra cualquier manifestación de violencia física o moral que demanda del Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral.

Del mismo modo, gozan de los derechos consagrados en los tratados internacionales ratificados por Colombia, verbigracia de la introducción del bloque de constitucionalidad por la Constitución Nacional de 1991 en su artículo 93 (pero que ha tenido un desarrollo fundamentalmente jurisprudencial). En resumen, busca crear lazos entre el derecho externo y el interno en beneficio del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, mediante

la interpretación de derechos y deberes otorgados por la Constitución Nacional de 1991 a la luz de los tratados internacionales.

En lo sucesivo, se expidieron leyes como la 65 de 1993 en relación con la integración del sistema carcelario en toda política pública criminal, no obstante la protección de las víctimas de delitos sexuales seguía siendo incompleta ya que sus esfuerzos se centraban en la atención solo a determinadas víctimas como las del conflicto armado interno. En el Gobierno de ERNESTO SAMPER PIZANO⁵⁴ se empiezan a diseñar y discutir modelos de atención a víctimas de delitos sexuales, y en materia legislativa la Ley 360 de 1997 consagró un aumento de penas en relación con los delitos contra la libertad sexual tipificados en el Código Penal Decreto-Ley 100 de 1980.

Con la Ley 599 de 2000 o Código Penal colombiano, se tipifica la vinculación de menores a grupos armados en el contexto del conflicto interno, delito cuya pena es de prisión de seis a diez años y multa de 600 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, respecto al abandono de menores, el artículo 127 penaliza la acción con prisión de dos a seis años. Básicamente la Ley 599 de 2000 representó un avance en materia de protección a la niñez colombiana toda vez que considera como circunstancia de agravación punitiva cuando éstas son dirigidas contra menores. Frente a la inimputabilidad de los menores de 18 años se estableció en el artículo 33 de la ley que estarán sometidos al sistema de responsabilidad juvenil, creado por la misma ley y desarrollado más adelante por la Ley 1098 de 2006.

La Ley 679 de 2001, mediante la cual se expide el estatuto contra la prevención de la explotación y pornografía con menor, así como los demás actos abusivos que atenten contra la libertad sexual, identifica la necesidad de cooperación internacional para evitar este tipo de violencia, ley que es posteriormente robustecida por la Ley 1336 de 2009 que contemplaría la lucha directa contra la explotación, la pornografía y el turismo sexual.

Con la expedición de la Ley 906 de 2004 la obligación que en un primer momento bajo la Constitución Nacional de 1991 estaba en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, en relación con la protección a la víctima, pasa a ser una responsabilidad que no encuentra un solo titu-

54 Liberal, 7 de agosto de 1994-7 de agosto de 1998.

lar, sino que se confiere a las demás entidades del Estado, entre ellas el Ministerio Público, la Policía Nacional, el ICBF y la Fiscalía, quienes tienen el deber no solo de orientar a la víctima en relación con sus derechos, sino además el de ofrecerle la debida protección. En virtud del desarrollo de estas atribuciones y en lo relativo a la protección integral de la víctimas, la Ley 906 de 2004 estipula en el artículo 3.º la prelación de los tratados internacionales en conexión con los artículos 93 y 94 constitucionales que consagran el bloque de constitucionalidad y los derechos contenidos en los tratados internacionales, como se explica en la siguiente sección. Pues así la misma ley procesal penal contiene esta disposición que vincula a los demás cuerpos legislativos supranacionales, lo que deja de manifiesto la preocupación del legislador por la orientación y la declaratoria de estos enunciados integradores.

La constitucionalización del derecho penal se articula con la Carta política no como una simple declaración o la expresión de un discurso político.

La consagración y el reconocimiento en el texto constitucional de principios, derechos y libertades tienen carácter vinculante y obligan al poder público en el ejercicio del *ius puniendi* no solo a abstenerse frente a posibles violaciones de los derechos como el de la libertad, sino a actuar positivamente para garantizar el debido respeto y eficacia de aquellos derechos que en la práctica pueden ser vulnerados en los procesos penales⁵⁵.

Conforme a lo anterior, el plexo normativo penal es sin duda alguna garante por el respeto de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. bajo el cuerpo normativo de aplicación preferente en el respeto de los derechos que se evidencia a continuación.

Con la Ley 1098 de 2006, conocida como el Código de Infancia y Adolescencia, se inicia el verdadero cambio de paradigma frente a la situación jurídica de la niñez colombiana, es con la expedición de esta ley que se lograron introducir los principios, derechos y obligaciones contenidas en la CDN de 1989. El otorgar a los niños la cualidad de sujetos de derecho⁵⁶ significa un abandono de la idea de niño en situación

55 JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal*, t. I, Bogotá, Externado, 2013, pp. 61 y 62.

56 Ley 1098 de 2006. "artículo 7.º *Protección integral*. Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos..."

de irregularidad, vulnerabilidad y, por ende, sujeto pasivo de protección, hasta el momento predominante en el ordenamiento jurídico colombiano. Con posterioridad, el niño es considerado como un sujeto titular de derechos, que prevalecen frente a los derechos de los demás⁵⁷ y se refuerzan bajo el postulado de interés superior⁵⁸ que supone una obligación *erga omnes* de garantizar sus derechos que son universales, prevalentes e independientes.

Es importante aclarar que en el artículo 2.º de la ley en comento se establece como objeto del Código de la Infancia y la Adolescencia garantizar el ejercicio a los niños de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento, e integra totalmente para su interpretación y aplicación los tratados internacionales ratificados por Colombia en esta materia. Además, introducen procedimientos especiales para la atención de niños y niñas víctimas, señalados en su título II capítulo único, en el que se reafirma la prevalencia del interés superior del niño.

Por su parte, el artículo 193 numeral 7 de esta ley, fija la especial atención como criterio en el actuar de las autoridades judiciales donde intervenga un menor de edad, evitando que se estigmatice o se le generen nuevos daños en el transcurso del procedimiento. En el mismo escenario, el artículo 194 afirma que no se podrá exponer a la víctima frente a su agresor, para tal fin se utilizará cualquier medio tecnológico y acompañamiento por profesionales especializados que adecúen el interrogatorio y contrainterrogatorio en un lenguaje comprensible a la edad correspondiente de la víctima.

Por último, con la expedición de la Ley 1146 de 2007 se crea el Comité Interinstitucional Consultivo para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los NNA víctimas del abuso sexual, en el que intervienen las entidades encargadas no sólo de prevenir sino de atender los casos en que figure este tipo de víctimas. Y la Ley 1236 de 2008, que modificó algunos artículos relacionados con delitos sexuales, mantiene las conductas contempladas como punibles en la Ley 599 de 2000 bajo el rótulo de actos sexuales abusivos, incrementando su pena mínima de 4 a 8 años y su máxima de 12 a 20 años.

57 Véase artículo 9.º Ley 1098 de 2006.

58 Véase artículo 8.º Ley 1098 de 2006.

III. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA

A. Bloque de Constitucionalidad

Con la instauración de la Convención de Derechos del Niño –CDN– en 1989 y la concomitante expedición en Colombia del Decreto 2737 o Código del Menor, se establece un nuevo paradigma en relación con los NNA fundamentado en preceptos de vulnerabilidad y proteccionismo frente a los mismos. Sin embargo, con la formulación de la Carta Política en 1991 y su paradigma garantista se evidenció la necesidad de modificación del ordenamiento jurídico respecto de los niños, y así materializar lo estipulado en la CDN.

Años después, con la expedición de la Ley 1098 de 2006 conocida como Código de Infancia y Adolescencia, se consolida el cambio legislativo que con anterioridad se manifestó, pasando de un precepto proteccionista a un nuevo parámetro que concede derechos y empodera a los niños para su ejercicio, en este lapso fue la producción jurisprudencial la encargada de suplir paulatinamente ciertos vacíos del ordenamiento jurídico en pro de la armonización con la Constitución nacional y lo establecido en la Convención de 1989 que entre otras cosas goza de fuerza vinculante para los Estados parte.

Dicha producción jurisprudencial evidencia la progresiva evolución del ordenamiento jurídico y la forma en que se pasó de considerar al niño un objeto vulnerable que reclama protección⁵⁹ a considerarlo como un verdadero sujeto de derecho al que se le debe garantizar su desarrollo armónico y su participación en la sociedad⁶⁰. El bloque de constitucionalidad reconocido en el artículo 93 de la Carta Política, en el artículo 2.º de la Ley 1098 de 2006 en donde se expresa que la finalidad de la ley es garantizar el ejercicio a los niños de derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales y en la Constitución Política, así como en el artículo 6.º del mismo cuerpo normativo, que reconoce que los tratados e instrumentos internacionales así como la Constitución Política son parte integral del Código, se desarrolló principalmente por vía jurisprudencial.

59 Se hace referencia a la ideología del Decreto 2737 de 1989.

60 Se hace referencia a la filosofía de la Ley 1098 de 2006.

Con respecto al bloque de constitucionalidad, la Sentencia C-574 de 1992⁶¹ estableció que los convenios sobre derecho internacional humanitario tienen carácter prevalente sobre la legislación nacional, y se configuró como la primera de una serie amplia de providencias⁶² en donde se desarrolló el concepto. En general, la Corte Constitucional entiende por bloque de constitucionalidad el grupo compuesto por los tratados internacionales de derechos humanos a que se refiere el artículo 93 del Estatuto Superior, las leyes orgánicas (art. 151 C. P.), las leyes estatutarias (art. 152 C. P.) y los tratados que integran el contenido normativo del artículo 101 de la Carta⁶³.

B. Protección estatal

La preocupación netamente proteccionista que permeaba las esferas sociales y jurídicas condujo a que la Corte, en relación con la condición de inimputabilidad de los menores de edad establecida en el Decreto 2737, sostuviera que:

El concepto de sentencia condenatoria no se predica de las infracciones penales cometidas por menores, pues a ellos no se les condena, sino que se les impone una medida rehabilitadora y protectora⁶⁴.

De otra parte, en Sentencia T-019 de 1995⁶⁵ respecto de la obligación del Estado de proteger a la infancia se dice que la inclusión de los derechos fundamentales de los niños en la Carta Política es la culminación de una serie de producciones legislativas que apuntan a la misma fi-

61 Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 28 de octubre de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN.

62 Al respecto, por ejemplo: Corte Constitucional. Sentencias C-295 de 29 de julio de 1993, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ; C-578 de 4 de diciembre de 1995, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ; C-135 de 9 de abril de 1996, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA; C-358 de 5 de agosto de 1997, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ; C-582 de 11 de agosto de 1999, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

63 Corte Constitucional. Sentencia C-191 de 6 de mayo de 1998, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

64 Al respecto, ver Corte Constitucional. Sentencias C-019 del 25 de enero de 1995, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ; y C-394 del 7 de septiembre de 1995, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

65 Corte Constitucional. Sentencia T-019 de 1995, cit.

nalidad de proteger a la infancia, garantizándole las condiciones mínimas para su integridad personal, y una de las formas de garantizar esas condiciones mínimas a las que hace alusión es la contenida en Sentencia T-441 de 1995⁶⁶, respecto de la necesidad de proteger a las menores de las consecuencias de una actuación irregular de su madre y el uso de menores para violar la ley.

Siguiendo la línea del argumento proteccionista, la Corte Constitucional en Sentencia T-510 de 2003⁶⁷ alerta sobre la necesidad de asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños desde el punto de vista físico, psicológico, intelectual, afectivo y ético así como la plena evolución de su personalidad.

C. Interés superior del niño

La CDN de 1989 retomó de la Declaración de Derechos del Niño de 1959 el concepto de interés superior del niño y lo dotó con fuerza vinculante debido a que la CDN es un instrumento que obliga a los Estados parte a garantizar el cumplimiento de las disposiciones allí contenidas.

La Corte Constitucional de Colombia ha manifestado que el interés superior del niño es la obligación de dar un trato acorde con la prevalencia de sus derechos para proteger al niño de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice su desarrollo normal y sano, obligación que se predica de la familia, el Estado y la sociedad⁶⁸. En ese aspecto, con la Sentencia T-587 de 1998⁶⁹ ya era posible observar la postura que ha mantenido la Corte frente al concepto, puesto que alerta que ante eventuales conflictos entre derechos del niño y los de sus padres, se optará por los que satisfagan los derechos de los niños.

66 Corte Constitucional. Sentencia T-441 de 2 de octubre de 1995, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

67 Corte Constitucional. Sentencia T-510 de 19 de junio de 2003, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

68 Al respecto véase: Corte Constitucional. Sentencias T-514 de 21 de septiembre de 1998, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO; T-515 de 22 de mayo de 2008, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ; T-435 de 2 de julio de 2009, M. P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB; T-093 de 17 de febrero de 2009, M. P.: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO; y T-117 de 7 de marzo de 2013, M. P.: ALEXEI JULIO ESTRADA.

69 Corte Constitucional. Sentencia T-587 de 20 de octubre de 1998, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

De lo anterior, la Corte expresó que el interés superior del niño se caracteriza por reunir una serie de cualidades⁷⁰. a saber: *Es real*: debe fundarse en verdaderas necesidades⁷¹. *Es independiente*: No debe fundarse solamente en caprichos de los padres. *Es relacional*: Ante un eventual conflicto, prima el interés superior. *Es ético*: Propugna por una adecuada protección para educarlo.

