

**VALIDEZ JUDICIAL DEL TESTIMONIO DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE
VÍCTIMA DEL DELITO SEXUAL**

**FRANCINY ORLANDO QUIÑÓNEZ FRANKY
MÓNICA ALEXANDRA CUELLAR PINEDA
SANDRA EUGENIA LÓPEZ ANDRADE**

**UNIVERSIDAD LIBRE
INSTITUTO DE POSGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ, D. C.
2015**

**VALIDEZ JUDICIAL DEL TESTIMONIO DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE
VÍCTIMA DEL DELITO SEXUAL**

**FRANCINY ORLANDO QUIÑÓNEZ FRANKY
MÓNICA ALEXANDRA CUELLAR PINEDA
SANDRA EUGENIA LÓPEZ ANDRADE**

Tesis realizada para optar al título de Magíster en Derecho Penal

Director:

**Dr. JORGE RESTREPO FONTALVO
(Director)**

**UNIVERSIDAD LIBRE
INSTITUTO DE POSGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ, D. C.
2015**

Nota de aceptación

Presidente del jurado

Jurado

Jurado

Bogotá, D. C.

AGRADECIMIENTOS

Por este esfuerzo académico que nos llevó a comprender a profundidad los conceptos en torno a los cuales se desarrolla la crítica y apreciación del testimonio de los menores de edad en condición de víctimas de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, trabajo que no se hubiera podido realizar sin la dirección del doctor Jorge Restrepo Fontalvo, quien con su vasta experiencia en temas penales nos guio por la escarpada y sinuosa cumbre de este campo específico; por este motivo, nuestro reconocimiento y gratitud extensa porque siempre vio en nuestro trabajo una forma de aportarle más al derecho y a la sociedad.

AUTORIDADES ACADÉMICAS
UNIVERSIDAD LIBRE

<i>Fundador:</i>	<i>General Benjamín Herrera</i>
<i>Presidente nacional:</i>	<i>Dr. Luis Francisco Sierra</i>
<i>Rector nacional</i>	<i>Dr. Nicolás Enrique Zuleta Hincapié</i>
<i>Censor nacional</i>	<i>Dr. Benjamín Ochoa Moreno</i>
<i>Secretario general</i>	<i>Dr. Pablo Emilio Cruz Samboni</i>
<i>Presidente seccional</i>	<i>Dr. Raúl Eurípides Caro Porras</i>
<i>Rector seccional</i>	<i>Dr. Fernando Dejanón Rodríguez</i>
<i>Decano</i>	<i>Dr. Jesús Hernando Álvarez Mora</i>
<i>Secretario académico:</i>	<i>Dr. Álvaro Aljure Moreno</i>
<i>Director Instituto de Posgrados</i>	<i>Dr. Néstor Raúl Sánchez</i>
<i>Director de monografía</i>	<i>Dr. Jorge Restrepo Fontalvo</i>

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	10
PREGUNTA PROBLEMA	13
JUSTIFICACIÓN	13
METODOLOGÍA.....	14
OBJETIVOS	15
OBJETIVO GENERAL.....	15
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	15
CAPÍTULO 1	
EL TESTIMONIO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.....	16
1.1 DEFINICIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	16
1.2 CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.....	17
1.3 FORMALIDADES DEL TESTIMONIO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.....	18
1.4 LA OBLIGACIÓN DE RENDIR TESTIMONIO	23
1.5 FORMAS DE TESTIMONIO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	25
CAPÍTULO 2	
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL CENTRADO EN LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE ABUSO SEXUAL	27

CAPÍTULO 3
DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE
ABUSO SEXUAL31

3.1 PRIMACÍA DEL INTERÉS SUPERIOR COMO DERECHO FUNDAMENTAL
DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES 31

3.2 JURAMENTO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DE LOS
MENORES DE EDAD..... 35

CAPÍTULO 4
VALIDEZ DEL TESTIMONIO 37

4.1 VALIDEZ DEL PERITAJE FORMAL E INFORMAL QUE DESCRIBE UN
ABUSO SEXUAL DONDE SON VÍCTIMAS LOS NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES..... 38

4.2 TÉCNICAS DE INTERROGATORIO DEL MENOR VÍCTIMA DE ABUSO
SEXUAL 41

 4.2.1 Criterios para establecer si el relato de la víctima estuvo contaminado 52

 4.2.2 La credibilidad del niño, niña o adolescente víctima. 43

CAPÍTULO 5
INVESTIGACIÓN DEL DELITO SEXUAL Y CONSTRUCCIÓN DE LA PRUEBA
TESTIMONIAL DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE 45

5.1 ENTREVISTA FORENSE DEL MENOR VÍCTIMA DE DELITOS SEXUALES
..... 45

5.2 PROCESO DE ATENCIÓN 48

5.3 CREDIBILIDAD BÁSICA CON EL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE VÍCTIMA
DE VIOLENCIA SEXUAL 48

5.4 CÁMARA DE GESSEL 49

5.5 INSTITUCIONES QUE CONFORMAN EL EQUIPO DE LAS UNIDADES DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL.....	51
5.6 ATENCIÓN PSICOSOCIAL AL NNA VÍCTIMA DE ABUSO SEXUAL	51
5.6.1 Psicoterapia de emergencia.....	51
5.6.2 Examen físico y médico.....	52
5.7 ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN DE LA VÍCTIMA DE ABUSO SEXUAL	52
5.7.1 El Síndrome de Summit.....	52
5.8 VALORACIÓN DEL TESTIMONIO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE ABUSO SEXUAL JUNTO CON OTROS MEDIOS DE CONVICCIÓN ALLEGADOS AL PROCESO.. ¡Error! Marcador no definido.	
5.9 EL JUEZ COMO INTÉRPRETE DEL TESTIMONIO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	55
5.10 EXAMEN MÉDICO FORENSE Y ANÁLISIS PSÍQUICO DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE VÍCTIMA.....	57

CAPÍTULO 6

ANÁLISIS Y VALOR PROBATORIO DEL TESTIMONIO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES Y SU VALOR PROBATORIO.....	59
--	-----------

6.1 METODOLOGÍA DE LA ENTREVISTA FORENSE	62
6.1.1. Objetivo principal de la entrevista forense.....	62
6.2 DESARROLLO DE LA METODOLOGÍA EN LA ENTREVISTA FORENSE SEGÚN EL PROTOCOLO SATAC PRINCIPALMENTE UTILIZADO POR LOS ESPECIALISTAS.....	64
6.3 PARALELO ENTRE LA LEY 1652 DE 2013 Y LA LEY 1098 DE 2006	65
6.3.1. Análisis sobre las dificultades que presenta la Ley 1652 de 2014 para la praxis judicial en el recaudo del testimonio del NNA víctima de abuso sexual.	68

CONCLUSIONES 71

BIBLIOGRAFÍA 76

INTRODUCCIÓN

Este trabajo está encaminado a realizar un aporte a la investigación de delitos sexuales en los cuales resultan víctimas los niños, niñas y adolescentes - NNA, en orden a que el enjuiciamiento de estos casos responda a parámetros y a bases que metodológica y epistemológicamente conduzcan a conclusiones científicamente procuradas.

Es evidente que la validez del testimonio proveniente de sujetos calificados como los menores de edad, sobre quienes recaen los poderosos efectos del interés superior que la Carta Política les reconoce tiene que ver fundamentalmente con la aptitud y la actitud científica de quienes arbitran y después valoran de la manera más depurada y técnica posible ese tipo de pruebas habladas, cuya vocación intrínseca es surtir efectos en el marco de un escenario judicial.

En lo que respecta la validez del testimonio, también se considera como un aspecto muy importante la capacidad de las personas encargadas de recibir la declaración de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual, ya que deben ser personas instruidas e idóneas para tal labor.

El artículo 3° de la Ley 1098 de 2006 del Código de la Infancia y la Adolescencia define como sujetos titulares de derechos a todas las personas menores de dieciocho años, y clasifica a estos como niños o niñas a las personas entre los cero y doce años y, como adolescentes a las personas entre los doce y dieciocho años de edad.

La Convención sobre los Derechos del Niño consagra que todo ser humano menor de dieciocho años de edad es niño, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad.

En el Código de Procedimiento Penal Colombiano el testimonio del menor de “DOCE” años de edad, a quien no se le toma juramento, deberá ser asistido por su representante legal o por un pariente mayor de edad a quien se le tomará juramento respecto de la reserva de la diligencia. Los menores de doce años y mayores de diez años son aptos para rendir testimonio y no se les recibirá juramento. En el sistema penal acusatorio, la prueba testimonial es la herramienta principal para el juzgamiento de una conducta delictiva, siendo esta la más importante en materia penal, se complementa con la prueba indiciaria y con las evidencias circunstanciales, así el testimonio es uno de los medios de prueba más frecuente dentro de la práctica investigativa penal.