En Sentencia T-408 de 1995⁷² en el que el accionante actúa en representación de los intereses de su nieta, solicita que se obligue al padre a dejar que la niña visite a su madre que está reclusa en establecimiento carcelario, a lo que la Corte contestó concediendo la solicitud aduciendo el interés superior del menor y el derecho a tener una familia.

D. El niño como sujeto de derechos fundamentales

El aporte más significativo de la CDN de 1989 fue pasar de considerar al niño como objeto en situación irregular a atribuirle la condición de sujeto de derechos. Dicho reconocimiento se vio rápidamente reflejado en el ordenamiento interno colombiano con la proclamación de la Constitución Política de 1991 que destina un acápite especial al reconocimiento de los derechos fundamentales de los niños enfatizando en que éstos se deben garantizar y entender en razón de tratados internacionales.

Acerca del carácter fundamental de los derechos del niño⁷³ la Corte Constitucional ha señalado su importancia y, en razón a la premisa anterior, en palabras de la Corte el artículo 44 de la Constitución Nacional requiere de protección y garantía reforzada de los derechos de los niños⁷⁴ frente a todas las formas de irrespeto a la dignidad humana.

70 Al respecto véase: Corte Constitucional. Sentencias T-408 de 12 de septiembre de 1995, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ; T-412 de 10 de abril de 2000, T-090 de 15 de febrero de 2010, M. P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB; y T-145 de 3 de marzo de 2010, M. P.: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

71 En Corte Constitucional. Sentencia T-543 de 28 de mayo de 2004, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, la Corte alerta que el interés superior del niño se determina en atención a casos concretos, dada su índole real y relacional.

72 Cit., ver *supra*, nota n.º 70.

73 Corte Constitucional. Sentencias T-323 de 14 de julio de 1994, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, respecto del derecho fundamental a la educación; T-1166 de 17 de noviembre de 2005, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL; y T-1223 de 25 de noviembre de 2005, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, en relación a derecho fundamental de la salud.

74 En Corte Constitucional. Sentencia T-576 de 5 de junio de 2008, M. P.: HUMBERTO ANTONIO

El Comité de los Derechos del Niño a través de la observación general número 12 acerca del derecho de los niños a ser escuchados, dijo que dicha garantía los reconoce como *plenos sujetos de derechos* y que se debe efectuar en función a su edad y madurez, recuerda además que así deben ser considerados para la interpretación del resto de sus garantías. Apoyando la tesis sostenida por el Comité, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁷⁵ catalogó como inapropiada la desclasificación *ex-ante* del testimonio del menor alegando supuesta inmadurez, en especial cuando se trata de los NNA víctimas de abuso sexual.

Para finalizar este acápite, en Sentencia T-078 de 2010⁷⁶ la Corte Constitucional advierte que el ignorar el testimonio del menor es incurrir en una vía de hecho por contrariar el precedente constitucional⁷⁷, según el cual en los casos de abusos de menores, el testimonio de la víctima puede ser suficiente como prueba de cargo.

El análisis del ordenamiento jurídico en torno a los NNA nos permite distinguir la relación que subyace entre el contexto normativo nacional e internacional, de ello podemos afirmar que el avance en la protección interna de la infancia viene inspirado y supeditado a estándares de carácter internacional, lo anterior en virtud a la figura de bloque de constitucionalidad; así las cosas, el estudio íntegro del cuerpo normativo se erige como una herramienta valiosa para detectar deficiencias y virtudes en la ejecución de los denominados actos urgentes con observancia o sin ella de los postulados legales, disertación que se realizará en un acápite posterior.

SIERRA PORTO, se sostiene que una sociedad que no vela porque “sus niños y niñas crezcan saludables en un ambiente propicio para ejercer de modo pleno sus derechos, libres de carencias, de maltratos, de abandonos y de abusos, no sólo pone en duda su presente sino que siembra serias incertidumbres sobre lo que habrá de ser su futuro”.

75 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 26 de enero de 2006, rad. 23706.

76 Corte Constitucional. Sentencia T-078 de 11 de febrero de 2010, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

77 Véase Corte Constitucional. Sentencia T-554 de 10 de julio de 2003, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

CAPÍTULO TERCERO

REVICTIMIZACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES. UNA MIRADA DESDE LA TEORÍA

I. CONCEPTOS BÁSICOS

A. El concepto de criminología

La criminología en términos actuales, siguiendo la postura de GARCÍA-PABLOS,

es la ciencia empírica interdisciplinar que tiene por objeto el crimen, la víctima, el delincuente y el control social del comportamiento delictivo; y que aporta una información válida, contrastada y fiable sobre la génesis, dinámica y variables del crimen⁷⁸.

Sin embargo, la preocupación por estudiar a la víctima del delito no siempre estuvo presente en los trabajos tendientes a explicar el crimen, y es por ello que los primeros estudios criminológicos pretendían explicar el suceso delictivo desde la figura del criminal, olvidando los demás factores que influyen en la configuración del actuar delictivo.

Un claro ejemplo de ello es la criminología tradicional o de corte positivista, corriente de pensamiento que tuvo gran difusión en Italia, consideraba que más allá del conocimiento objetivo, dado por la realidad palpable, no había ningún orden posible, sin embargo como lo ilustra también GARCÍA-PABLOS:

78 ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Tratado de criminología*, t. I, Santa Fé (Argentina), Editorial Rubinzal Culzoni, 2009, p. 35.

El positivismo cree en la existencia de leyes “naturales”. Pero dichas leyes no tienen origen en una instancia iusnatural o metafísica, sino en otro absoluto: el orden físico y social⁷⁹.

Por ende, el positivismo criminológico suponía que desde el estudio tipológico se podrían detectar una gama amplia de sujetos con anormalidades orgánicas y psíquicas. Con lo anterior, el mismo autor advierte que

El protagonismo del delincuente polariza el análisis positivista, matiza todos sus planteamientos. Para la *Scuola Positiva*, no se castiga el hecho, el delito, sino al autor⁸⁰.

B. El concepto de víctima

Resulta necesario señalar que no existe un concepto unificado de víctima, por esta razón en este espacio se anuncia la definición a tener en cuenta en lo sucesivo, en busca de contextualizar la investigación, para cumplir tal objetivo se realiza una revisión de algunos significados que ha tenido el término. El concepto de víctima dentro de los estudios positivistas de corte tradicional fue considerado como un simple objeto que no aportó nada en el suceso criminal, por ende estos estudios se restringían en favor del delincuente, se perfilaban como lo advierte GARCÍA-PABLOS “en el seno de la *pareja criminal*”⁸¹, lo que es lo mismo el binomio víctima-delincuente.

Los estudios adelantados por MENDELSON⁸² en relación con la víctima condujeron a que su propuesta se encaminara a no diferenciar entre víctima y víctima del delito a fin de que el estudio victimológico cobrara independencia con relación al sistema penal y la criminología, sin embargo, citando a GARCÍA-PABLOS,

Predomina una tendencia a considerar a la víctima en términos restrictivos sin prescindir de los procesos de victimización, así por ejemplo DADRIAN concibe el análisis de la víctima desde el estudio de los procesos sociales a través de los cuales individuos y grupos son maltratados⁸³.

79 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Tratado de criminología*, cit., p. 439.

80 *Ibid.*, p. 443.

81 *Ibid.*, p. 127.

82 BENJAMIN MENDELSON. *La victimologie*. Paris, Presses Universitaires de France, 1958.

83 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Tratado de criminología*, cit., p. 129.

Junto a los conceptos de víctimas anteriores, hay una gama de estudios que califican a la víctima, tal como indica GARCÍA-PABLOS, interactuando con la tesis de SANGRADOR,

como el sujeto que padece los efectos del sistema legal, el delincuente que por los malos tratos del sistema se convierte en víctima, o el grupo de determinados colectivos, tradicionalmente sometidos, por su vulnerabilidad, a vejaciones no siempre sancionadas por las leyes o castigadas en la realidad⁸⁴.

La concepción tradicional marxista de víctima afirma que es una construcción social de los poderosos o mecanismos de defensa de las clases dominantes para legitimar o enmarcar la explotación y el sometimiento de las clases oprimidas⁸⁵. Las Naciones Unidas en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso del Poder, la define de la siguiente manera:

1. Se entenderá por “víctimas”, las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. [haciendo extensivo el concepto] a los familiares o personas a cargo que tengan una relación inmediata con la víctima y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización⁸⁶.

Para fines del presente trabajo, se acoge el concepto de víctima aportada por Naciones Unidas, recordando que la preocupación respecto de la víctima que se desarrolla en estas líneas, tiene que ver con la situación de ésta ante las instancias formales de control y la situación de abandono a que ha sido abocada por el mismo sistema que en principio se configuró para protegerla. Así las cosas, asumimos nuestro estudio,

84 Ibid., p. 129.

85 En este sentido, SCHNEIDER. *Kriminologie*, citado en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Tratado de criminología*, cit., p. 126.

86 Organización de las Naciones Unidas. “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso del poder”, 29 de noviembre de 1985, anexo de la Resolución 40/34 de la Asamblea General, p. 313, disponible en [https://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium_2006_es_part_03_02.pdf], última consulta: enero de 2015.

en relación con la víctima, siguiendo los postulados victimológicos de BUSTOS RAMÍREZ y LARRAURI PIJOÁN:

Entenderemos por victimología el estudio de los procesos que en relación con el sistema penal llevan a la definición de víctima⁸⁷.

C. La victimología. Génesis

El análisis del delincuente ha sido un tema recurrente en los estudios que intentan explicar el fenómeno criminal y de allí que corrientes como la criminología positivista o de corte tradicional y la misma génesis del sistema penal hayan otorgado gran importancia al victimario dejando excluida a la víctima del objeto de estudio.

La criminología de corte positivista del siglo XIX centró su análisis de estudio en la explicación del delito, y para tal fin se le consideraba al delincuente como un ser concebido por naturaleza para delinquir, que por ende debía ser exterminado o siquiera controlado, dejando así de un lado el estudio de la víctima como la cara opuesta de la acción delictiva, lo que en palabras de GARCÍA-PABLOS se denomina “binomio víctima-delincuente”⁸⁸.

El sistema penal, como institución de orden público, nació y se cimentó con el ánimo de neutralizar a la víctima⁸⁹, por lo tanto el Estado, como controlador del ordenamiento penal, se atribuye el monopolio del *ius puniendi* o facultad sancionadora, argumentado que de otra manera se desencadenaría un grave problema de venganzas pasionales interminables en el seno de la sociedad. Es por ello que GIRARD⁹⁰ entiende que las decisiones de la autoridad judicial siempre se afirman como la última palabra de la venganza.

87 JUAN BUSTOS RAMÍREZ y ELENA LARRAURI PIJOÁN. *Victimología: presente y futuro*, Bogotá, Temis, 1993, p. 9.

88 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Tratado de criminología*, cit., p. 126.

89 Al respecto “El dispositivo penal-sustantivo y procesal surge históricamente, de hecho, para neutralizar a la víctima, disociándola y segregándola de su posición natural junto al delincuente, a fin de recabar para el Estado el monopolio de la reacción penal”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Tratado de criminología*, cit., p. 79.

90 RENÉ GIRARD. *La violencia y lo sagrado*, JOAQUÍN JORDÁ (trad.), Barcelona, Anagrama, 2012, p. 23.

El anterior panorama resulta desfavorable para los intereses de la víctima que fue excluida de las preocupaciones académicas y jurídicas, al respecto GARCÍA-PABLOS afirma categóricamente que:

Aunque parezca paradójico, tanto la criminología como el sistema penal han volcado sus esfuerzos de forma exclusiva en el delincuente, abandonando el estudio de la víctima, que sólo ha merecido de la sociedad compasión⁹¹.

La situación de olvido a la que se tenía condenada a la víctima del injusto, considerada como un mero objeto del resultado criminógeno se mantuvo dentro de la organización del Estado y la puesta en marcha de la política criminal, pues sus esfuerzos y prioridades se centraban irreductiblemente en la figura del delincuente, omitiendo la relación entre éste y su víctima.

En el siglo xx los esfuerzos sobre todo académicos ponen de manifiesto la necesidad de estudiar a la víctima, lo anterior en virtud a un suceso atroz que apenas terminaba, la Segunda Guerra Mundial; parafraseando a PÉREZ PINZÓN y PÉREZ CASTRO⁹²:

El estudio de la víctima comenzó hacia 1940 bajo dos posturas bien demarcadas, de una parte bajo a título de causa o factor de la criminalidad y de otra desde la óptica de un hecho desligado del comportamiento humano ante el que sucumbe cualquier persona.

Con lo anterior, la criminología tradicional –siguiendo sus máximas de acción– trasladó la idea de criminal que se tenía en el siglo xix, como un ser patológicamente criminal, a la configuración de víctima entrado el siglo xx, por lo tanto se empieza a hablar de *homo víctima*⁹³ como un ser propenso al crimen que se debía exterminar y de esa manera erradicar el delito, es por esto que BUSTOS y LARRAURI⁹⁴ advierten que

... en la primera fase de desarrollo, la victimología permaneció demasiado limitada al análisis del papel causal de la víctima en el origen del delito, la descripción de las características específicas de la víctima y la definición de modelos de relación entre víctimas y los autores.

91 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Tratado de criminología*, cit., p. 79.

92 ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN y BRENDA JOHANNA PÉREZ CASTRO. *Curso de criminología*, 8.ª ed., Bogotá, Temis, 2009, p. 126.

93 Al respecto: HANS VON HEHTIG. *The criminal and his victim, studies in the socio-biology of crime*, New Haven, Yale University Press, 1948.

94 BUSTOS RAMÍREZ y LARRAURI PIJOÁN. *Victimología: presente y futuro*, cit., p. 4.

D. La víctima como objeto de estudio. Afianzamiento

Varios estudiosos del tema⁹⁵ coinciden en afirmar que HENTIG y MANDELSON fueron los pioneros en el estudio de la víctima, a ellos se le debe que exista el término “víctima” ya que lo acuñaron, siguiendo lo expuesto por GARCÍA-PABLOS, así:

La víctima no es un objeto, un elemento “pasivo”, sino un sujeto activo que contribuye decisivamente en el proceso de criminalización, en la génesis y en la ejecución del hecho criminal⁹⁶.

Esta incipiente preocupación académica, acompañada por el interés por la *cifra negra*⁹⁷ de parte de la criminología, los movimientos feministas del siglo XX, entre otros sucesos y corrientes de pensamiento⁹⁸ como el nuevo realismo, el abolicionismo, el derecho penal mínimo y los juristas en general dedicados al proceso, que reclamaron mayor protección a la víctima, impulsaron la consolidación del estudio victimológico en los años 1970 y 1980, este se desarrolló desde la concepción de un anti-garantismo profesado hacia el delincuente. Así, paulatinamente la sociedad demuestra una preocupación por los intereses de la víctima, lo que repercute en un aumento exponencial de los derechos que les otorgan tanto sustantivos como procesales, en relación a esto último SILVA SÁNCHEZ afirma:

La opinión pública se inclina hoy a identificarse más con la víctima que con el árbitro, con el gobernado más que con el gobernante, con el contrapoder más que con el poder, con el justiciero más que con el legislador⁹⁹.

95 Ejemplo de ello GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Tratado de criminología*, cit.; SANGRADOR GARCÍA. “La victimología y el sistema jurídico penal”, cit.; PÉREZ PINZÓN y PÉREZ CASTRO. *Curso de criminología*, cit.; BUSTOS RAMÍREZ y LARRAURI PIJOÁN. *Victimología: presente y futuro*, cit.

96 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Tratado de criminología*, cit., p. 121.

97 Explicando la tesis de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Tratado de criminología*, cit., “La cifra negra hace referencia a los casos no denunciados por diferentes factores como miedo, amenaza, vergüenza etc., por lo tanto la criminología, que se ocupa de ello, actúa desde la realidad, a diferencia de la ciencia penal que actúa desde la norma legal”.

98 Al respecto PÉREZ PINZÓN y PÉREZ CASTRO. *Curso de criminología*, cit.: “... nuevamente se dedica la atención a la víctima del delito, especialmente por obra de algunos movimientos criminológicos y de procesalistas”.

99 JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. “¿Consideraciones victimológicas en la teoría del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática”, en ENRIQUE ECHEBURÚA ODRIOZOLA, JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI e IÑAKI DENDALUCE SEGUROLA (coords.). *Criminología y derecho penal al servicio de la persona: Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1989, p. 108.

Este redescubrimiento de la víctima condujo a la aparición de la *nueva victimología*¹⁰⁰, que se manifiesta, según GARCÍA-PABLOS, en que:

En las últimas décadas esa focalización en la figura del criminal parece haberse trasladado paulatinamente a la situación delictiva en sí misma y a los actores que la configuran, fundamentalmente dos: el delincuente y su víctima¹⁰¹.

Todo el esquema construido en favor de la víctima desbocó en una nueva forma de estudiarla, ya no en términos patológicos como pretendió el positivismo criminológico, sino en términos de vulnerabilidad, daño y tratamiento de la misma, de ahí que BUSTOS y LARRAURI consideren que las áreas de conocimiento que hoy se relacionan con la victimología son, a saber:

Las encuestas de victimización (información acerca de las víctimas). La posición de las víctimas en el proceso penal (los derechos de las víctimas), La atención asistencial y económica a la víctima (las necesidades de la víctima)¹⁰².

Así las cosas, es pertinente advertir que la victimología centra sus esfuerzos en advertir los daños causados a la víctima, averiguar el origen de los mismos, y propugnar por una eventual reinserción y resocialización mediante programas para tratarla; por lo tanto, corresponde a la victimología describir la cantidad de daños ocasionados a las víctimas desde las diferentes posibilidades de hacerlo, bien sea victimización primaria, secundaria o terciaria. Por victimización primaria se entiende el encuentro directo con la acción delictiva; la secundaria se desprende del encuentro de la víctima con las instancias formales de control (policía, tribunales, entidades administrativas); y la terciaria supone el encuentro con la sociedad después del suceso delictivo, no permitiendo la re-inserción a la misma.

Lo que nos interesa para fines prácticos del presente trabajo es la revictimización a la que es sometida la víctima de un delito en el momento del encuentro con la autoridad, en lo referido a situaciones de no apoyo y demora en su atención, sucesos que provocan un ahondamiento en su sufrimiento.

100 "La nueva victimología que se diferencia de la anterior, fundamentalmente, en su preocupación por las necesidades y derechos de la víctima y en su sensibilidad por no contraponer los derechos de las víctimas a los derechos de los delincuentes. BUSTOS RAMÍREZ y LARRAURI PIJOÁN. *Victimología: presente y futuro*, cit., p. 56.

101 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Tratado de criminología*, cit., p. 114.

102 BUSTOS RAMÍREZ y LARRAURI PIJOÁN. *Victimología: presente y futuro*, cit., p. 58.

E. El encuentro con las instancias formales de control.

Victimización secundaria

La problemática planteada¹⁰³ supone apenas un obstáculo para que la víctima, que tiene primordialmente la opción de acudir ante la autoridad, no lo haga. Sin embargo hay otras razones que explican este fenómeno abstencionista, basta revisar algunos estudios respecto de casos no denunciados¹⁰⁴, para detectar razones de índole psicológico que terminan por gestar en la víctima sentimientos de impotencia, autoinculpación, indefensión, miedo a represalias por la denuncia y razones de índole psicosocial a las que GARCÍA-PABLOS califica como

La tendencia a culpabilizar a la víctima misma “algo habrá hecho”, “las desgracias sobrevienen a quien las merece”, es un fenómeno social llamativo¹⁰⁵.

No obstante las nuevas exigencias en favor de la víctima indujeron a pensar el ordenamiento penal como un mecanismo de ayuda para la superación del trauma generado, porque la sociedad experimenta una sensación de lástima, compasión y culpa frente a la víctima, que solamente mediante la pena, finalidad del proceso penal, se puede superar. Al respecto, SILVA SÁNCHEZ sostiene que:

... ya que la sociedad no ha sido capaz de evitarle a la víctima un trauma causado por el delito, tiene, al menos en principio, la deuda frente a aquella consistente en el castigo del autor¹⁰⁶.

103 Referencia a “victimización secundaria”, producto del encuentro de la víctima con las instancias formales de control.

104 Véase: JOSÉ LUIS SANGRADOR GARCÍA. “La victimología y el sistema jurídico penal”, en FLORENCIO JIMÉNEZ BURILLO y MIGUEL CLEMENTE DÍAZ (comps.). *Psicología social y sistema penal*, Madrid, Alianza Editorial, 1986, pp. 61 a 90; LUCÍA DAMMERT. “Construyendo ciudades inseguras: temor y violencia en Argentina”, en *EURE* vol. xxvii, n.º 82, diciembre de 2001, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile; JUAN MANUEL SAUCEDA-GARCÍA. “Identificación del abuso sexual en pediatría”, en *Gaceta Médica de México*, vol. 135 n.º 3, 1999, pp. 262 a 267.

105 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Tratado de criminología*, cit., p. 127. A esta postura se le conoce con el nombre de “Creencia de un mundo justo” al respecto véase ISABEL CORREIRA, JORGE VALA y PATRICIA AGUIAR. “The Effects of Belief in a Just World and Victim’s Innocence on Secondary Victimization, Judgements of Justice and Deservingness”, en *Social Justice Research*, vol. 14, n.º 3, septiembre de 2001, pp. 327 a 342, disponible en [www.ics.ul.pt/rdonweb-docs/sjr_2001.pdf], última consulta, enero de 2015.

106 SILVA SÁNCHEZ. “¿Consideraciones victimológicas en la teoría del delito?...”, cit., p. 51.

Esta solidaridad manifestada por el grupo social, impulsa a que el Estado, por intermedio de los órganos que materializan su facultad sancionadora, garanticen los derechos de las víctimas y castiguen el actuar delictivo; es relevante advertir que la figura del delito como esencia del sistema normativo es el resultado de un proceso que responde a dinámicas sociales y reales de control social, la desviación, concepto más amplio y menos formal por su parte se configura, en palabras de GARCÍA-PABLOS

... en la medida en que determinados comportamientos se aparten de expectativas sociales cambiantes, de la mayoría social. La desviación no reside en la conducta misma, sino en los demás¹⁰⁷.

Es la función de los órganos formales de control en el desarrollo de su misión evitar cualquier manifestación de desamparo de la víctima, tanto es así, que en ocasiones se sobrepone dicha función a la natural que es castigar la conducta delictiva. Bajo este entendido, se incumple con el objeto del proceso según GARCÍA-PABLOS cuando

... los propios órganos e instancias de control penal con su indiferencia burocrática, incrementan y perpetúan los efectos derivados del delito (victimización secundaria)¹⁰⁸.

O cuando según expone NEUMAN

Se centra la actividad en la materialidad del delito y la búsqueda de la “verdad objetiva”. Interesa más el delito y la llamada seguridad social o pública que ciertos jueces creen investir, que los actores del drama penal, víctima y victimario¹⁰⁹.

En este panorama nace una nueva preocupación, la utilización de la víctima por parte del órgano encargado de hacer justicia como sujeto que llevará al enjuiciamiento del delincuente, asignándole a la víctima cargas dentro de los procesos, negándosele derechos y, por ende, incrementando su sufrimiento. Al respecto GARCÍA-PABLOS señala que:

107 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Tratado de criminología*, cit., p. 91.

108 ELÍAS NEUMAN. *Victimología y control social*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1994, p. 231.

109 *Ibid.*, p. 145.

El proceso penal garantiza escrupulosamente la vigencia efectiva de los derechos del acusado reconocidos por la leyes. Por el contrario, la víctima inocente del delito sólo inspira, en el mejor de los casos compasión, a menudo desconfianza, recelo, sospecha... Sus derechos no son objeto de un reconocimiento legal tan solemne como los del acusado¹¹⁰.

En relación con el anterior panorama, se puede afirmar que la victimización secundaria, que por lo general resulta ser más grave que la primera¹¹¹, puesto que supone un ahondamiento del daño causado, se presenta en diferentes momentos de la actuación penal –que inicia con la presentación de la denuncia y concluye con la sentencia condenatoria o absolutoria– a causa de varios motivos que se pueden sintetizar en prácticas no apropiadas de parte de los funcionarios del sistema penal, congestión judicial y disidencia entre los objetivos de la víctima y los que persigue el poder punitivo.

De estas situaciones adversas se desprenden consecuencias psicológicas, sociales jurídicas y económicas negativas en la relación de la víctima con el sistema jurídico penal, de allí que sea necesario, en palabras de GARCÍA-PABLOS,

Ponderar los perjuicios económicos, familiares, laborales y de la más variada índole que experimenta la víctima cuando presta su colaboración a la justicia¹¹².

Al momento de la denuncia, es responsabilidad de la entidad encargada de investigar la ocurrencia del delito, encaminar todos sus esfuerzos en pro a la atención inmediata de la víctima del actuar delictivo, es por ello que de este operar *ipso facto* depende en gran medida el éxito o fracaso del resto del proceso penal. En la ejecución de los actos urgentes, entendidos como esas primeras actuaciones para reunir material probatorio que permita acreditar el acaecimiento de los hechos objeto de la denuncia y por ende la condena del infractor, en especial cuando se tengan indicios de que puedan desaparecer con el tiempo, no se debe olvidar que la víctima se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad, que debe ser ponderada y tratada conforme a ella.

110 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Tratado de criminología*, cit., p. 145.

111 Al respecto, ANTONIO BERISTAIN IPIÑA. *Criminología, victimología y cárceles*, t. 2, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1996; y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Tratado de criminología*, cit.

112 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Tratado de criminología*, cit., p. 171.

Entonces adquiere especial importancia la declaración de la víctima, que al ser recepcionada de manera errónea por emplearse preguntas mal formuladas e innecesarias y analizar las respuestas sin considerarse las condiciones particulares de la víctima, produce a largo plazo un efecto adverso para ésta que tendrá que recordar y repetir una y otra vez en diferentes etapas procesales los hechos delictivos en los que resultó afectada.

Por otra parte, los exámenes médicos y las intervenciones terapéuticas que sean llevadas a cabo por profesionales inescrupulosos y mal preparados, que excaven el dolor o se practiquen sin las condiciones de privacidad pertinentes, y la toma de fotografías innecesarias so pretexto de dejar prueba de las heridas físicas encontradas, se configuran como prácticas que tienden por lo general a hacer desistir de la denuncia a la víctima. Frente al particular, SORIA advierte que:

La respuesta de las instituciones policiales y judiciales ante la denuncia de un delito suele ser muy deficiente debido a los inadecuados procedimientos de atención que se realizan, en momentos como la atención policial, la declaración de la denuncia y la valoración física¹¹³.