Con el advenimiento de la Ley 1098 de 2006 que contempla los procedimientos aplicables cuando se trata de víctimas de delitos sexuales que son de obligatorio cumplimiento, el testimonio del infante en su condición de sujeto pasivo de un delito debe practicarse y analizarse desde una óptica muy amplia a la luz de los principios *pro infans* y del *interés superior de los niños*, la entrevista forense debe ser tomada por un experto en una ciencia del comportamiento humano en un ambiente de confianza.

La jurisprudencia colombiana ¹ ha reconocido que científicamente las investigaciones indican que la generalidad de los infantes poseen la capacidad moral y cognoscitiva de dar su testimonio en los tribunales y que su dicho debe ser analizado con los demás medios de convicción allegados al proceso.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-078 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 26 de enero de 2006 dice que a través de investigaciones científicas es posible concluir que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales. Señala que no es a los niños, niñas y adolescentes agredidos a quien le corresponde demostrar la ocurrencia del hecho, sino es al Estado.

Cuando las partes en el proceso penal requieran utilizar como medio probatorio el testimonio del niño, niña o adolescente víctima, se debe siempre garantizar y hacer efectivos los principios de protección especial, interés superior, dignidad y procurar el restablecimiento de sus derechos, sin revictimizarles ni generarles nuevos daños como consecuencia de los interrogatorios porque el fin que persigue la justicia es respetar su calidad de niños, su intimidad y demás derechos.

PREGUNTA PROBLEMA

¿Pueden emitirse sentencias condenatorias en procesos penales por delitos sexuales, cuando la prueba testimonial del niño, niña o adolescente víctima de un delito sexual no ha sido recaudada estrictamente con las formalidades legales?

JUSTIFICACIÓN

Esta investigación contribuye a la comprensión de un tema recurrente, la práctica de las pruebas testimoniales en los delitos sexuales cuando las víctimas son menores de edad, como prueba científica que le permite al operador de justicia apoyarse en los dictámenes que rinden los peritos psicólogos, médicos y psiquiatras para establecer la verdad.

Por otra parte, esta investigación les permite a los investigadores de policía judicial y a los sujetos procesales e intervinientes en el proceso penal contar con los elementos que desarrollan el estado del arte, las formalidades necesarias para la práctica de las entrevistas a menores sujetos de delitos de connotación sexual, como los actos y el acceso carnal abusivo o violento; exponiendo las técnicas que se deben practicar para el acercamiento a la verdad, con un grado superior de conocimiento y sin vulnerar los derechos de la víctimas.

Se ha realizado un análisis de la jurisprudencia, el marco legal y los protocolos e instructivos para la práctica de la entrevista y el testimonio de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, ya que es imprescindible conocer y dar aplicación a los procedimientos adecuados para garantizarles sus derechos fundamentales cuando han sido afectados en su integridad, libertad y formación sexual y poder así protegerlos y sancionar a sus agresores.

METODOLOGÍA

Presentar en buena medida los análisis, comparaciones y clasificación de conceptos básicos hace posible que este trabajo se inscriba en un tipo de investigación que bien se puede llamar “crítica reconstructiva”, por cuanto clarifica y reconstruye las propuestas teóricas, así como también resalta los alcances de unas frente a otras. La parte reconstructiva se encamina en presentar y exponer nociones básicas que forman parte de los conceptos teóricos elaborados por los autores para resolver los problemas planteados, confrontados a la luz de otros contraargumentos. El elemento crítico se centra en que una vez expuesta la presentación de los conceptos básicos, se procede a hacer una valoración acerca de las limitaciones que presentan tales propuestas, a la luz de otras interpretaciones teóricas. Cabe destacar el papel de las fuentes primarias, que corresponde principalmente a la jurisprudencia más relevante proferida en Colombia con el fin de evidenciar la importancia en que está fundamentada la protección de los derechos de los niños.

Por otra parte, en procura de una claridad expositiva, se ha optado por inducir la presentación del escrito mediante un texto que hace las veces de introducción o consideraciones preliminares, en donde se presentan las reflexiones básicas de la presente discusión, como también las preguntas orientadoras que guiarán la discusión en cada uno de ellos.

Este escrito se desarrolla con un enfoque cualitativo mediante el cual no se miden variables, sino que se analizan conceptos, leyes y jurisprudencia. La investigación, además, es de tipo bibliográfica, dado que la información analizada reposa en documentos como libros y jurisprudencias.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Realizar un aporte a la academia, a los sujetos intervinientes y partes en el proceso penal y a los auxiliares de la justicia que participan en la atención y en la investigación de casos de delitos sexuales en los que resultan víctimas menores edad en lo que tiene que ver con la validez de su testimonio.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar las formalidades del testimonio del niño, niña y adolescente víctima de delito sexual.
- Llevar a cabo un examen jurisprudencial para establecer los pronunciamientos realizados por los altos tribunales de justicia en Colombia en torno al testimonio del menor víctima de abuso sexual.
- Establecer la importancia del interés superior y del principio *pro infans* del menor de edad víctima de abuso sexual frente a los derechos del capturado.
- Indicar la forma como las autoridades judiciales, investigadores y auxiliares de la justicia aplicarán los procedimientos para la valoración del testimonio del menor víctima de abuso sexual.

CAPÍTULO 1

EL TESTIMONIO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Los derechos de los menores hoy en día son reconocidos y exaltados más que en cualquier otro momento histórico; en este trasegar en defensa de sus derechos se han reconocido múltiples garantías de las que son titulares los niños, niñas y adolescentes, desde la Declaración Universal de los Derechos del Niño, la Constitución Política de Colombia, la jurisprudencia colombiana, el marco legal que rige el proceso penal para la investigación y juzgamiento de estos delitos y los protocolos e instructivos en torno a las normas para la atención y abordaje de las víctimas de delitos sexuales, por lo cual es necesario revisar la participación de los menores en la perspectiva del nuevo sistema penal acusatorio.

1.1 DEFINICIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

El artículo 3 de la Ley 1098 de 2006 del Código de la Infancia y la Adolescencia define como sujetos titulares de derechos a todas las personas menores de 18 años, y clasifica a estos como niños o niñas a las personas entre los 0 y los 12 años, y como adolescentes las personas entre 12 y 18 años de edad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, modificado por la Ley 1306 de 2009, en lo que respecta a la edad, para infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el que no ha cumplido catorce años; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido veintiún años, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos. Sin embargo, debe entenderse la vigencia de la Ley 27 de 1977, posterior al Código Civil, la cual estableció que la mayoría de edad a los 18 años, que actualmente rige en Colombia y está en consonancia con el artículo 97 de la Constitución Política que señala que la ciudadanía se ejerce a partir de los 18 años de edad.

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, consagró en su artículo segundo que para los efectos de dicho instrumento internacional, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

1.2 CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Realizando un recorrido por los diferentes Códigos de Procedimiento Penal de la época, podemos señalar que en el Decreto 409 de 1971, artículo 237, al testigo menor de 10 años de edad no se le tomaba juramento al momento de recibir su testimonio. El mismo procedimiento se estableció en los Decretos 050 de 1987 y Decreto 2700 de 1991. A diferencia, en la Ley 600 del 2000, art, 266, capítulo V Testimonio, el cambio que se da en la edad del testigo está en que pasa de 10 años a 12 años de edad, lo cual se mantiene en el actual estatuto procesal Ley 906 de 2004, en su artículo 383, donde señala que el testigo deberá estar asistido en la diligencia por su representante o por un pariente mayor de edad a quien se le tomará juramento respecto de la reserva de la diligencia.

El niño, niña o adolescente que miente, siempre que sea menor de 14 años de edad no puede ser juzgado por el delito de falso testimonio tipificado en el art. 442 C.P., ya que el Código Penal y la Ley 1098 de 2006 - Código de la Infancia y Adolescencia –C.I.A., eximen de responsabilidad penal a los menores de catorce (14) años de edad por ser inimputables frente a la ley penal y a aquellos adolescentes entre los 14 y 17 años que falten a la verdad en su testimonio, por ser esta conducta un delito, serán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, según el art. 139 C.I.A.