II. IMPLICACIONES DE LOS ACTOS URGENTES EN LA REVICTIMIZACIÓN DESDE EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO

A. Introito a la problemática

Como se ha visto, el sistema penal, debido a los aportes provenientes de la victimología, ha tendido hacia la humanización. Las víctimas, que antes habían estado en el olvido han ido adquiriendo un rol más protagónico e intervencionista en el proceso penal (investigación, imputación, acusación y juzgamiento), y se les han reconocido sus derechos, dentro de ese marco, a la verdad, la justicia y la reparación desde un planteamiento normativo y jurisprudencial.

Por otro lado, tal y como se ha estipulado antes, los derechos de los NNA han corrido una suerte de evolución histórica conceptual desde

113 MIGUEL ÁNGEL SORIA VERDE y JOSÉ ANTONIO HERNÁNDEZ SÁNCHEZ. *El agresor sexual y la víctima*, Barcelona, Marcombo, 1994, p. 157.

la participación social posibilitada por su reconocimiento como sujetos de derechos establecidos en instancias del derecho internacional. Dado esto, los niños víctimas tienen una protección que está dada por una doble condición de privilegio e intervención que les otorga la titularidad de derechos especiales en la actuación procesal penal.

Debe ser de especial atención para los fines de este estudio que los derechos sexuales sean de vital importancia dentro de la integridad de las personas, un bien que es un valor de gran representatividad y que las conductas que atentan contra la libertad sexual tienen un impacto tanto en el campo físico como en el psicológico. Ante esto, se configura una victimización dada por una conducta que está tipificada por la norma penal y que ha de accionar el aparato judicial con la denuncia.

En este contexto de investigación dentro del proceso penal, adquieren relevancia las actuaciones que adelanta la Fiscalía General de la Nación, que como es sabido, es el órgano encargado de la persecución penal por mandato constitucional y legal. Todos los actos que se desarrollen dentro de esta dinámica procesal en donde se involucren como sujetos victimizados a los NNA, deben estar dirigidos a garantizar la satisfacción de estos derechos y a prevenir posibles hechos que acrecienten el daño sufrido con ocasión del injusto.

B. Actos urgentes

En la relación con los derechos de los NNA víctimas de delitos sexuales con las instancias formales de investigación penal, los actos que la Fiscalía General de la Nación promueva para la recolección de evidencia en la persecución penal, por medio de la Policía Judicial, tienen trascendencia en la prevalencia o la vulneración de los derechos de la infancia victimizada en las instancias del proceso penal. La Ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal consagra la condición y las funciones de la Policía Judicial, en especial en los artículos del 200 al 266.

Sin embargo, en los procesos en que estén involucrados los NNA como autores o partícipes de un tipo penal o como víctimas de los mismos, la Ley 1098 de 2006 o Código de Infancia y Adolescencia reglamenta sobre todo este asunto y estipula en el artículo 145 algunas singularidades en las características de Policía Judicial, que en este caso corresponderá exclusivamente a la Policía de Infancia y Adolescencia o a los miembros capacitados en derechos humanos e infancia, y en todo

caso en presencia de un defensor de familia, adelantar estas actuaciones.

Los actos urgentes son las actuaciones de la Policía Judicial tendientes a la recolección de evidencia que no requieren autorización del fiscal por el estado en que se encuentran o la necesidad de la inmediatez en el actuar. En otras palabras, AVELLA los define como:

Aquellos actos de investigación que tienen por objeto asegurar y recoger de manera inmediata la evidencia que está en riesgo de alterarse o de desaparecer, así como la más apremiante para las actuaciones inminentes, como en el caso de las audiencias preliminares de legalización de captura o imposición de medida de aseguramiento¹¹⁴.

Asimismo, la Fiscalía General de la Nación, en el Manual de procedimientos que da la bienvenida al sistema penal acusatorio, define actos urgentes como:

Las actividades que desarrolla la policía judicial en circunstancias que requieren de su intervención inmediata, por ejemplo, la inspección al lugar de los hechos para recolectar información y evidencias¹¹⁵.

No obstante lo anterior, se pueden presentar casos que requieran un allanamiento de carácter urgente, para lo cual sí se requiere de autorización por parte de la Fiscalía General de la Nación y del control posterior ante el juez de garantías, en lo referente a la orden, procedimiento y resultados. Aunque, en situaciones especiales en donde se consideren pueden salir perjudicados derechos fundamentales, la Policía Judicial podrá hacer la petición ante el juez de control de garantías en forma directa cumpliéndose la condición de extrema urgencia de acuerdo al artículo 246 de la Ley 906 de 2004, informando inmediatamente al Fiscal.

Una vez adelantados los actos urgentes, los funcionarios de Policía Judicial deberán rendir un informe ejecutivo en el que se consignen las

114 PEDRO ORIOL AVELLA FRANCO. *Programa metodológico en el sistema penal acusatorio*, p. 44, disponible en [www.fiscalia.gov.co/en/wp-content/uploads/2012/01/ProgramaMetodologicoenelSistemaPenalAcusatorio.pdf], última consulta febrero de 2015.

115 Fiscalía General de la Nación. "Manual de procedimientos de fiscalía en el sistema penal acusatorio colombiano", Bogotá, FGN, 2005, p. 17, nota n.º 7, documento disponible en: [http://nisimblat.net/images/MANUAL_FISCALIA.pdf], última consulta en enero de 2015.

actuaciones realizadas como medio de comunicación con la Fiscalía, sin que sea mandato legal, de forma escrita o verbal dentro de las 36 horas siguientes, con el fin de que el fiscal competente ejerza control de las garantías procesales sobre la actividad investigativa.

Dentro de las actuaciones que se pueden presentar bajo la modalidad de actos urgentes están: la inspección al lugar de los hechos o a lugares diferentes al hecho, la inspección y traslado de cadáver, entrevista a la víctima o a potenciales testigos y el interrogatorio al indiciado. Además, el embalaje de los elementos materiales probatorios y de la evidencia física, que deberán registrarse y someterse a cadena de custodia de conformidad con el artículo 205 de la Ley 906 de 2004.

De acuerdo con este procedimiento, en adición con las garantías que estipula la Ley 1098 de 2006 o Código de Infancia y Adolescencia, es preciso resaltar que la investigación penal depende en considerable medida de los actos urgentes que se lleven a cabo. Pero también, de igual manera, que estos actos tienen implicaciones en la integridad de los derechos de los NNA víctimas, pues debido a la falta de previsión de garantías suficientes para la salvaguarda de los mismos, puede surgir una victimización secundaria o una revictimización en la aplicación práctica.

Atendiendo a la importancia que revisten los derechos de la integridad sexual en las personas, resulta evidente la magnitud del daño que recibe el sujeto víctima de delitos que atenten contra este bien jurídicamente tutelado. Quien ha sido víctima de esta clase de delitos ha sufrido quizás un mal irreparable, teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad de los niños ora por su inmadurez psicológica, ora por su subdesarrollo físico, los efectos colaterales de la victimización se hacen incalculables.

Ahora bien, la aplicación de garantías de protección de los derechos de los NNA víctimas en muchos casos son insuficientes, conllevan una segunda victimización o revictimización con la aplicación incorrecta de los actos urgentes. La legislación nacional prevé en su *corpus iuris* un conjunto de prerrogativas que contribuyan a la prevención de estas agravaciones del daño recibido por vía del injusto penal, en especial, dada ya la observación, la Ley 1098 de 2006 o Código de Infancia y Adolescencia cuyas voces manifiestan la necesidad de la capacitación de los funcionarios de Policía Judicial al momento de ejecutar prácticas como entrevistas a los niños víctimas, y la presencia de un defensor de

familia, así como de un grupo especializado e interdisciplinar para su asistencia.

Desde estos procedimientos reseñados en la normativa nacional, se encuentra también una fijación de protocolos para la implementación de estas actividades, los cuales, aunque en efecto existen, no en todos los casos se aplican o se aplican indebidamente. Si bien es claro que lo que se quiere con el proceso penal es obtener la reparación para la víctima así como retribución, en la apuesta pragmática se está produciendo, muy al contrario de lo que se pretende, una mayor afectación en los NNA víctimas de delitos sexuales.

C. Revictimización de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales. Aproximación conceptual

La revictimización ha sido considerada por diversos autores como un fenómeno que se presenta cuando una víctima de una agresión va al encuentro de la realidad institucional o de las instancias de control y no se le brinda una adecuada atención en relación con el daño previo que lo ha victimizado. De los primeros autores que hablaron de victimización secundaria encontramos a KHÜNE¹¹⁶, para quien el término hace referencia a las consecuencias de este proceso que vive la víctima en el escenario que es creado por la agresión primaria frente a la policía, al sistema judicial o a los medios de comunicación. Sin embargo, el concepto de victimización secundaria también se ha predicado respecto al sufrimiento que se incrementa en el contacto con otras instituciones sociales, en una perspectiva mucho más amplia. Sobre este punto, GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, CORONEL y PÉREZ:

Las investigaciones en victimología han demostrado que diferentes situaciones (accidentes, catástrofes naturales, delitos) originan diversos procesos de victimización, que incluyen todas aquellas condiciones, situaciones, factores o circunstancias (económicas, políticas, sociales, psicológicas, biológicas) que causan una interrupción en la vida de alguien y que dan lugar al sufrimiento¹¹⁷. Estos procesos no afectan solo a la víctima directa, sus efectos abarcan también

116 HANS-HEINER KHÜNE. "Kriminologie: Victimologie der Notzucht", *Juristische Schulung*, 5, 1986, pp. 388 a 394.

117 ANNETTE PEARSON. "La victimología y sus desarrollos en América Latina, conferencia presentada en el IV Congreso Virtual de Psicología Jurídica, 2007.

a las familias, amigos, comunidad, a las personas encargadas de la asistencia y atención a ellas, y al mismo agresor¹¹⁸⁻¹¹⁹.

Estos factores que también pueden ser constitutivos de revictimización amplían el espectro desde el cual se pueden entender estos procesos de maximización del daño, así como además pueden hacerlo otras concepciones mismas de víctima, por ejemplo, las víctimas sociales¹²⁰ quienes son victimizadas por el sistema, que los excluye, no necesariamente por conductas tipificadas penalmente, que se vinculan directamente con los bienes jurídicos¹²¹ tutelados y no con otras condiciones socio-económicas.

Para los fines del presente estudio, y como se ha referido ya, se comprende a la víctima y las circunstancias de victimización secundaria dentro del sistema judicial, en lo que se ajusta a las actuaciones investigativas que tienen al sujeto victimizado como protagonista (en nivel primario), en particular, a los actos urgentes que son realizados por la Policía Judicial. Entretanto, en relación con la víctima en este contexto:

A la víctima ausente en el proceso penal, se le limitaba su actuación a una acción civil a través de la cual, podía obtener un resarcimiento por daños y perjuicios como consecuencia de un delito, pero del proceso penal se le excluía de opinar, informarse o participar¹²².

Más adelante, en el texto de GUTIÉRREZ, CORONEL y PÉREZ¹²³ se lee:

Sin embargo la víctima, quien debería recibir la mayor atención es ignorada, señalada y hasta culpada; en el mejor de los casos lo máximo que recibe

118 MARISOL PALACIO. *Contribuciones de la victimología al sistema penal*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2001.

119 CAROLINA GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, ELISA CORONEL y CARLOS ANDRÉS PÉREZ. "Revisión teórica del concepto de victimización secundaria", en *Liberabit*, vol. 15, n.º 1, enero-junio de 2009, p. 50, Universidad San Martín de Porres, disponible en [http://www.scielo.org.pe/scielo.php?pid=S1729-48272009000100006&script=sci_arttext], última consulta, enero de 2015.

120 NEUMAN. *Victimología y control social*, cit.

121 Cfr. RICARDO ANTONIO CITA TRIANA. "Determinación de bienes jurídico-penales, Constitución y política criminal", en *Pensamiento Jurídico*, vol. 35, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2012, pp. 157 a 193.

122 *Ibíd.*, p. 49.

123 GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, CORONEL y PÉREZ. "Revisión teórica del concepto de victimización secundaria", cit., p. 50.

es compasión, pero finalmente es sometida al olvido, incrementándose y perpetuándose los daños físicos, económicos, sociales y psicológicos derivados de la primera victimización¹²⁴, esta mala o inadecuada atención que reciben las víctimas a lo largo del proceso judicial, recibe el nombre de victimización secundaria

La respuesta del sistema penal –especialmente de sus funcionarios– ante la protección debida a los NNA víctimas de delitos sexuales por mandato constitucional y supraconstitucional está dirigida a evitar cualquier forma de afectación debido a la participación en el proceso penal, porque, dado que se trata de una situación anómala, los hace más vulnerables.

La intervención judicial y la situación de debilidad a la que se ve expuesta la víctima hacen posible la aparición de efectos inesperados y perjudiciales en contra de los NNA, lo cual debe ser evitado por los funcionarios judiciales. Para cumplir con dicho postulado, se deben tener en cuenta la edad, el nivel de funcionamiento psicosocial, el estado mental y el núcleo familiar a fin de determinar la capacidad de los NNA al momento de la narración de los hechos.

Así las cosas, la entrevista a la que se somete al niño víctima deberá ser diseñada acorde con los ítems con anterioridad mencionados y recordando el derecho del niño a ser oído para evitar procesos de revictimización y ahondamiento del sufrimiento ya causado en la victimización primaria. Para tal efecto, se dispondrá para la entrevista de un cuerpo profesional especializado interdisciplinar que fortalezca y garantice los derechos, porque de ello depende gran parte del éxito de la investigación penal, pero también la salvaguarda de las garantías constitucionales de los NNA.

Los NNA víctimas pueden llegar a experimentar diferentes desórdenes psicológicos, físicos y emocionales que, al no ser tratados por personal profesional, conllevarían a situaciones tan graves como el suicidio. De los desórdenes a los cuales se ha hecho referencia, el de mayor trascendencia para el proceso penal es el síndrome de acomodación, que se entiende como la tendencia del menor a ocultar o distorsionar los hechos que le acaecieron ya que se siente culpable del suceso y las consecuencias, por ejemplo, la ruptura de los lazos familiares.

124 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Tratado de criminología*, cit.

El trato inadecuado puede acrecentar la tendencia a modificar los sucesos en su relato a tal punto, que la narración de los hechos se convierta en una mezcla de fantasías y recuerdos reales que obstaculicen el desarrollo del proceso. En relación con este punto, MARCHIORI señala que:

Las diferencias son notables en las dimensiones del verdadero relato, por ej. omisiones de detalles de la crueldad de la victimización, dificultades en la descripción de la situación delictiva. Se advierten omisiones significativas, modificaciones en el vocabulario, reproches al comportamiento de la víctima, interrogatorios discrecionales, dudas sobre el relato, culpabilización¹²⁵.

Con esta postura se entiende que ante estas situaciones que deben enfrentar los NNA víctimas de delitos sexuales, una de las modalidades como se puede presentar la revictimización está relacionada con la no credibilidad del relato, la cual es mayormente visible en los casos de victimización secundaria en el proceso penal. Sin embargo, este escenario también se puede presentar en el campo familiar, ya que en algunos casos, los parientes no creen en los relatos de los niños víctimas.

En el proceso penal esta victimización actúa en forma circular sobre las víctimas protagonistas en la investigación o en las etapas subsiguientes, pues los niños víctimas de delitos sexuales tienen que fungir como testigos en contra de los presuntos victimarios. En este sentido, anota MARCHIORI "La administración de justicia todavía considera a la víctima como testigo de la causa del Estado contra el imputado"¹²⁶. Se puede ver de la siguiente manera: ante la insuficiencia de las instituciones de brindarle un tratamiento adecuado a los NNA víctimas, consecuente con sus capacidades de razonamiento, lenguaje y estado psicológico consecuencia del daño sufrido por la victimización primaria (que ayuda a la constitución del síndrome de acomodación), el sistema penal le resta credibilidad al relato.

Esto genera que aunque ya se cuenta con las entrevistas de los niños víctimas se vuelva en repetidas oportunidades sobre ellos para una

125 HILDA MARCHIORI. "Víctimas vulnerables: niños víctimas de abuso sexual", en HILDA MARCHIORI (coord.). *Temas de victimología*, Córdoba, Argentina, ILANUD y Edit. Brujas, 2006, p. 293.

126 MARCHIORI. "Víctimas vulnerables: niños víctimas de abuso sexual", cit., p. 290.

nueva narración de los hechos, repitiendo una y otra vez una misma historia, reviviendo los recuerdos que hacen parte de un daño que se reanima y revictimiza. De ahí la importancia de que sea una persona especializada quien realice estas actuaciones investigativas como las entrevistas, y en una medida más rigurosa, si se tiene en cuenta que:

hablar del abuso sexual puede crear en el niño pérdida de control que, en numerosos casos, lo conducen a una acentuada disociación, evitación, hiperactividad, retracción¹²⁷.

Tal es la importancia del trato prevalente de la víctima en desarrollo del proceso que mecanismos internacionales propugnan, porque la participación de la víctima, en especial cuando se trata de los NNA, se lleve a cabo con las garantías propias para su protección, la diferenciación de la intervención como víctima o como testigo y con la observancia de la etapa evolutiva en la que se encuentra el niño en lo pertinente con su condición socio-familiar.

Con lo enunciado, en la intervención se debe comprender la calidad procesal del interlocutor, si es víctima o testigo, teniendo presente la etapa del niño en todo su contexto para que a partir de tal indagación se valoren la entrevista o la intervención y las medidas pertinentes para evitar falsas narraciones. Para cumplir con la función asignada se cuenta con una serie de tecnologías que facilitan la interacción con los niños, por ejemplo la cámara de Gessell¹²⁸ que permite evitar cualquier espectáculo en público del niño narrando los hechos para prevenir episodios de victimización secundaria.

Finalmente, resulta claro que la revictimización a que son sometidos actualmente los NNA tiene que ver con las instancias procesales, en especial la investigación, para las cuales se requiere al niño víctima para el relato, o con el propósito de realizarle exámenes sexológicos. Por lo tanto, si esto se reformula, se implantan nuevas formas de actuar

127 Ibid., p. 295.

128 Fue creada por ARNOLD GESSELL (Alma, Wisconsin, 21 de junio de 1880-21 de mayo de 1961), psicólogo y pediatra estadounidense, con la finalidad de observar las etapas de desarrollo de los niños sin que estos se sientan vigilados y/o atemorizados. Consiste en dos salas con una pared divisoria en vidrio que permite ver desde una de las habitaciones lo que pasa en la otra, pero no en sentido contrario.

Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales...

y se capacita al personal profesional, es posible llegar a comprender a un niño en toda su dimensión y prevenir la victimización secundaria.

CAPÍTULO CUARTO

REVICTIMIZACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES. UNA MIRADA DESDE LA PRÁCTICA

I. RESULTADOS DEL TRABAJO EMPÍRICO EN LA UNIDAD CAIVAS DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

En los capítulos anteriores se trataron los lineamientos generales, primero, de los derechos de los niños como evolución histórica, más adelante, a manera de compendio normativo y jurisprudencial tanto internacional como nacional, la protección de los NNA (con el interés superior como horizonte), y por último, conceptos básicos de la victimización secundaria o revictimización incluyendo aspectos jurídico-procesales que demostraron, en el mejor de los casos, la relación de los actos urgentes con estos procesos de ahondamiento del sufrimiento de la víctima.

Para ello se hizo referencia al concepto de niño como construcción social histórica, reseñando la forma en que la sociedad fue cambiando de actitud con la niñez y reconociéndole necesidades básicas especiales, así como un rol activo en la vida social. De cuando en cuando la estructura social (influenciada por los sucesos historiográficos) permite al niño ser más partícipe de las decisiones sobre su propio bien, adquiriendo de esta manera una mayor autonomía frente a sus derechos y no como antes se prefería, un simple objeto de recepción de obligaciones para el cuidado de su integridad.

En el mismo desarrollo del texto, se lee sobre todo en las partes precedentes sobre algunas situaciones de los niños, cuando han sido victimizados por conductas delictivas que atentan contra la integridad sexual, frente a las instancias institucionales del proceso penal colombiano que causan una victimización secundaria. Las mismas, como se ha establecido, tienen que ver con la aplicación de los actos urgentes

por la policía judicial en la actividad investigativa que subsigue a la denuncia. En este entendido, los actos urgentes que están involucrados en la victimización secundaria son las inspecciones corporales, los exámenes y las entrevistas.

En el primer caso, cuando son realizados en varias oportunidades o cuando el personal encargado no está debidamente capacitado en la materia, pues en esta práctica no importa solamente la cuantificación, siempre también el cómo se interactúa. En lo que se refiere al contacto físico con el menor ya sea en inspecciones corporales o exámenes fisiológicos se revictimiza con la repetición. Aun con estas precisiones iniciales, también en la aplicación de los actos urgentes está presente el medio, pues para agravar el sufrimiento es definitorio el escarnio público, cuando estos actos se hacen con desatención en los protocolos y no se les brinda a los niños un ambiente adecuado de privacidad y comprensión.

Lo que se busca, entrando en los asuntos que corresponden al presente capítulo, es la prevención de la victimización secundaria en la práctica de estos actos urgentes en el proceso penal. La importancia de reducir el número de veces que un niño víctima cuenta un relato para el sistema judicial es principal, pues para ello debe contarse con personal profesional en distintas áreas del conocimiento, con capacidad para entender el razonamiento del niño, pues resulta evidente que ellos entienden el mundo de acuerdo con sus capacidades y de manera propia; a veces con diferentes palabras, representaciones de la realidad, objetos, personajes de referencia, etc.

Lo dicho por cuanto una de las causas más importantes que intervienen en la repetición de estas narraciones es la no credibilidad del relato inicial de los niños, pues como se vio con anterioridad, el trato inadecuado en las entrevistas puede ocasionar que el niño tergiverse los hechos y tienda a mezclar la realidad con la fantasía, bien producida por los miedos o por la vergüenza. En este aspecto también puede tener un papel relevante la relación filial que tienen los niños con los victimarios, quienes en su gran mayoría, corresponden a personas cercanas a su hogar o incluso miembros de la misma familia. Son precisamente los padres quienes constituyen la mayoría de los victimarios, pese a que puede parecer más lógico que los padrastros sean quienes más se encuentren como abusadores sexuales de los niños. Esto queda demostrado con los datos que se reflejan en el siguiente cuadro, y cuya

información corresponde a la consignada en el SPOA de la Fiscalía General de la Nación:

Tabla 1
Relación filial entre víctima y victimario

Año	Abuelos	Compañero permanente	Cuñados	Hermanos (as)	Novios	Padrastra	Padres	Padrino	Primos	Tíos (as)
2010	73	15	12	15	54	278	308	6	52	118
2011	72	19	21	26	39	308	293	5	60	137
2012	79	6	18	10	32	338	310	13	49	139
2013	77	9	24	9	12	81	349	4	85	137
2014	29	5	7	9	37	127	132		30	64

* La fuente de estos datos de parentesco es la política criminal que lleva a cabo la Unidad de Delitos Contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales, en las fechas correspondientes.

Fuente: Información suministrada por la unidad CAIVAS de la Fiscalía General de la Nación, Bogotá, 2014.

Nota: Las filas corresponden a los años de 2010 a 2014 de arriba hacia abajo.

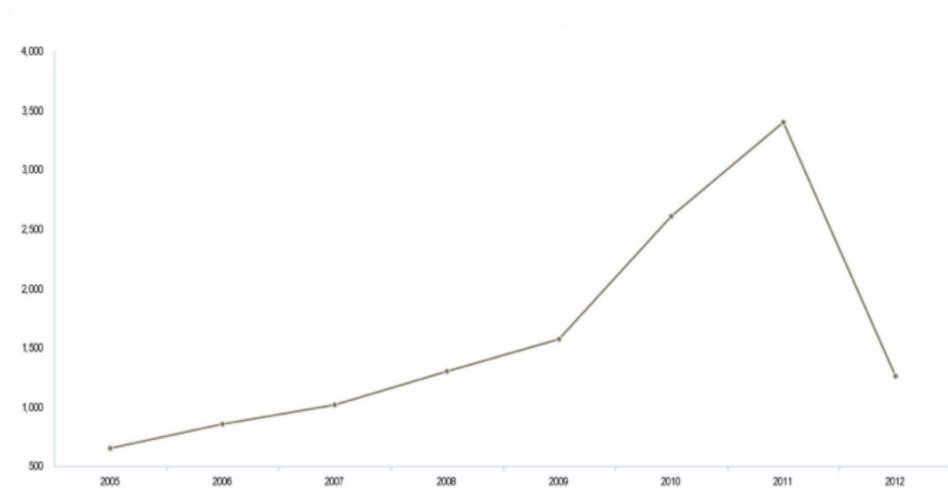
Los casos de abuso sexual de los que ha tenido conocimiento la justicia penal con posterioridad a la expedición de la Ley 906 de 2004, en la ciudad de Bogotá, son un indicador que permite recalcar la importancia del trabajo empírico aquí propuesto, ello con el objeto de identificar desde la realidad judicial las prácticas que conducen a la aparición de fenómenos contrarios a los fines legítimos del sistema como la victimización secundaria.

A. Denuncias

Las denuncias en Bogotá por abuso sexual entre 2005 y 2008 experimentaron un ascenso paulatino, pasando de conocerse 649 casos en 2005 a 1.129 en 2008. En el periodo de 2009 a 2010 el ascenso en las cifras es considerable, mientras en 2009 se conocieron 1.569, en 2010 se pasaron a conocer 2.604 casos; para 2011, año en que se presentó el mayor número de denuncias, la cifra ascendió de manera vertiginosa llegando a registrarse 3.397 denuncias, cifra que sufrió un significativo descenso en 2012 donde se conocieron 1.257 casos tal como lo demuestra el siguiente gráfico:

Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales...

Gráfico 1
Denuncias por abuso sexual. Bogotá D. C.



Fuente: Datos recuperados de la base de datos SINFÓNICA de la UNICEF Colombia, el 3 de marzo de 2014.