1.3 FORMALIDADES DEL TESTIMONIO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Las formalidades que deben preceder a toda prueba testimonial en materia penal y sus consecuencias ante la inobservancia de las mismas, no tienen los mismos efectos cuando se trata del testimonio recibido al niño, niña o adolescente víctima de delitos sexuales. El testimonio del infante, en su condición de sujeto pasivo de un delito, debe practicarse y analizarse desde una óptica muy amplia a la luz del principio *pro infans* y del principio de *interés superior* de los niños del artículo 44 de la Constitución Política y el artículo 8 de la Ley 1098 de 2006.

La participación de los niños en el proceso penal debe ser efectiva y no simbólica, se les debe ofrecer la información que puedan comprender de acuerdo con su nivel educativo, y las entrevistas que se les realice deben surtirse con las previsiones contempladas en el C.I.A., es decir, que bien sea en la etapa de indagación e investigación, sus declaraciones las tomará el defensor de familia a través de cuestionario remitido por el fiscal o juez y las que se deban rendir ante los funcionarios de policía judicial, cuyas preguntas no podrán ser contrarias al interés superior del infante.

Igualmente, según la Ley 1652 de 2013, por medio de la cual se introdujeron nuevas disposiciones en torno a las entrevistas y al testimonio en el proceso penal de los NNA víctimas de delitos sexuales, se señala que la entrevista forense que realizará el personal del Cuerpo Técnico de Investigaciones C T I al NNA víctima, previa revisión del defensor de familia al cuestionario de preguntas sin perjuicio de que esté o no en la diligencia.

La Corte Constitucional, mediante pronunciamiento realizado en la Sentencia T-117 del 07 de marzo de 2013², advirtió que la entrevista forense debe ser tomada por expertos en psicología o cualquier otra ciencia del comportamiento humano, en un ambiente de confianza que influye en la declaración libre del menor.

La Corte Constitucional realizó un análisis de diferentes casos donde se discutieron las entrevistas rendidas por infantes y que fueron cuestionadas por inobservar las estrictas ritualidades que se tienen en cuenta en testigos adultos en procesos penales y recordó a los jueces que los derechos de los menores de edad prevalecen sobre el derecho fundamental al debido proceso de sus victimarios cuando se presente tensión entre los dos derechos, es decir, los de la menor víctima a que el Estado investigue los hechos cometidos en contra de su integridad sexual para que el responsable sea penalizado por su conducta y los del procesado a que se acate estrictamente el debido proceso en la garantía de no ser acusado por un pariente cuando a éste no se le ha advertido sobre la excepción al deber de declarar.

Indicó la sentencia citada que resulta como una deficiencia probatoria que se niegue de manera arbitraria, irracional y caprichosa la entrevista efectuada por el infante víctima, ya que con ello se estaría impidiendo la garantía a acceder a la verdad, a la justicia y la reparación a que tiene derecho el NNA. En cuanto al cumplimiento del artículo 33 Superior referente a que ningún testigo está obligado a declarar en contra de los parientes cercanos³, y que tal derecho que debe ser puesto de presente a cualquier testigo, esta formalidad no puede cuestionarse con respecto a los infantes, dada su incompreensión frente el precepto legal del acto.

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-117 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

³ Constitución Política Artículo 33. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Afirma la Corte que la entrevista del menor víctima de delitos sexuales es la fuente primaria como punto de partida para la investigación y que se forma la hipótesis en la entrevista con información certera en tres variables como son las de tiempo, lugar y modo. La entrevista se debe realizar en el ambiente de respeto y con dignidad sin revictimizar, el entrevistador debe tener la capacidad para identificar el nivel de conocimiento lingüístico, la capacidad de razonamiento y la respuesta emocional de la víctima, dado que los niños, según su edad específica evidencian características comportamentales, emocionales e intelectuales diferenciales y que no se pretende de manera irrestricta y sin sentido humano que los infantes comprendan o interioricen aspectos para los que aún no están preparados.

El testimonio de los menores, es de gran importancia según la jurisprudencia, vemos en la Sentencia del 26 de enero de 2006 de la C.S.J. que sostuvo:

“A partir de investigaciones científicas es posible concluir que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales.

La Convención de los Derechos del Niño (artículo 3º) y el en el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989), la Constitución Política elevó al niño a la posición de sujeto merecedor de especial protección por parte del Estado, la sociedad y la familia (artículos 44 y 45).

La declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente. No le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho sino al Estado”⁴.

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación. Proceso N° 23706 del 26 de enero de 2006. M.P. Marina Pulido de Barón.

En cuanto a la capacidad para testimoniar, bien lo menciona el tratadista Jairo Parra Quijano⁵ que las legislaciones de todos los pueblos, en todos los tiempos, han establecido reglas que limitan el derecho que tiene todo ciudadano a ser testigo y la facultad que tiene la justicia de utilizar a las personas para averiguar la verdad y el testimonio del niño hoy en día es aceptado en casi todas las legislaciones modernas, incluida la nuestra.

La Ley 1098 de 2006 C.I.A., en cuanto a la práctica del testimonio del menor, en su art. 194⁶, dispone que cuando la víctima es una persona menor de dieciocho años, no se podrá exponerla frente a su agresor y que al momento de realizar la entrevista el NNA deberá estar acompañado de un profesional a efecto de adecuarle las preguntas en un lenguaje comprensible para su edad.

El artículo 150 del C.I.A., en torno a la práctica de testimonios de menores de edad, establece que sus declaraciones solo las podrá tomar el defensor de familia quien siempre le acompañará y asistirá, efecto para el cual habrá recibido previamente el cuestionario enviado por el fiscal o el juez. Dicha entrevista se deberá llevar a cabo fuera del recinto de la audiencia y el juez excepcionalmente podrá intervenir en el interrogatorio para que el menor responda de manera clara y precisa a las preguntas formuladas, siempre respetando sus derechos prevalentes.

Otra de las exigencias que trae el C.I.A es que el mismo procedimiento de práctica de testimonio al menor de edad debe respetarse para las declaraciones y

⁵ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. 9ª Ed., Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1998, p. 150 y 154.

⁶ Ley 1098 de 2006, Op. cit., Art.194. Audiencia en los procesos penales. "En las audiencias en las que se investiguen y juzguen delitos cuya víctima sea una persona menor de dieciocho (18) años, no se podrá exponer a la víctima frente a su agresor. Para el efecto se utilizará cualquier medio tecnológico y se verificará que el niño, niña o adolescente se encuentre acompañado de un profesional especializado que adecue el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad. Si el juez lo considera conveniente, en ellas sólo podrán estar los sujetos procesales, la autoridad judicial, el defensor de familia, los organismos de control y el personal científico que deba apoyar al niño, niña o adolescente".

entrevistas que deban ser rendidas ante la Policía Judicial y la Fiscalía durante las etapas de indagación o investigación.

Las declaraciones o entrevistas que se deban realizar cuando la investigación del delito de sexual comienza con la captura en flagrancia del indiciado, exige en la praxis que el fiscal de la Unidad de Reacción Inmediata (URI) requiera de elementos probatorios y evidencias que permitan acreditarle al juez de control de garantías la inferencia razonable sobre existencia del hecho y su autoría, y la vinculación del indiciado en la investigación con la imposición de la medida de detención preventiva.

Así por ejemplo, los fiscales deben ordenar dentro de las 36 horas siguientes a la captura, la entrevista del menor víctima de abuso para contar con este mínimo de prueba y así poder sustentar sus solicitudes en protección del NNA en su condición de víctima.

Otro ejemplo que la praxis enseña en cuanto a las entrevistas o declaraciones de que trata el art. 150 C.I.A, se presenta, no habiendo podido la Fiscalía asegurar la captura en flagrancia del presunto responsable, instantes después de haberse cometido el delito de abuso sexual, el ente acusador, puede iniciar las indagaciones a través de un procedimiento que tienen denominado como los *actos urgentes* y que permite al fiscal ordenar a sus investigadores de Cuerpo Técnico de Investigación (C T I) o a los investigadores de policía ubicar al menor de edad y llevarlo ante el defensor de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – (ICBF) con colaboración de un psicólogo con el fin de realizarse un cuestionario de preguntas relacionadas con los hechos y su presunto responsable para así asegurar el medio de prueba y direccionar mejor la investigación.

Otra declaración o entrevista que se le toma al menor de edad y que no necesariamente es practicada en la audiencia de juicio oral, pero que puede introducirse como prueba testimonial es aquella que se realiza una vez que cualquier autoridad tenga conocimiento del hecho de agresión sexual y que por el transcurrir del tiempo impide su práctica, como en los casos de captura en flagrancia o en los actos urgentes, resultando que estos elementos materiales de prueba tales como entrevistas y declaraciones son recaudados muchas veces ante autoridades como Comisarías de Familia, Defensorías de Familia del ICBF en desarrollo de procesos administrativos de restablecimiento de derechos, donde se tiene conocimiento que NNA han sido víctimas de abuso sexual, procediendo en estos casos a denunciar oficiosamente el delito ante la autoridad competente.

De igual manera, el juez podrá optar por practicar el testimonio del menor a través de comunicación de audio video, evento en el cual no será necesaria la presencia física del NNA, aspecto que es consecuente con el art. 146, # 5 del C.P.P. que hace alusión al registro de las audiencias previas al juicio oral con respecto al imputado acusado y el principio de inmediación del juez.

1.4 LA OBLIGACIÓN DE RENDIR TESTIMONIO

Esta deviene de la Constitución Política⁷ y de la Ley 599 de 2000, como un deber personalísimo e insustituible de brindar testimonio a las personas que estén dentro o fuera del país, se admite su testimonio para ser recaudado a través de cónsul colombiano. Esta obligación de comparecer ante la autoridad judicial que convoca, incluye un deber moral, el de decir la verdad que suscita de manera espontánea o en respuesta al cuestionario de preguntas formuladas. Mucho se ha

⁷ **Artículo 95.** La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: (...) 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia.

recabado en que la consecuencia de faltar a la verdad daría lugar para el testigo mentiroso a responder penalmente por falso testimonio; y ante su renuencia a dar su testimonio, la conducción y eventual multa impuesta por el funcionario judicial.

Es dable cuestionar si en desarrollo de un proceso judicial en que haya resultado víctima de delito sexual un menor de edad, ejemplo, un menor de catorce años, hasta qué punto podrían las partes para probar su teoría del caso, solicitar como medio probatorio de cargo o de descargo el testimonio del niño o del adolescente víctima. Se tendría que acudir al Código de la Infancia y Adolescencia que señala los criterios específicos⁸ para el desarrollo del proceso judicial en que son víctimas los menores de edad para así hacer efectivos los principios de protección especial, interés superior, dignidad y garantizar el restablecimiento de sus derechos y su debida protección, hay que tener en cuenta su calidad de niños, su intimidad y demás derechos y no se les podrá estigmatizar ni generar nuevos daños, bajo el fin que persigue la justicia de sancionar a los responsables porque además existen otras formas de hacer valer los derechos de los niños y adolescentes víctima de delitos.

Será discrecionalidad del juez y mediante pronunciamiento motivado, la decisión de si decreta o no la práctica del testimonio del menor de edad cuando lo solicitan en la audiencia de acusación y preparatoria las partes que deben alegar y sustentar satisfactoriamente la pertinencia, utilidad y conducencia del testimonio que se espera que rindan bien sea como testigo de cargo o de descargo para declarar en el juicio oral.

⁸ Ley 1098 de 2006, Op. cit., Art. 193.

No. 7. "Pondrá especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en esta ley. Igualmente, velará por que no se les estigmatice ni se les generen nuevos daños con el desarrollo de proceso judicial de los responsables.

Por lo anterior, aun en el caso de que una autoridad judicial hubiera ordenado su testimonio, habría que concluir que no sería posible conminar a declarar a los menores de catorce años de edad en caso de que no concurrieren, pues su renuencia a declarar no podría acarrearles ningún tipo de sanción y tampoco podrían ser objeto de los mecanismos coercitivos de los que dispone el juez para asegurar la conducción de testigos.

1.5 FORMAS DE TESTIMONIO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

El artículo 193 del C.I.A. define los criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes. Dispone que en los procesos judiciales en los que sean víctimas, la autoridad judicial tendrá en cuenta que no se les deben generar nuevos daños con el proceso judicial de los responsables y que la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes criterios específicos:

<p>1. Dará prioridad a las diligencias, pruebas, actuaciones y decisiones que se han de tomar.</p>	<p>2. Citará a los padres, representantes legales o a las personas con quienes convivan cuando no sean estos los agresores, para que lo asistan en la reclamación de sus derechos. Igualmente, informará de inmediato a la Defensoría de Familia a fin de que se tomen las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes, en los casos en que el niño, niña o adolescente víctima carezca definitiva o temporalmente de padres, representante legal o estos sean vinculados como autores o partícipes del delito.</p>
<p>3. Prestará especial atención para la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de los derechos vulnerados.</p>	<p>4. Decretará de oficio o a petición de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos, de sus padres, representantes legales, del defensor de familia o del Ministerio Público, la práctica de las medidas cautelares autorizadas por la Ley para garantizar el pago de perjuicios y las indemnizaciones a que haya lugar. En estos casos, no será necesario prestar caución.</p>
<p>5. Tendrá especial cuidado para que en los procesos que terminan por conciliación,</p>	<p>6. Se abstendrá de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución</p>

desistimiento o indemnización integral no se vulneren los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas del delito.	condicional cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, a menos que se haya demostrado que los adolescentes víctima fueron indemnizadas.
7. Pondrá especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en esta ley. Igualmente, velará porque no se les estigmatice ni se les generen nuevos daños con el desarrollo de proceso judicial de los responsables.	8. Tendrá en cuenta la opinión de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos en los reconocimientos médicos que deban practicárseles. Cuando no la puedan expresar, el consentimiento lo darán sus padres, representantes legales o en su defecto el defensor de familia o la Comisaría de Familia y a falta de estos, el personero o el inspector de familia. Si por alguna razón no la prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos.
9. Ordenará a las autoridades competentes la toma de medidas especiales para garantizar la seguridad de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas y/o testigos de delitos y de su familia, cuando, a causa de la investigación del delito, se hagan necesarias.	10. Informará y orientará a los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos, a sus padres, representantes legales o personas con quienes convivan sobre la finalidad de las diligencias del proceso, el resultado de las investigaciones y la forma como pueden hacer valer sus derechos.
11. Se abstendrá de decretar la detención domiciliaria, en los casos en que el imputado sea es miembro del grupo familiar del niño, niña o adolescente víctima del delito.	12. En los casos en que un niño niña o adolescente deba rendir testimonio, deberá estar acompañado de autoridad especializada o por un psicólogo, de acuerdo con las exigencias contempladas en la presente ley.
13. En las diligencias en que deba intervenir un niño, niña o adolescente, la autoridad judicial se asegurará de que esté libre de presiones o intimidaciones	

CAPÍTULO 2

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL CENTRADO EN LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE ABUSO SEXUAL

Es una actitud recurrente de los abogados defensores de agresores de menores en casos de delitos sexuales desacreditar el testimonio del menor víctima, indicando que es falso, por la tendencia a fantasear de los infantes y la falta de desarrollo cognitivo; imputando a los menores la falta de capacidad para decir la verdad por su inmadurez psicológica. Frente a estos argumentos, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal, ha establecido que no es despreciable el testimonio del menor en ninguna circunstancia, siempre que se practique con la asistencia de profesionales que garanticen los derechos de los menores; hacer un análisis de algunos fallos le permitirá al lector comprender mejor cómo deben decidir los jueces al momento de valorar el testimonio del menor.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional han dicho:

“...coincide con los resultados de investigaciones científicas según las cuales, la mayoría de los niños poseen la capacidad moral y cognitiva de dar su testimonio en los tribunales y su dicho debe ser analizado junto con los demás medios de convicción allegados a un proceso, particularmente en los casos de abusos sexuales, en los cuales, ante los intentos de disminuir la revictimización del niño, se acude a psicólogos especialistas que ayuden al menor a expresar lo sucedido”⁹.

La misma sentencia manifiesta:

“...La doctrina de la Corte Constitucional enseña que las autoridades judiciales que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-078 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

de delitos sexuales cometidos contra menores deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos.

De tal suerte que constituyen actos de discriminación “cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y, por lo tanto, dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria... lo intimide o coaccione de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga. Tales prácticas vulneran gravemente la Constitución y comprometen la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario que las cometa”¹⁰.

La sentencia ya citada del 26 de enero de 2006, radicación n.º 23706 CSJ, también retomó, ratificó y complementó sus líneas jurisprudenciales en cuanto a la impropiedad de descalificar *ex ante* el testimonio de un menor alegando supuesta inmadurez, especialmente si se trata de niñas y niños víctimas de abuso sexual. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia dice:

“Es igualmente equivocado calificar de falso un testimonio tan solo por provenir de un menor de edad. Es cierto que la psicología del testimonio recomienda analizar con cuidado el relato de los niños, que pueden ser fácilmente sugestionables y quienes no disfrutan de pleno discernimiento para apreciar nítidamente y en su exacto sentido todos los aspectos del mundo que los rodea; pero de allí no puede colegirse que todo testimonio del menor sea falso y deba desecharse. Aquí, como en el caso anterior, corresponde al juez dentro de la sana crítica, apreciarlo con el conjunto de la prueba que aporten los autos para determinar si existen medios de convicción que lo corroboren o apoyen para apreciar con suficientes elementos de juicio su valor probatorio”¹¹.