Según cifras del SPOA de la Fiscalía General de la Nación, entre 2010 y 2014 se presentaron 19.268 denuncias por delitos sexuales, la siguiente tabla nos permite identificar el porcentaje de éstas en las que la víctima fue un niño, una niña o un adolescente:

Tabla 2
Niños, niñas o adolescentes víctimas de abuso sexual en relación al total de denuncias recibidas por delitos sexuales

DENUNCIAS RECIBIDAS DE 2010 A 31 DE MAYO DE 2014. SPOA					
<u>Año</u>	Artículo 209 acto sexual en menor de 14 años	Artículo 208 acceso carnal en menor de 14 años	Total víctimas menores de 14 años	% respecto al total de las denuncias	Total denuncias recibidas por delitos sexuales
2010	1.631	580	2.211	57%	3.851
2011	1.726	674	2.400	54%	4.476
2012	1.423	486	1.909	54%	3.545
2013	1.729	620	2.349	57%	4.111
2014	826	406	1.232	38%	3.285
					19.286

Fuente: Unidad CAIVAS de la Fiscalía General de la Nación, Bogotá, 2014.

B. Exámenes médico legales

Según datos de la base SINFÓNICA de la UNICEF, el número de exámenes médico legales practicados por presuntos delitos sexuales en Bogotá son los siguientes:

Tabla 3
Exámenes por presuntos delitos sexuales en Bogotá

Periodo	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Total	3.841	3.928	4.324	4.271	4.293	3.943	4.388

Fuente: Datos recuperados de la base de datos SINFÓNICA de la UNICEF Colombia, el 3 de marzo de 2014, disponible en [<http://www.devinfo.org/sinfonia/libraries.aspx/dataview.aspx>], última consulta en enero de 2015.

Cabe anotar que se realizan con mayor frecuencia en casos en que la víctima fue una persona entre 0 y 17 años que en los casos en que no lo son, así por ejemplo, en 2011 en Bogotá se practicaron 4.388 exámenes de los cuales el 86.81% fueron practicados a menores de 17 años, situación que se evidencia en la siguiente tabla:

Tabla 4
Exámenes médico legales practicados a menores de 17 años presuntas víctimas de abuso sexual

PERIODO	0 A 17 AÑOS	
	Cálculo SINFONÍA datos INMLCF	INMLCF
2005	79.22	79.24
2006	81.62	81.64
2007	83.37	83.37
2008	82.74	82.74
2009	83.62	83.64
2010	85.49	85.49
2011	86.19	86.54

Fuente: Datos recuperados de la base de datos SINFÓNICA de la UNICEF Colombia, el 3 de marzo de 2014, disponible en [<http://www.devinfo.org/sinfonia/libraries.aspx/dataview.aspx>], última consulta enero de 2015.

Aunque el cálculo de porcentajes que presentan de una parte SINÓNICA y de la otra el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses no coincide en su totalidad, si permite resaltar que el mayor número de exámenes practicados, se hicieron a menores de edad. Lo anterior es un punto de referencia para analizar las prácticas procesales a las que son sometidos los niños víctimas de violencia sexual.

II. FISCALES E INVESTIGADORES HABLAN DE LA REVICTIMIZACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES EN CAIVAS

Reviste gran importancia conocer de manera directa las apreciaciones y experiencias que en desarrollo de las diferentes investigaciones adelantadas en la Unidad de Delitos Sexuales –CAIVAS– de Bogotá, han logrado percibir fiscales e investigadores encargados de estas averiguaciones. Para esto se acudió a la figura de la entrevista abierta, obteniéndose entre otros los siguientes hallazgos:

A. *En fiscales*

1. En mi experiencia en la Unidad, durante cuatro años como fiscal seccional he observado la falta de preparación de algunos investigadores que realizan las entrevistas a los NNA, lo cual contribuye a la revictimización en la medida en que el fiscal muchas veces se ve en la imperiosa necesidad de realizar entrevistas complementarias, lo que constituye una revictimización. La repetición de entrevistas previas al juicio de manera inoficiosa y repetitiva afecta la situación emocional de la víctima.

Llaman la atención los casos en los que los NNA son sujetos de medidas de protección por parte del ICBF, muchas veces de manera arbitraria e inadecuada, llevan a judicializar casos que realmente no son delitos, pero que con la amenaza al núcleo familiar llevan a denunciar, y muchas veces emplean medidas de protección sin estudiar otras opciones y muchas veces esto genera que los menores se retracten.

El abordaje que se hace por parte de “Creemos en ti”, organización que trabaja con el ICBF, no cumple las expectativas investigativas que se requieren para el manejo adecuado en los NNA, las que son aprovechadas por la defensa y la que genera que se deba hacer una nueva entrevista por parte del investigador. Con relación al sistema de seguridad social, este no suple las necesidades de los menores víctimas, en cuanto a la atención psicológica y psiquiátrica que requieren.

2. En la Unidad laboro como fiscal seccional hace 26 meses, tratándose de un delito de especial connotación que requiere un tratamiento institucional multidisciplinario, de especial preponderancia, el mismo se encuentra insuficiente en cuanto a la infraestructura y organización dispersa de la unidad, por ende se hace necesario ubicar conforme estas condiciones multidisciplinarias estrategias unificadas que permitan proteger a los infantes y, con ello disminuyendo las posibilidades de revictimización.

Para el caso concreto de CAIVAS Bogotá, en este momento no se cuenta con la estructura que se requiere para el bienestar y atención de los menores, esto es cámara de Gessell que, por ejemplo, no tienen sala de juegos.

Es importante resaltar que la necesidad de la cámara de Gessell, se justifica en que permite al defensor de familia, al investigador gerente y de ser necesario al fiscal o el médico, escuchar el relato del menor sin incomodarlo. También permite mantener una entrevista direccionada por el profesional competente.

Con relación a la judicatura, llama la atención, la extremada injerencia de los togados en el desarrollo de los interrogatorios a los NNA, no como la norma lo indica, de preguntas complementarias, sino casi que generando un abordaje obstructivo al interrogatorio que los sujetos procesales desarrollan, afectando el grado de tercero imparcial que debe observar.

Con relación a la audiencia de juicio oral, es revictimizante para los NNA en la medida en que los funcionarios convocan a la misma hora otras sesiones que hacen una prolongada espera para los menores en la oficina del ICBF, muchas veces afectando horarios de almuerzo cuando un NNA está esperando tanto tiempo para ser llevado a cámara de Gessell, eso también se encuentra condicionado a la disponibilidad del defensor de familia y al psicólogo que asiste en la cámara lo que provoca que el menor se encuentre solo con un profesional de esa área.

Finalmente, y como quiera que en este tipo de conductas la mayor información la tiene la víctima, esto es el NNA, sería importante lograr que cada vez que se reciba una denuncia se le aplique al artículo 205 del C. P. P., para así realizar el abordaje integral a las víctimas, como se hace con las denuncias que llegan para ser recepcionadas a la Unidad.

3. Fiscal hace 24 meses en la unidad, se revictimiza primero por una carencia efectiva de acceso a la administración de justicia de manera real y eficaz, segundo por la prolongación indebida en la solución del caso, y tercero el aspecto familiar, ya que en la gran mayoría de los casos el agresor es parte de la familia.

El caso de abuso sexual para los NNA requiere para su abordaje de un conjunto de actividades a desarrollar en las que deben intervenir activamente

Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales...

varias instituciones que tocan con el abordaje de esos temas, muchas de las instituciones como el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses están omitiendo obligaciones propias y generando revictimización.

Con relación al INMLCF llama la atención y preocupa la tardanza en la práctica de las valoraciones psicológicas y psiquiátricas de parte del grupo forense de medicina legal y a más de la tardanza en tiempo, debemos preocuparnos por la calidad de esa evaluación. En la etapa de juicio genera en alta carga de revictimización la carencia de un espacio idóneo para los NNA, con sus grupos familiares previo a la audiencia de juicio oral.

El número insuficiente de cámaras de Gessell en el Complejo Judicial de Paloquemao, así como el no tener el personal suficiente de defensores de familia y psicólogos del ICBF, así como el sentido de pertenencia de estos funcionarios, pues son estrictos con el cumplimiento de su horario laboral.

En las intervenciones del ICBF preocupa las diversas remisiones que se hacen a los psicólogos particulares dentro de las estrategias defensivas que utilizan. El desplazamiento con los menores desde los despachos fiscales, sede Manuel Gaona, hasta el Complejo Judicial de Paloquemao, el ingreso genera un riesgo de seguridad para los NNA y también serios traumatismos en los mismos, lo que en algunos casos genera encuentros con los familiares de los victimarios, generando alteraciones emocionales como la aparición de ansiedad.

B. En técnicos investigadores (psicólogos)

1. Trabajo en CAIVAS hace nueve años, como investigadora del CTI, realizo entrevistas forenses desde el año 2005. En este momento la sede de CAIVAS Bogotá, no cuenta con el recurso físico para la atención a los NNA víctimas de abuso sexual, de entrada nos encontramos con vulneraciones a sus derechos, ya que no contamos con la instalación adecuada de una cámara de Gessell y las condiciones actuales en que se realizan las diligencias de entrevista vulneran la privacidad de los NNA, puesto que por las precarias salas de entrevistas se puede escuchar desde la sala contigua lo que se habla allí dentro y eso lleva a la contaminación de la información que se recolecta.

Adicionalmente, el ambiente no facilita la recolección de información, ya que contamos con una cámara y un micrófono frente al niño, que altera sus respuestas y en algunas ocasiones esa misma cámara forma parte del proceso de victimización inicial, este inconveniente técnico se refleja en las audiencias de juicio oral, en donde el trabajo realizado en la entrevista forense no se escucha, lo que implica que el juez deba llamar de nuevo al niño y una vez más tenga que ser interrogado, truncando un posible proceso terapéutico que ya se haya desarrollado. Se hace necesario mencionar también que no se cuenta con un espacio donde los NNA e incluso su familia puedan esperar.

El no contar con un espacio adecuado, como sala de espera para los niños, les genera ansiedad, desespero, temor, altera procesos fisiológicos de hambre y sueño y en ocasiones se puede correr el riesgo que los niños hablen entre sí y se contamine aún más la información que se recolecte.

Para determinar si estamos frente a un proceso de victimización secundaria, es necesario establecer cuál es el objetivo de abordaje con el niño, si bien es cierto, entrevistarlo en múltiples ocasiones puede llegar a alterar el recuerdo, que los NNA guardan de los eventos objeto de investigación, en momentos evaluativos o terapéuticos se hace necesario preguntar de nuevo sobre los hechos. El problema radica en que esa entrevista inicial que se realiza no resulte útil para escenarios legales en los que se toman decisiones frente a los NNA y se haga necesario repetirla.

2. Estoy en CAIVAS desde hace un mes, pero anteriormente laboré por siete años entre CAIVAS y URI con delitos sexuales. Una forma de revictimizar a los NNA son las condiciones en que en la actualidad estamos trabajando, el no contar con las cámaras de Gessell o sala de entrevistas adecuada, incluso desde los enseres, mesas y sillas que no son las adecuadas. El ambiente decorativo es frío, parco, genera sensación de tristeza.

Pienso que cuando un NNA refiere ser víctima de abuso sexual, por ejemplo en el colegio, la primera parte a la que se debe acudir es a CAIVAS, porque las psicólogas que estamos trabajando tenemos el entrenamiento para el abordaje, tenemos en cuenta las competencias del menor tanto cognitivas, como individuales, tenemos en cuenta el objetivo de la entrevista, tenemos el conocimiento jurídico de las conductas que se configuran como delitos y que diferencia una de otra. La experiencia nos enseña que los NNA se muestran renuentes a volver a contar la historia cuando ya lo han hecho, especialmente cuando ha habido un proceso terapéutico.

Otra manera de victimizar a los NNA es cuando los investigadores de profesión psicólogos no tienen la disposición ni la sensibilización frente al abordaje del delito, además de la ausencia de capacitación y entrenamiento que deben tener, haciendo que se deban repetir las diligencias de entrevistas forenses.

Si bien, estas versiones sintetizan las razones por las cuales dentro del desarrollo del proceso penal se produce la revictimización de los NNA abusados sexualmente, resulta imperioso tener también en cuenta que pese a estas falencias, el ente investigador, la Fiscalía General de la Nación, ha impartido directrices, disponiendo igualmente el diseño y la aplicación de rutas y protocolos que permitan brindar una atención especial a estas víctimas.

Sin embargo, pese a que la capacitación del personal que se encarga de la toma de entrevistas a estos NNA víctimas, se ha incrementado, siguen existiendo fallas como las mencionadas con antelación, las cuales continúan propiciando esta dura revictimización.

Con lo anterior, es posible deducir algunas soluciones a estas situaciones:

Inicialmente, la existencia de espacios amplios, confortables y debidamente acondicionados que permitan una debida y oportuna atención a estas víctimas, junto con la utilización de salas para entrevistas, cámaras de Gessell, contribuirían a disminuir la afectación psicológica y emocional de los NNA cuando entran en contacto con el sistema legal, pues las condiciones actuales representan para estos infantes angustia, preocupación y ansiedad, que hacen más gravosa su situación así como la de sus familias.

Imprimir debida celeridad al proceso de revelación del abuso sexual, conllevaría a que las víctimas no tuvieran que soportar una carga estatal adicional, en cuanto a la inactividad o inoperancia, que frustra al usuario y genera en la víctima el desconcierto, ya que mucho tiempo después se está convocando a un NNA, que ya ha pasado esa minoría de edad para ser entrevistado por primera vez o para hacer una entrevista extendida.

El tema del abordaje para las víctimas de delitos sexuales, principalmente los NNA, debe ser una prioridad para el Estado y sus entes relacionados, entiéndase Fiscalía General de la Nación, principalmente en el tema de infraestructura adecuada y unificada.

El incremento en el número de servidores de las entidades llamadas a intervenir en los distintos procesos una vez conocida la ocurrencia de un delito sexual que tiene como víctimas a los NNA, bien sea de manera inmediata o con posterioridad, como son la Fiscalía General de la Nación, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ofrecería una verdadera y oportuna respuesta a estas víctimas, pues dada su estructura, esta se da de manera parcial sin que colme las expectativas de las mismas y sin que se garanticen de manera efectiva sus derechos.

En el tema de policía judicial, siendo de especial importancia por la esencia del sistema, se requiere de un número estable, perfilado, capaz de atender de manera pronta y oportuna las órdenes a policía judicial que se emiten. Ello conduce indudablemente a reducir el gran cúmulo

de investigaciones que el día de hoy presentan atraso por esta puntual situación, incrementando la impunidad.

La capacitación a jueces y fiscales que no tienen el manejo idóneo para el abordaje de los NNA en las diferentes etapas tanto de la investigación como del juicio, disminuiría considerablemente la revictimización que en desarrollo de estas diligencias suele presentarse por el desconocimiento y abordaje inadecuado de las mismas, situaciones que podrían subsanarse incluso con el manejo pronto y adecuado por parte de equipos y personal especializado que desde el inicio de los actos urgentes, permitan dar continuidad a una única entrevista.

Para finalizar, ha de precisarse que son múltiples los elementos que llevan a esa obligación de protección hacia los menores, no solamente nuestra Constitución Política sino los tratados internacionales que son de obligatorio acatamiento para los operadores judiciales. No existe mayor revictimización que la impunidad.

De esta manera y luego de dar un recorrido por la problemática que respecto de la atención a los NNA víctimas de delitos sexuales, han permitido observar tanto fiscales como investigadores que a diario tienen contacto con las averiguaciones penales que se adelantan en la CAIVAS de Bogotá, es precisamente cuando toman fuerza los resultados de este trabajo empírico, pues es éste, el reflejo de la realidad en cuanto a las sendas preocupaciones que existen respecto de la revictimización que a diario enfrentan NNA, durante el desarrollo de las etapas del proceso penal como son la investigación y el juicio, la cual inicia desde las primeras actuaciones de policía judicial como es el acto urgente y subsiguientes, dadas las repetidas interacciones con estas víctimas debido a las falencias detectadas en las mismas que así lo requieren.

Como se anotaba antes, cobra gran importancia la atención que requiere la instalación de instrumentos como las cámaras de Gessell, instrumentos necesarios para la entrevista de los NNA víctimas de delitos sexuales, a quienes de esta manera se les brinda el trato que merecen partiendo de la consagración del interés superior del niño. El manejo adecuado de elementos como este, junto con la profesionalización y especialización del personal que atiende los actos urgentes, contribuiría a lograr el verdadero interactuar, la comprensión y la generación de confianza dentro de un ambiente propicio que permita el desenvolvimiento con tranquilidad de los entrevistados, situaciones que impedirían de una vez por todas esa revictimización que tanto afecta a

los NNA víctimas de delitos sexuales que tienen que someterse para la obtención de un resultado penal, a tener que revivir desagradables momentos.

Dada la sentida ausencia de estos especiales componentes, los relatos que inicialmente son logrados en las primeras entrevistas, no ofrecen confiabilidad a los funcionarios, quienes optan por sus repeticiones, a partir de las cuales empieza a producirse la victimización secundaria al tener la víctima que someterse a repetir narraciones de hechos que siempre producirán dolor, trauma y sufrimiento en el encuentro con las instancias jurídico-procesales en el sistema colombiano.

Mientras no se sigan protocolos en el cumplimiento de estas actividades investigativas urgentes, que cuenten con la intervención profesional interdisciplinaria, se va a seguir revictimizando, ya que de no ser para una terapia psicológica terapéutica sino de características jurídicas, las interacciones para obtener los relatos de las agresiones sexuales aumentarán el sufrimiento de los niños víctimas en más de una oportunidad en el futuro.

Y es que precisamente una de las falencias en que más incurren la instancias formales de control, especialmente la justicia penal, cuando atienden niños víctimas de violencia sexual, es su sometimiento a reiteradas entrevistas que terminan por distorsionar sus relatos de los hechos y que por ende ahondan su sufrimiento, al tener que traer repetidamente a su memoria, recuerdos de sucesos atroces a los que fue sometido, tantas veces como el capricho de los funcionarios así lo requiera.

Sin embargo, hay que alertar acerca de la precisión hecha por la psicóloga DERLY JOHANA GARCÍA BEDOYA, puesto que, advierte sobre la posibilidad de volver a preguntar al niño acerca de los hechos materia de investigación siempre y cuando esta labor se lleve a cabo para fines terapéuticos y no ante estrados judiciales, para fines investigativos.

Junto con la preocupación por las instalaciones físicas en las que se atienden a los NNA víctimas de abuso sexual, subyace otra problemática que plantea una de las psicólogas entrevistadas, y es la relacionada con los objetos existentes en las salas de entrevista (mesas, sillas, tableros) y el ambiente del mismo lugar donde se realizan, ya que la presencia de colores parcos crean en la atmósfera una sensación de tristeza que obstaculiza la fluidez del niño al momento de manifestar su percepción de los hechos, máxime cuando la experiencia permite demostrar que

los NNA que rinden su testimonio por primera vez se encuentran reacios a repetirlo, de allí que tiendan a distorsionar la realidad.

Estas situaciones que significan para las víctimas un abandono por parte de las entidades que intervienen en el desarrollo del proceso penal, constituyen el impacto negativo que las mismas perciben, producto del cual tienden a crear en su pensamiento sentimientos de soledad, impotencia y desesperanza que terminan por hacerle sentir que se equivocó al poner en conocimiento de la justicia su caso.

III. CASOS DE VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA

En este aparte se presenta información que ha sido facilitada por la CAIVAS de la Fiscalía General de la Nación para que el lector encuentre casos concretos y de relevancia dentro de la Unidad, en donde se han surtido más de una situación vulneradora de los derechos de los NNA víctimas de delitos sexuales. Así entonces, se proporciona información que permite verificar luego de una breve reseña de la situación fáctica, las actuaciones surtidas dentro de la etapa de la indagación. Aquí se debe aclarar que lo siguiente tiene un propósito más enunciativo que descriptivo, por lo cual sirve como cuadro de ilustración en lo que se refiere a los casos de victimización secundaria dados frente al sistema penal colombiano, tal como hemos hecho referencia en el texto.

Caso n.º 1

Víctima menor de cinco años.

Delito acto sexual abusivo con menor de 14 años

Asunto fáctico: se investiga la posible ocurrencia de abuso sexual sobre la menor víctima, por parte de progenitor.

[Las actuaciones que se han realizado dentro del presente corresponden a las siguientes:]

1. Examen sexológico, edad 4 años, 2013;
2. Entrevista forense, edad 4 años, 2013;
3. Entrevista terapéutica ocupacional, 2013;
4. Entrevista 2014;
5. Entrevista de la psicóloga educativa y terapia familiar sistemática, 2014;

Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales...

Caso n.º 2

Víctima menor de 17 años.

Delito acceso carnal abusivo con menor de 14 años

Asunto fáctico: se adelanta la investigación por compulsas de copias desde el año 2008, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

[Las actuaciones que se han realizado dentro del presente corresponden a las siguientes:]

1. Informe médico legal, 2008;
2. Entrevista forense, 2009;
3. Entrevista, 2010;
4. Reconocimiento médico legal, 2010;
5. Intervención orientación psicológica, 2010;

Caso n.º 3

Víctima menor de 13 años.

Delito acceso carnal abusivo con menor de 14 años

Asunto fáctico: la progenitora refiere que su menor hija le manifestó cómo su padrastro abusaba sexualmente de ella desde que tenía siete años.

[Las actuaciones que se han realizado dentro del presente corresponden a las siguientes:]

1. Examen sexológico, 2013;
2. Entrevista forense 2013;
3. Entrevista, 2013;
4. Informe psicopedagógico, 2014;
5. Valoración psiquiátrica, 2014.

Caso n.º 4
Víctima menor de 12 años

Asunto fáctico: La menor militó en las filas de la subversión, se desmovilizó luego de ser herida y quedar con discapacidad. Estando en hogar sustituto, fue accedida carnalmente.

[Las actuaciones que se han realizado dentro del presente corresponden a las siguientes:]

1. Informe, 2008;
2. Examen sexológico, 2011;
3. Entrevista forense, 2011;
4. Entrevista psiquiatría forense, 2012;
5. Entrevista, 2013.

Estos datos muestran que en cada una de estas investigaciones se repite que los NNA se vean obligados a relatar los hechos de los cuales resultaron víctimas, configurándose como una práctica tendiente a crear secuelas negativas en los entrevistados y provocando la aparición del fenómeno de revictimización.

En varios de los casos expuestos se visualiza cómo la ausencia de coordinación entre las diferentes entidades, o dependencias de estas, desemboca en situaciones que ahondan en el sufrimiento de la víctima, puesto que no existe un formato único de entrevista que sirva para todas las entidades interesadas en la investigación de los hechos, lo que conlleva a elaborar diversas tipologías de entrevistas según el interés particular. De aquí que la entrevista realizada por Medicina Legal sea diferente a la del CTI y a la realizada por las demás asociaciones que intervienen en el proceso. Así que la generación de estos traumatismos puede evitarse con la existencia de un modelo que permita la valoración de una única entrevista por parte de las entidades intervinientes en el proceso penal y en particular por delitos sexuales y con los NNA como víctimas.

CONCLUSIONES

La situación en la que se encuentra la infancia dentro del sistema penal colombiano está enmarcada por las disposiciones internacionales que han configurado una nueva concepción de niñez y con ello establecido las bases para su protección en distintas normativas de carácter interno. Principalmente, siguiendo lo expuesto por la Convención de los Derechos del Niño de 1989, se ha consolidado el principio de interés superior del niño que ha sido vinculante con estas herramientas de derecho internacional y ha llegado hasta el marco jurídico colombiano, manifestándose en la Constitución Política y, más recientemente, en la Ley 1098 de 2006 o Código de Infancia y Adolescencia.

En la forma como se indicó, el concepto de niñez en la legislación nacional tiene carácter prevalente en el tratamiento jurídico y social, porque la sociedad entiende que se trata de una etapa de la vida con un valor importante independiente, con necesidades de tipo especial que no se circunscriben solamente a las de corte físico, sino también en el aspecto psicológico. El trato diferenciado del que deben gozar los niños en la actuación jurídico-penal está consagrado en la norma procesal, tanto para los NNA infractores como para las víctimas protagonistas de una indagación y cuando deben testificar en contra de un adulto en un proceso diferente.

Ante esta situación, es oportuno recobrar la afirmación realizada en la parte inicial de este trabajo, según la cual la niñez no siempre se ha entendido como en los días actuales. Contrario a esto, los niños no eran considerados como una categoría relevante dentro de la vida social, de hecho habría sido desconocida por mucho tiempo. Pasaron de estar inmersos en un paradigma tutelar, es decir, de ser objetos de protección a ser sujetos de derechos, con autonomía para ejercerlos y ser actores sociales, tomar sus propias decisiones acerca de su propio bien hasta el límite de los enunciados morales y los valores representativos colec-

tivos. En ese tránsito, la sociedad cambió de percepción sobre la infancia, fue un paulatino reconocimiento, primero de necesidades, y luego de derechos. Hubo que reconocer que los niños eran algo más que un adulto en vía de constituirse como tal, y que la infancia, como hoy se dice en el habla cotidiano, más que el futuro es el presente.

En ese cambio del rol de la infancia y de su significado social fueron vitales los congresos y en el siglo xx las organizaciones en pro de la infancia que estuvieron ligadas a los acontecimientos históricos. En la manera como se aludió, UNICEF y Save the Children para el reconocimiento de instrumentos de protección y la consagración de derechos, acompañadas de los demás movimientos que emprendieron esa búsqueda antes y después de sus orígenes. La comunidad internacional hoy reconoce los derechos de los niños y la Convención de Derechos del Niño se ha convertido en el tratado con mayor aceptación y ratificación en el mundo.

Hasta aquí se aprecia un contexto que tiene al niño como actor de la vida social, titular de derechos, con un rol determinante y de prevalencia en la legislación nacional bajo el principio del interés superior del niño. Con este marco, es ya posible decir que el niño es un sujeto de especial protección social que se extiende hasta las instancias judiciales. La niñez, dentro del proceso penal colombiano, cuenta con suficientes mecanismos legales para su cuidado, en todas las etapas de la actuación jurídico-penal y aún en los aspectos que son circundantes como en la actividad mediática.