Se señaló además que no es acertado imponer una veda o tarifa probatoria que margine de toda credibilidad el testimonio de los menores, así como el de ninguna

¹⁰ *Ibíd.*, p. 1.

¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de enero de 2006. Rad. 23706. M.P. Marina Pulido de Barón.

otra persona por su mera condición, como suele ocurrir con los testimonios rendidos por los ancianos y algunos discapacitados mentales, con fundamento en que o bien no han desarrollado (en el caso de los niños o personas con problemas mentales) o han perdido algunas facultades psico-perceptivas (como ocurre con los ancianos). Tales limitaciones *per se* no son suficientes para restarles total credibilidad cuando se advierte que han efectuado un relato objetivo de los acontecimientos. Estos planteamientos se acompañan con el denominado interés superior que ha adquirido el menor en la sociedad, concepto que como ya se indicó, transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad.

También la Corte Constitucional, en vía de tutela, señaló en uno de sus primeros pronunciamientos sobre este tema:

“En el pasado, el menor era considerado "menos que los demás" y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida”.

“En la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la psicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su *status* debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista - que propende hacia la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión -, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes. Tal reconocimiento quedó plasmado en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3º) y, en Colombia, en el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989). Conforme a estos principios, la Constitución Política elevó al niño a la posición de sujeto merecedor de especial protección por parte del Estado, la sociedad y la familia (artículos 44 y 45)”¹².

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-408 de 1995. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Igualmente, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-554 de 2003, en relación con los medios de prueba que normalmente se presentan en los delitos de abuso sexual, también adujo:

“Cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente. No le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho, sino al Estado, aún más en situaciones donde por razones culturales alguno de los padres considera como algo ‘normal’ el ejercicio de la violencia sexual contra los niños o alguno de ellos considera ser titular de una especie de ‘derecho’ sobre el cuerpo del menor”¹³.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-554 de 2003. Clara Inés Vargas Hernández.

CAPÍTULO 3

DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE ABUSO SEXUAL

Se ha ocupado la Ley y la jurisprudencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ratificando lo dispuesto por la Convención de Derechos del Niño¹⁴, ubicándolos en un rango superior que los protege cuando entran en colisión con derechos fundamentales de igual calado, esta especial protección de los derechos de los niños se expresa especialmente en la práctica de testimonios de menores de 12 años a los cuales no se les exige jurar decir la verdad, como garantía de que lo que se está afirmando está apegado a la realidad, su explicación radica entre otras razones en que los menores de 14 años son inimputables, es decir, no son objeto de reproche penal por sus condición de menores de edad.

Pero ¿por qué privilegiar los derechos de los menores frente a los de los demás bajo el argumento de no revictimizarlos con el proceso penal?. Esta pregunta se resolverá en el desarrollo de este capítulo.

3.1 PRIMACÍA DEL INTERÉS SUPERIOR COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Según Baeza, el interés superior del niño es “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar”¹⁵.

¹⁴ Convención de los Derechos del Niño, aprobada. Por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989, ratificada por Colombia Ley 12 de 1991

¹⁵ BAEZA CONCHA, Gloria. “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”. En: Revista Chilena de Derecho. Vol. 28, núm. 2, 2001, p. 356.

Gatica y Chaimovic lo definen como “en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres ni el de la sociedad ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña.”¹⁶

El principio del interés superior del niño es impartido por el Estado tanto en su función ejecutiva como en la legislativa y judicial. El Estado se encuentra obligado a adoptar medidas efectivas, y dirigidas a la aplicación de este principio. La política legislativa, la política judicial y las decisiones de los tribunales de justicia deben estar orientadas hacia este principio. La sociedad también está obligada por el conjunto de criterios que integran el mejor interés del niño.

El principio del interés superior del niño es uno de los pilares en los derechos del niño. En la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 aparece estipulado este derecho. Igualmente, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos los niños, niñas y adolescentes son sujetos de protección especial y sujetos plenos de derechos.

Realizando un análisis histórico, el primer instrumento que consagró los derechos de los niños fue la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los Niños aprobada por la Sociedad de Naciones Unidas el 26 de diciembre de 1924. Posteriormente, el 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas – (ONU), aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos que implícitamente incluía los derechos del niño. Más adelante, el 29 de noviembre de 1959, ante la necesidad de una más directa protección de los derechos de los niños en el mundo, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, aprobó la Declaración de los Derechos del

¹⁶ GATICA, Nora, y CHAIMOVIC, Claudia. “La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño”. En: Revista Semana Jurídica. (mayo 13, 2002)

Niño. Luego nace la Convención sobre los Derechos del Niño, la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 que es el tratado internacional que ha sido ratificado por todos los Estados parte (excluyendo a Estados Unidos y Somalia); y también, se tiene la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, sobre “la no discriminación y el interés superior del niño que deben ser consideraciones primordiales en todas las actividades que conciernan a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados”, la cual confirmó la Convención sobre los Derechos del Niño, como instrumento internacional de carácter vinculante sobre la protección integral de los niños, niñas y adolescentes como portadores de derechos sin discriminación de ningún tipo.

El principio rector del interés superior del menor apareció recogido en el artículo 20 del Código del Menor de 1989, en los siguientes términos: “Las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor”¹⁷.

La Corte Constitucional, en la citada Sentencia T-408/95, consideró:

“El denominado “interés superior” es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad.

En el pasado, el menor era considerado “menos que los demás” y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida”¹⁸.

¹⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2737 de 1989. “Por el cual se expide el Código del Menor”. En: Diario Oficial n.º 39.080 del 27 de noviembre de 1989.

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-408 de 1995, Op. cit.

En la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, como fuente originaria que reconoce por primera vez en su favor la existencia de derechos específicos y la responsabilidad de los adultos hacia ello, que indica en su preámbulo que los hombres y mujeres de todas las naciones reconocen que la humanidad debe al niño lo mejor que tiene y refrendando que debe ser el primero en recibir ayuda en momentos de angustia.

En el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, se señala que por su falta de madurez física y mental, el menor necesita protección y cuidados especiales e incluso la debida defensa legal tanto antes como después del nacimiento, exhortando así a que se le garantice la posibilidad de tener una infancia feliz y gozar de los derechos y libertades, instando a los padres, a los hombres y las mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades legislativas, administrativas, sociales y educativas locales y nacionales a reconocer esos derechos y observarlos, con medidas de toda índole que deben implementar de manera progresiva para protegerlos contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier persona que lo tenga a su cargo (art. 19.1).

La comunidad internacional, frente a la explotación sexual infantil, adoptó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (mayo 25 de 2000, art. 3º) extendiendo el campo de protección de los menores frente a esos execrables comportamientos, comprometiendo a los Estados a tipificar esas y otras aberrantes conductas y a castigar a sus responsables, y al mismo tiempo el artículo 8, numeral 1, literal a, señala la obligación de adoptar medidas adecuadas para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños víctimas, instando a la salvaguarda del interés

superior del menor de edad y a reconocer la vulnerabilidad de los niños víctimas, imponiendo la obligación de adaptar los procedimientos de forma que se reconozcan sus necesidades, incluidas las necesidades especiales para declarar como testigos.

3.2 JURAMENTO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DE LOS MENORES DE EDAD

Para la Sentencia C-118 de 2006: “El juramento es la declaración que hace una persona ante un juez de decir la verdad, es una garantía de veracidad que constituye además un requisito de carácter sustancial”¹⁹.

El juramento es una formalidad que busca garantizar la veracidad de la declaración o testimonio. Es el hecho en que se presume la buena fe del testigo, mas no la veracidad de su declaración.

El juramento permite dotar de una garantía de veracidad las declaraciones de los testigos al interior de un determinado proceso judicial. Dicha garantía se hace realidad con las sanciones penales que devienen para aquella persona que falte a la verdad, habiendo jurado no hacerlo

“El juramento es la aseveración que hace una persona, basada en su convicción personal, que en su dicho está diciendo la verdad. Así entonces, la obligación de jurar es el deseo del legislador de incitar a la persona a la cual se le recibe el testimonio”²⁰.

Los adolescentes mayores de catorce años y menores de dieciocho pueden ser sujetos de responsabilidad penal y se les solicita rendir testimonio bajo juramento. Si incurrieren en falso testimonio, delito contemplado en el art. 442 del C.P., serán juzgados bajo el procedimiento del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-118 de 2006. M.P. Jaime Araújo Reintería.