Frente a este panorama, sobresale la categoría de víctima que tiene sus propios derechos dentro de este escenario, frente a las actuaciones que siguen a la denuncia, es decir en el encuentro con las instancias formales de control, situación similar a la de los niños que refuerza la protección especial dada por esta conjunción. El sistema penal ha entrado en un nuevo paradigma victimológico producto de su humanización. Es así que las víctimas son protagonistas y se les reconocen derechos como la posibilidad de intervenir. Por esta razón, los niños víctimas deben ser objeto de un trato especializado, ser escuchados y protegidos por la institucionalidad en la práctica mediante la aplicación adecuada de los planteamientos normativos que se han desarrollado.

Lo anterior sirve para afirmar que es necesario analizar cómo están llevándose a cabo estos ejercicios investigativos más allá de la declaratoria de derechos que por sí sola puede no ser suficiente. Con este

objetivo, el cual ha sido principal en el presente trabajo, se incluyó una sección empírica desde la cual se pueden sustentar las preocupaciones iniciales, conseguir una visión más amplia del tema y ver otras rutas que pueden seguirse en las actuaciones judiciales que operen a manera de actos urgentes.

Los hallazgos de la investigación tienen relación con la victimización secundaria de niños víctimas de delitos sexuales que se presenta en las indagaciones de la Unidad de Delitos Sexuales –CAIVAS– de la Fiscalía General de la Nación. La información que ha sido sometida a examen se extiende desde un acercamiento a los funcionarios y sus versiones hasta la revisión de algunos casos particulares que han sido paradigmáticos para los fiscales e investigadores en donde se evidencian las modalidades de revictimización del sistema penal: repetición de entrevistas y exámenes sexológicos, en lo que parece visible.

De otra parte, en la práctica de estas entrevistas puede darse un trato inadecuado a los niños víctimas, pues teniendo en cuenta las necesidades de tipo psicológico (en su raciocinio propio de su edad y en su afectación por el delito sufrido), se requiere de un personal especializado para ello, al igual que un ambiente idóneo para estas diligencias. Cabe decir que debido al tiempo en el que deben ejecutarse los actos urgentes muchas veces estas aproximaciones a los relatos de los niños víctimas pueden sacrificar aspectos como la privacidad.

En los casos de revictimización en la CAIVAS es determinante que no se cuenta con la infraestructura apropiada para prevenir episodios de ahondamiento del sufrimiento mediante la práctica (aun no repetitiva) de entrevistas. Por ejemplo, la cámara de Gessel que es un instrumento que puede ser de utilidad para este fin, no está en condiciones idóneas como fue manifestado por los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación.

Ya en la modalidad de la repetición de entrevistas se tiene que es consecuencia de que no existe un formato único para su aplicación, también de la falta de capacitación del personal encargado de realizar los actos urgentes así como lo precisa la normatividad refiriéndose a estas intervenciones del sistema penal. Este requerimiento a los niños víctimas para que cuenten su relato una y otra vez se demuestra en los casos de victimización secundaria aportados por la misma CAIVAS. El registro de estas actuaciones permite observar que esta repetición de entrevistas no garantiza que se adelante la investigación, aun cuando

se entiende que el testimonio de la víctima es la pieza fundamental en el éxito de las acusaciones penales por parte de la Fiscalía General de la Nación, y constituye prueba suficiente.

Para culminar, la aplicación de los actos urgentes así como resultan de relevancia manifiesta en las investigaciones, pueden en otro sentido constituir escenarios para la revictimización. Con la llevada a la luz de las diversas formas en que el sistema penal puede ser verdugo de los NNA víctimas de delitos sexuales pueden orientarse nuevas rutas de atención, la elaboración de formatos para entrevistas y de protocolos que incluyan a personal capacitado para la ejecución de estas actuaciones.

El texto buscó, como mínima medida, mostrar una problemática dentro del sistema penal colombiano en relación con sujetos de mayor vulnerabilidad, para que sea una vez más acusada y vista como una inconsistencia entre la norma y su aplicación, como una situación que merece un tratamiento más cuidadoso por parte de las instancias formales de control. Y de allí que sea una reflexión para la comunidad académica y un énfasis general en la concepción de niñez como una construcción social histórica, integral de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, MICHAEL. *Approaches to the history of the western family 1500-1914*, Londres, The MacMillan Press, 1980.
- ÁLVAREZ, MIGUEL. *La gesta el cantar. Sistema penal acusatorio, delitos sexuales y política pública*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2001.
- ALZATE PIEDRAHÍTA, MARÍA VICTORIA. *La infancia: concepciones y perspectivas*, Pereira, Colombia, Papiro, 2003.
- APARICIO BARRERA, JUAN; VÍCTOR LEONEL VELÁSQUEZ GUEVARA y ANA MARÍA GUERRERO FONSECA. "Investigación criminológica niños, niñas y adolescentes: víctimas y victimarios", *Revista Criminalidad*, vol. 1, n.º 2, Bogotá, Policía Nacional de Colombia, 2010.
- ARCINIEGAS MARTÍNEZ, AUGUSTO. *Policía Judicial y Sistema Acusatorio*, 3.ª ed., Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2007.
- ARIÈS, PHILLIPPE. *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Madrid, Taurus, 1987.
- AVELLA FRANCO, PEDRO ORIOL. *Programa metodológico en el Sistema Penal Acusatorio*, Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 2007.
- BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO. *Criminología, victimología y cárceles*, t. 2, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1996.
- BERNAL CUÉLLAR, JAIME y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal*, t. 1, Bogotá, Externado, 2013.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y ELENA LARRAURI PIJOÁN. *Victimología: presente y futuro*, Bogotá, Temis, 1993.
- CARDONA LLORENS, JORGE. "La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos", en *Educatio Siglo XXI*, vol. 30 n.º 2, 2012.
- CASALS, CRISTINA. "Testimonio del niño abusado. Victimización secundaria", v *Congreso Mundial por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*, Buenos Aires, Presidencia de la Nación, 2012.

- CITA TRIANA, RICARDO ANTONIO. "Determinación de bienes jurídico-penales, Constitución y política criminal", en *Pensamiento Jurídico*, vol. 35, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2012.
- CORREIRA, ISABEL; JORGE VALA y PATRICIA AGUIAR. "The Effects of Belief in a Just World and Victim's Innocence on Secondary Victimization, Judgements of Justice and Deservingness", en *Social Justice Research*, vol. 14, n.º 3, septiembre de 2001, disponible en [http://www.ics.ul.pt/rdonweb-docs/sjr_2001.pdf].
- DAMMERT, LUCÍA. "Construyendo ciudades inseguras: temor y violencia en Argentina", en *EURE* vol. xxvii, n.º 82, diciembre de 2001, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- DÁVILA BALSERA, PAULI y LUIS MARÍA NAYA GARMENDIA. "La evolución de los derechos de la infancia: Una visión internacional", en *Encounters on Education*, vol. 7, 2006.
- DEMAUSE, LLOYD. *Historia de la infancia*, Madrid, Alianza, 1982.
- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. "Manual de procedimientos de fiscalía en el sistema penal acusatorio colombiano", Bogotá, FGN, 2005, p. 17, nota n.º 7, documento disponible en: [http://nisimblat.net/images/MANUAL_FISCALIA.pdf].
- FOUCAULT, MICHEL. "La verdad y las formas jurídicas", Conferencia en Río de Janeiro, Universidad Católica de Río de Janeiro, 21-25 de mayo de 1973, FERNANDO ÁLVAREZ URÍA y JULIA VARELA (trads.), cito en *Obras esenciales*, Madrid, Paidós, 2010.
- FOUCAULT, MICHEL. *La arqueología del saber*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.
- FREEMAN, MICHAEL D. A. "The limits of Children's Rights", en MICHAEL FREEMAN y PHILIP E. VEERMAN (eds.). *The ideologies of Children's Rights*, part 1: Theory, Dordrech, Boston y London, Martinus Nijhoff, 1992.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. *Tratado de criminología*, t. I, Santa Fé (Argentina), Editorial Rubinzal Culzoni, 2009.
- GIRARD, RENÉ. *La violencia y lo sagrado*, Barcelona, Anagrama, 2012.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, MÓNICA. *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, CAROLINA; ELISA CORONEL y CARLOS ANDRÉS PÉREZ. "Revisión teórica del concepto de victimización secundaria", en *Liberabit*, vol. 15, n.º 1, enero-junio de 2009, Universidad San Martín de Porres, disponible en [http://www.scielo.org.pe/scielo.php?pid=S1729-48272009000100006&script=sci_arttext].

- HOLGUÍN GALVIS, GUISELLE NAYIBE. *Arqueología del adolescente infractor de la ley penal en Bogotá*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011.
- KHÜNE, HANS-HEINER. "Kriminologie: Victimologie der Notzucht", *Juristische Schulung*, 5, 1986.
- LAMEIRAS FERNÁNDEZ, MARÍA. *Abusos sexuales en la infancia: abordaje psicológico y jurídico*, Bogotá, Biblioteca Nueva, 2002.
- LIEBEL, MANFRED. "Sobre la historia de los derechos de la infancia", en MANFRED LIEBEL y MARTA MARTÍNEZ MUÑOZ (coords.). *Infancia y derechos humanos. Hacia una ciudadanía participante y protagónica*, Lima, Ifejant, 2009.
- LOCKE, JOHN. *Pensamientos sobre la educación*, vol. 150, Madrid, Ediciones Akal, 1986.
- LOZANO REYES, CARLOS E. *Valoración de las víctimas en los delitos sexuales*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2012.
- MACCORMICK, NEIL. "Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos", en *Anuario de filosofía del derecho*, n.º 5, 1988.
- MARCHIORI, HILDA. "Los procesos de victimización. Avance en la asistencia a víctimas", Ponencia, México D. F., Instituto de Ciencias Jurídicas de la UNAM, 2001.
- MARCHIORI, HILDA. "Víctimas vulnerables: niños víctimas de abuso sexual", en HILDA MARCHIORI (coord.). *Temas de victimología*, Córdoba, Argentina, ILANUD y Edit. Brujas, 2006.
- MENDELSON, BENJAMIN. *La victimologie*. Paris, Presses Universitaires de France, 1958.
- NEUMAN, ELÍAS. *Victimología y control social*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1994.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso del poder", 29 de noviembre de 1985, anexo de la Resolución 40/34 de la Asamblea General, disponible en [https://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium_2006_es_part_03_02.pdf].
- ORTS BERENGUER, ENRIQUE (coord.). *Menores: victimización, delincuencia y seguridad*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.
- PÉREZ PINZÓN, ÁLVARO ORLANDO y BRENDA JOHANNA PÉREZ CASTRO. *Curso de criminología*, 8.ª ed., Bogotá, Temis, 2009.
- POLLOCK, LINDA A. *Los niños olvidados*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1990.

- RAMÍREZ BARBOZA, PAULA ANDREA. "El reclutamiento de menores en el conflicto armado colombiano. Aproximación al crimen de guerra", *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. xxxi, n.º 90, enero-junio de 2010.
- ROCHEL CABO, SANDRA. "Revictimización y justicia. Abordaje de casos de abuso sexual infantil en el ámbito judicial argentino", tesis de posgrado, Universidad de Buenos Aires, 2005.
- ROZANSKI, CARLOS A. Abuso sexual infantil ¿Denunciar o silenciar?, Buenos Aires, Ediciones B, 2003.
- SÁNCHEZ-PESCADOR, LIBORIO L. HIERRO. "¿Tienen los niños derechos?: comentario a la convención sobre los derechos del niño", *Revista de educación*, vol. 294, 1991.
- SANGRADOR GARCÍA, JOSÉ LUIS. "La victimología y el sistema jurídico penal", en FLORENCIO JIMÉNEZ BURILLO y MIGUEL CLEMENTE DÍAZ (comps.). *Psicología social y sistema penal*, Madrid, Alianza Editorial, 1986.
- SAUCEDA-GARCÍA, JUAN MANUEL. "Identificación del abuso sexual en pediatría", en *Gaceta Médica de México*, vol. 135 n.º 3, 1999.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios -ILAE-, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. "¿Consideraciones victimológicas en la teoría del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática", en ENRIQUE ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI e IÑAKI DENDALUCE SEGUROLA (coords.). *Criminología y derecho penal al servicio de la persona: Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1989.
- SORIA VERDE, MIGUEL ÁNGEL y JOSÉ ANTONIO HERNÁNDEZ SÁNCHEZ. *El agresor sexual y la víctima*, Barcelona, Marcombo, 1994.
- TEJEIRO LÓPEZ, CARLOS E. *Teoría general de niñez y adolescencia*, disponible en: [www.unicef.org/colombia/pdf/TratadoInfancia2.pdf].
- TIRADO ACERO, MISAEL. *Comercio sexual. Una mirada desde la sociología jurídica*, Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad y Fundación FEFSa, 2011.
- TIRADO ACERO, MISAEL, WILMAR PEÑA COLLAZOS y CARLOS MARTÍN CARBONELL HIGUERA. *La investigación jurídica y sociojurídica: precisiones y claves*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, 2012.
- VEERMAN, PHILIP E. *The Rights of the Child and the Changing image of Childhood*, Boston and London, Martinus Nijhoff, 1992.

LA AUTORA

Abogada de la Universidad Libre, Seccional Socorro, Especializada en derecho Administrativo de la misma Universidad y Especializada en Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Magister en Investigación Criminal de la Escuela de Investigación Criminal de la Policía Nacional.



Editado por el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–,
en febrero de 2015

Se compuso en caracteres Cambria de 12 y 9 pts.

Bogotá, Colombia