²⁰ *Ibíd.*

En el artículo 266 de la Ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal se estipula:

Art. 266. Deber de rendir testimonio. Toda persona está en la obligación de rendir bajo juramento, el testimonio que se le solicita en la actuación procesal, salvo las excepciones constitucionales y legales. Al testigo menor de doce (12) años no se le recibirá juramento y en la diligencia deberá estar asistido, en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad a quien se le tomará juramento acerca de la reserva de la diligencia²¹.

Al respecto del juramento, se señala en la Sentencia C-840 de 2001:

Bajo el criterio de que el **principio de la buena fe** debe presidir las actuaciones de los particulares y de los servidores públicos, quiso el Constituyente que sólo en el caso de los primeros ella se presuma. Por lo mismo, mientras no obre prueba en contrario, la presunción de la buena fe que protege las actuaciones de los particulares se mantiene incólume. En cuanto a los servidores públicos, no es que se presuma, ni mucho menos, la mala fe.

Sencillamente que el margen de la presunción que favorece a los particulares, las actuaciones de los funcionarios públicos deben atenerse al principio de constitucionalidad que informa la Ley y el principio de legalidad que nutre la producción de los actos administrativos. Por consiguiente, podría decirse entonces que la presunción de buena fe que milita a favor de los particulares, en la balanza **Estado-administración** hace las veces de contrapeso institucional de cara a los principios de constitucionalidad y legalidad que amparan en su orden a la ley y a los actos administrativos.

²¹ *Ibíd.*, p. 2.

CAPÍTULO 4

VALIDEZ DEL TESTIMONIO

En el proceso judicial la prueba testimonial cuando se trata de menores de edad, debe tener una apreciación en el ámbito penal, acompañada por lo general de otros elementos probatorios, evidencias físicas, e indicios que llevan a la convicción más allá de toda duda razonable al juez cuando se comprometen las razones que llevan al fallo condenatorio o absolutorio.

En el proceso penal cuando la víctima es un NNA, no siempre, la víctima llegará a la audiencia de juicio oral como testigo a narrar de viva voz su experiencia, así que aun cuando el juez apoye su sentencia en el testimonio de la víctima, no siempre implica que la prueba testimonial se haya recaudado con inmediación del juez y la víctima. Con frecuencia el testimonio del niño es recogido mediante declaración que recibe el defensor de familia en otros escenarios y etapas de la indagación o investigación casi siempre en espacios diferentes al de la sala de audiencias. Deberá entonces el juzgador realizar un proceso de asunción de la prueba y apreciación del acervo probatorio para propugnar un fallo apegado a la justicia.

La validez de la prueba testimonial, en estos casos, deberá estar conectada directamente con el dictamen que haga el perito forense, el psicólogo, el investigador forense, el médico, o el profesional especializado en ciencias del comportamiento, del cual se servirá al juez para su tarea final de fallar y argumentar su decisión.

En este capítulo desarrollaremos los siguientes apartes.

1. Valoración del testimonio del NNA víctima de abuso sexual junto con otros medios de convicción allegados al proceso.
2. Validez del peritaje formal e informal que describe un abuso sexual donde es víctima un menor.

4.1 VALIDEZ DEL PERITAJE FORMAL E INFORMAL QUE DESCRIBE UN ABUSO SEXUAL DONDE SON VÍCTIMAS LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

El artículo 193 del Código de la Infancia y Adolescencia, relativo a los procedimientos especiales cuando los niños son víctimas de delitos, no contempla ninguna exigencia con respecto a un determinado protocolo o instrumento para recibir el testimonio de menores en casos de abuso. El único documento vigente en torno al abordaje de la víctima en la investigación de los delitos sexuales es el reglamento técnico del Instituto de Medicina Legal, versión 02 de agosto de 2006, modificada por la versión 03 de julio de 2009, en el que no se exige ningún tipo de técnicas en particular, distintas a las que faciliten al menor el tránsito hacia lo sucedido.

“INSTRUCTIVO PARA ENTREVISTAR A MENORES VÍCTIMAS DE DELITO SEXUAL”

1. ENTREVISTA DE PSIQUIATRA O PSICÓLOGO FORENSE, EN MENORES DE EDAD VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES

“Pretende a partir del establecimiento de la empatía el brindar un clima adecuado para explorar, con el niño o la niña, las situaciones motivo de la denuncia, usando una técnica apropiada a su desarrollo y edad. Se considera indispensable el éxito de este primer paso para cumplir con los objetivos de trato digno y como un primer contacto que evaluará el

desarrollo del niño o niña y facilitará el conocimiento sobre los hechos, de manera que la información pueda ser útil como medio de prueba.

La segunda parte es quizá la de mayor interés desde el punto de vista forense, debido a que aporta información objetiva sobre los hechos sucedidos, quién o quiénes son los implicados, cuándo ocurrieron los hechos, si es un caso aislado o, por el contrario, tiene antecedentes conexos con otros casos, cuánto tiempo llevan sucediendo, si es un caso de proceso, así como la naturaleza del impacto físico y psíquico.

El tercer momento de la entrevista se dará en el consultorio médico. El comunicar al médico la situación del niño o niña víctima del delito sexual en términos que sean accesibles a él o ella reduce la incertidumbre, baja la ansiedad de todos los participantes en la intervención, y brinda al menor una experiencia de contraste en relación con la forma en que ha sido tratado por abusadores, familiares y personas también impactadas por los hechos (secretos y colocación del niño o niña en situación pasiva fuera de su control, etc.). Igualmente, esta comunicación orienta al médico en la búsqueda específica de pruebas en un corto tiempo.

Finalmente, el entrevistador hará una muy necesaria intervención con los acompañantes del niño o niña para informar sobre el resultado de la valoración hasta ese momento.

Las personas que han acudido en busca de justicia presentan un estado emocional especial en el cual la incertidumbre, la ira, los conflictos reactivados de sus propias experiencias previas o anteriores y las nuevas que se han producido (o desencadenado con la revelación o conocimiento de los hechos) deben ser atendidos, pues de ello depende el curso que tome el caso, la colaboración futura con las autoridades, el respaldo o protección al menor, entre otros.

Es fundamental, entonces, brindar una información básica, clara, con sugerencias apropiadas al caso particular, incluyendo la reformulación del "problema" en términos positivos, lo cual incide en el manejo de la culpa del menor y en la actitud del adulto hacia éste.

Este cierre puede ser lo más valioso de la intervención y puede constituirse en la única oportunidad en la que el niño o niña tengan contacto con una persona idónea, hábil y conocedora del tema; por ello, se requiere una especial habilidad que se ofrece a las personas interesadas y capacitadas para vislumbrar el "conflicto emergente" en cada caso particular e intervenir exclusivamente en ese sentido, observando las restricciones inherentes a la prestación de una atención médica responsable en la que se debe evitar generar más confusión, aumentar la ansiedad y la posibilidad de descuidar, dejando al azar la valiosa información recogida durante el trabajo precedente".

- **Entrevista con el menor de edad solo**

“Se le informará al niño(a) víctima del delito sexual que el acompañante estará cerca durante los siguientes minutos; si es pequeño(a) y no se han detectado dificultades con el acompañante, puede permitirse que éste permanezca en el consultorio en un sitio en el cual no haga contacto visual con la víctima y advirtiéndole que el niño será quien debe responder.

Es posible que buena parte de la información se haya recogido en el paso anterior; por lo tanto, esta parte puede demandar menor tiempo y estará limitada a la información sobre el examen médico. Sin embargo, si el médico considera necesario o conveniente, el niño(a) podrá ser abordado con preguntas cortas, claras, relacionadas para aclarar o ampliar la información obtenida en la fase anterior.

Si el niño(a) es mayor de siete años, muy probablemente logrará exponer los hechos tal como lo manifestó cuando los reveló por primera vez, como se indicó previamente, guiado por preguntas indirectas cortas y claras, partiendo de la experiencia reciente con el acompañante. Se pueden realizar preguntas tales como: "tu mamá está preocupada por lo que vio" o "ella siente preocupación por lo que tú le contaste que pasó con fulanito", "cómo fue... " , entre otras.

Con los niños(as) más pequeños se intentará lo mismo, consignando en el informe pericial lo referido por el niño en sus palabras. Además, siempre hay que agradecer al niño su relato. En caso de no lograrse una exposición espontánea por parte del niño(a), no se debe considerar la intervención como un fracaso, pues en el curso de la investigación el menor será interrogado de nuevo por personal especializado. Finalmente, con fines de sugerir protección es importante conocer por parte del niño(a) lo que piensa que sucederá al salir del consultorio, para ello se le preguntará ¿qué problema surgirá con lo que le ha sucedido? o ¿qué dificultades se han presentado luego de que él reveló el abuso?; estas preguntas disminuyen la culpa y la vergüenza. Igualmente, se debe estimular al niño(a) haciendo referencia al valor para enfrentar la situación por la que está atravesando.

Es posible que al ampliar la intervención del médico, surjan situaciones que requieran de técnicas más elaboradas, las cuales demandan mayor tiempo y energía psíquica, o que se generen temores o sentimientos diversos que produzcan conflictos en cualquiera de los protagonistas. Por lo tanto, las recomendaciones indicadas anteriormente no se constituyen en garantía de que no se presentarán este tipo de eventualidades. Se recomienda dejar el registro para que sean manejadas por el especialista en psicología y psiquiatría forense. De ser posible la intervención especializada en salud se le comentará al niño(a) y se le manifestará que sus sentimientos son entendibles, que se está

con él y que más adelante también será visto por un especialista que lo ayudará más específicamente.

Es lógico, científico y consecuente con la realidad que si los hechos se limitan a actos sexuales (principalmente abusivos) y la exposición del menor es clara al respecto, el examen físico generalmente será solo una noxa, un evento traumático adicional del cual el niño(a) deberá ser protegido.

Si los hechos revelan la posibilidad de evidencia física, al menor se le explicará también de manera sincera y clara que el examen será corto, no doloroso, pero tal vez un poco molesto y que en caso de que esté resultando insoportable, el niño(a) podrá solicitar que se suspenda en cualquier momento²².

4.2 TÉCNICAS DE INTERROGATORIO DEL MENOR VÍCTIMA DE ABUSO SEXUAL

De vieja data es la discusión sobre el valor probatorio de los testimonios de los niños, niñas y la forma como se debe obtener su declaración y cómo incorporarla al proceso judicial, evitando revictimizar y transgredir sus derechos o causar daños graves, frente al interés de la justicia y las garantías con respecto al procesado. Lógico es, que dependiendo de la edad del niño, niña o adolescente víctima entre menor sea ésta, más limitada será su capacidad de verbalizar los hechos sufridos, por lo que deberá observarse los aspectos sociales, económicos, y demás condiciones sociofamiliares en que el infante se desarrolla. En tal virtud, generaría suspicacia el empleo de un léxico técnico, sofisticado, culto, que no correspondan al grado de evolución del niño o niña víctima examinado o, si por el contrario, utiliza una terminología popular o común. En punto de lo que se busca establecer, hay que valorar los conocimientos sexuales del niño, niña y adolescente, su comportamiento, si presenta descripciones vivenciales de dolor, la descripción dinámica que pueda elaborar del hecho del abuso.

²² INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES. Reglamento técnico para el abordaje forense integral de la víctima en la investigación del delito sexual. Bogotá, 2006.

Es propio de la etapa de la infancia que los niños y niñas no puedan establecer con exactitud las fechas y que no identifiquen con facilidad los parámetros de tiempo para afirmar que han sido víctimas de un abuso sexual, y menos aun cuando la transgresión a su integridad sexual se ha causado por amplios periodos y de manera sucesiva.

No es cuestionable al niño, niña o adolescente que tenga dificultad en definir parámetros fisonómicos de edad, peso, estatura ni que ofrezca detalles descriptivos en aspectos en que los adultos no suelen reparar, pero hay que apreciar que los narre con lógica, sus relatos están demarcados por sensaciones e impresiones emocionales. La palabra del infante víctima es de fundamental importancia dentro del proceso penal, es esencial, ya que desconocerla y obviarla para conocer solo las expresiones de interpósitos actores, peritos, otros testigos, etc.

4.2.1. Criterios para establecer si el relato de la víctima estuvo contaminado.

El juez debe establecer que el testimonio del NNA no haya sido alterado ni cambiado, sino que debe ser tal cual como el infante lo percibió. Si bien la memoria pasada con el tiempo cambia y se alimenta de unos conocimientos y conceptos, la esfera intelectual elabora unas conclusiones de nexos causal y responsabilidad. La experiencia de la víctima frente a la reacción primaria de su entorno muchas veces provoca una influencia involuntaria que termina por contaminar a la víctima, así lo que los padres, el entorno vecinal, escolar y de las mismas autoridades, muchas de las veces afecta en la percepción que de los hechos tenía inicialmente la víctima. En otros casos, cuando median propósitos vindicativos generados en el contexto de la violencia intrafamiliar, o personal, cuando los adultos generalmente los padres se valen del niño para victimizarlo e inducir en él un hecho falso y unos efectos ficticios con los que el niño soporte la mentira.

Empero uno de los aspectos contaminantes más preocupantes del testimonio del NNA víctima es el resultado de una mala praxis de los profesionales y de autoridades encargadas de la protección y del restablecimiento de derechos, como policías, investigadores e incluso personal de salud, o autoridades mismas, que de manera descuidada y negligente generan información, conceptos y hasta inducen síntomas víctimizantes que el mismo infante afectado no presentaba. Así un NNA contaminado podría utilizar un léxico algunas veces técnico y unos conceptos que no son propios de la edad ni del entorno cultural o social, a manera de ejemplo, un NNA que utilice un lenguaje diferente del que su capacidad intelectual, educativa y formativa le permitan por sus condiciones particulares, despertaría incredulidad si en su relato describe hechos y conceptos que son propios del lenguaje técnico o del lenguaje y comprensión común que tienen las personas adultas. Claro está que este análisis debe ser en extremo cuidadoso, ya que un NNA puede ser contaminado por un adulto en la utilización de términos e inducido en la formación de conceptos donde declare parte verdad y parte denote influencia y, sin embargo, sí haber sido víctima efectivamente de una agresión sexual. Por lo tanto, puede decirse que la primera declaración rendida por el NNA puede tener mayor validez y, en especial, si esta ha sido acompañada y orientada por personal experto que no induzca y no genere una influencia de contaminación exterior.

4.2.2 La credibilidad del niño, niña o adolescente víctima. Cuando se indaga al NNA sobre los hechos materia de investigación en un delito sexual y, cuando el ejercicio mismo de auscultación en detalles específicos, en el cómo, cuándo, dónde, quién, deben sugerir que se esté dudando de su palabra, y menos aún que se pueda confundir dicho ejercicio con el interrogatorio exhaustivo que muchas veces sí se realiza con respecto al investigado.

El objeto es obtener la mayor y mejor cantidad de información de elementos que permitan erigir una teoría del caso, que permitan estructurar y explicar los

comportamientos, el origen y las consecuencias que rodean el hecho y así blindar la investigación contra posibles intereses o cuestionamientos en el derecho que le asiste a la víctima de denunciar. Es importante establecer la forma de vida del NNA anterior al suceso investigado, conviene un estudio de trabajo social en el ámbito escolar, social y familiar, un diagnóstico psicológico sobre la capacidad autopsíquica y la ubicación en tiempo, modo y lugar, el estado emocional ante y posterior, la actitud de la víctima. La experiencia judicial demuestra que cuando se omiten estos aspectos, se puede exponer la investigación a cuestionamientos sobre el comportamiento del NNA víctima, pues en algunos casos los mismos sujetos pasivos que aparecen como víctimas de una agresión sexual han ejercido denuncias en otros procesos, porque algunas veces puede mediar una influencia hacia revictimizarlos e inducirlos a mentir o porque a veces han sido agredidos en su integridad más de una vez por el mismo o diferente agresor, razón por la que entre más se profundice el estudio sobre la víctima, se puede minimizar la posibilidad de cuestionamiento en la calidad de la víctima.

CAPÍTULO 5

INVESTIGACIÓN DEL DELITO SEXUAL Y CONSTRUCCIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE

Siendo el derecho una actividad intelectual donde se privilegia la capacidad de argumentar y persuadir frente a la demostración de las ciencias exactas, la ciencia cobra vital importancia en relación con las pruebas periciales que le sirven al juez de apoyo para emitir el fallo, muchos operadores de justicia desprecian las pruebas periciales; pero estas están contempladas en el CPP y son una verdadera herramienta para llegar a la verdad.

En los delitos sexuales contra menores, la prueba científica, en este caso, el dictamen del psicólogo o del psiquiatra le dará argumentos al juez para tomar una decisión; pero su práctica debe satisfacer unos requisitos y procedimientos que garanticen los derechos de las víctimas, en especial, el de no revictimar al NNA, para lo cual no se pueden desconocer las técnicas y rutas ya experimentadas por la ciencia. Sobre este particular se desarrolla el capítulo que inicia a continuación.

5.1 ENTREVISTA FORENSE DEL MENOR VÍCTIMA DE DELITOS SEXUALES

La entrevista forense a la víctima en el proceso penal es el elemento central, ya que con la información obtenida de esta fuente primaria, la autoridad judicial se podrá formar una visión de los hechos, de las personas que participaron, las posibles motivaciones y un sinnúmero de antecedentes que le servirán para comenzar a desarrollar hipótesis de trabajo y con ellas dar las instrucciones preliminares a los organismos auxiliares para que se efectúen las primeras diligencias investigativas²³.

²³ MAFFIOLETTI CELEDÓN, Francisco. La entrevista forense a la víctima de delitos sexuales. "Violencia familiar y abuso sexual". Citado por Compilación de VIAR y LAMBERTI. Editorial

De esta manera, la entrevista que los psicólogos deben realizarle al menor-víctima debe practicarse en un ambiente tranquilo, informal en medio del cual se escuchan, registran y analizan las manifestaciones del afectado sobre hechos que interesan al proceso, inclusive la mayoría de las veces se deben introducir actividades lúdicas apropiadas para la edad del menor²⁴. La diligencia se debe realizar en un ambiente tranquilo para que el menor no se sienta presionado y relate lo sucedido con naturalidad, habrá que tener en cuenta qué derechos entran en desarrollo y que el NNA víctima de abuso sexual no se sienta re victimizado.

En la entrevista se obtendrá una información veraz, en tiempo, modo y lugar de los hechos, se llevará a cabo en un ambiente que desarrolle los derechos humanos, en que el entrevistador conozca los derechos de que son titulares los niños y que se tenga en cuenta la dignidad y el respeto por la víctima, el buen manejo del desarrollo del conocimiento lingüístico y del conocimiento de las emociones del menor víctima.

Es evidente que la diligencia de entrevista arroja datos significativos que demuestran las condiciones clínicas en las que quedó el menor-víctima por causa del delito consumado contra su humanidad, se evalúan sus miedos, temores, angustias, sueños, pesadillas, desafectos y trastornos a nivel sexual, entre múltiples situaciones, por lo cual requiere de un ambiente especial y favorable acorde con los principios del interés superior del menor.

Es por ello que se requiere de pautas constitucionales y legales que en determinados eventos se hace necesario valorar con plenos efectos las entrevistas o versiones rendidas previamente, dado el daño que puede causar el

Universidad del Museo Social de Argentina, 1998. Consultado el 8 de febrero de 2014. Disponible en www.icev.cl/wp.../entrevista_forense_a_la_victima.pdf

²⁴ ICITAP. Entrevista forense a niños y su preparación para el juicio. Internacional Criminal Investigative Training and Assistance Program, p. 136.

hecho de obligar a que el menor acuda a la audiencia (aun con las posibilidades de Cámara Gesell y de la mediación de los profesionales que los asistan) o que se le pida recordar el evento traumático.²⁵

Al respecto, se capacitarán técnicos de Policía Judicial encargados de entrevistar a niños y niñas que han sido víctimas de abuso sexual o que hayan sido víctima de otros delitos como maltrato, perfeccionarán las técnicas para realizar este tipo de entrevistas, con miras a garantizar la protección de los derechos de la niñez²⁶.

La Corte Suprema de Justicia Sala Penal, en la sentencia del 29 de febrero de 2008, radicado n.º 28257 mencionó: “Práctica de testimonios. Los niños, las niñas y los adolescentes podrán ser citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos. Sus declaraciones solo las podrá tomar el defensor de familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez”²⁷. La misma sentencia nos aclara que el interrogatorio se realizará fuera del recinto de la audiencia y en presencia del defensor de familia que excepcionalmente el juez podrá intervenir en el interrogatorio para obtener que el menor responda a la pregunta que se le ha formulado; el juez tendrá la potestad de practicar el testimonio por medio de audio video, por tal caso, no será obligatoria la presencia del menor en el despacho judicial, sino que este procedimiento será practicado en las declaraciones y las entrevistas ante la Policía Judicial y la Fiscalía en las etapas de la investigación e indagación.

Ha dicho la doctrina que la prueba testimonial se completa con la prueba indiciaria y su práctica se forma de tres elementos psicológicos:

²⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia 18 de mayo de 2011. Rad N° 33651. M.P. Javier Zapata Ortiz.

²⁶ El tiempo.com miércoles 15 de mayo de 2013

²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Sentencia del 29 de febrero de 2008. Rad. n.º 28257. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

- a. La percepción sensible de la cosa o el hecho: se genera una percepción más o menos incompleta, fragmentaria y desviada²⁸
- b. La memoria
- c. La comunicación de los recuerdos a la autoridad encargada: esta es la parte que se ha reglamentado con el fin de asegurar la veracidad del testimonio

5.2 PROCESO DE ATENCIÓN

Activación de acciones necesarias de restablecimiento y garantía de derechos e inicio y seguimiento del proceso judicial. Una vez que se tiene conocimiento de la agresión sexual a un niño, niña o adolescente vulnerado en su integridad y libertad sexual, las autoridades inician las acciones necesarias de garantía y restablecimiento de derechos para restaurarle su dignidad e integridad y goce efectivo de derechos y se da el inicio y seguimiento del proceso judicial para la identificación de los responsables y la reparación del daño ocasionado que comprende las fases interdependientes de articulación y coordinación interinstitucional. Se inicia con la entrevista a la víctima y se despliegan las medidas de protección para definir los elementos materiales de prueba, estableciendo las condiciones socio familiares de ésta.

5.3 CREDIBILIDAD BÁSICA CON EL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE VÍCTIMA DE VIOLENCIA SEXUAL

Dentro de los parámetros más importantes que se aplican por parte de las diferentes autoridades, se parte de la entrevista donde en ningún caso se podrá juzgar al NNA, se realizarán las preguntas necesarias generando empatía, realizando un proceso de escucha con enfoque forense, aquí todavía no se adentra en el proceso psicológico ni la intervención terapéutica especializada. Esto resalta la importancia de realizar una sola entrevista con las autoridades que

²⁸ GORPHE, François. *Apreciación judicial de las pruebas*. Bogotá: Editorial Temis, 2004.

intervienen en el proceso judicial y la protección integral a efecto de indagar estrictamente lo que se requiere para la investigación judicial.

Existen criterios que se deben tener en cuenta en la entrevista, la forma como la víctima expresa con sus palabras la agresión sufrida, la reacción y expresión de emociones negativas como tristeza, frustración, temor, venganza, vergüenza por narrar el suceso, la timidez para expresarlo, el silencio y el llanto, debiéndose realizar en un ambiente de confianza y tranquilidad para generar una comunicación efectiva.

La entrevista se debe desarrollar en un espacio donde se cuente con una ambientación adecuada, el mejor espacio puede ser una cámara de Gessel, una sala de muñecos, los elementos didácticos e ilustrativos y la suficiente iluminación, aireación y todas las condiciones de privacidad pensadas en los NNA, donde preferiblemente se permita contar con los elementos tecnológicos para su registro de video que garantice la permanencia de esta prueba y donde se pueda recibir el aporte de los demás profesionales o autoridades, utilizando los sistemas de comunicación interna con el entrevistante.

5.4 CÁMARA DE GESSEL

Proviene su nombre del estadounidense Arnold Lucius Gessel, es un espacio diseñado para la entrevista forense de niños, niñas y adolescentes víctimas de agresiones sexuales, que tiene como objetivo el resguardo de su integridad psicofísica y minimizar el posible daño que puede ocasionar el abordaje para establecer el hecho victimizante. Esta está prevista de mecanismos técnicos de grabación de audio y video para permitir a las partes y al juzgador realizar una concienzuda valoración de las expresiones, de la narración del hecho y de los gestos que emplee el entrevistado, con la característica que estos registros

permiten la permanencia del elemento material probatorio y evitan insistir en preguntas ya realizadas aminorando la posibilidad de revictimización.

Los espacios que constituyen la Cámara de Gessel, además de la habitación acondicionada, consta de dos sillones, almohadones, una mesa pequeña de centro, una decoración neutra y colores neutros que brinden privacidad y eviten distracciones. Contiguamente está conectado un cuarto de control donde se operan los equipos de audio y video y que permiten monitorear y seguir el procedimiento de entrevista. En el habitáculo se deben encontrar el infante que se entrevistará y el psicólogo cuya función será la de adecuarle las preguntas del interrogatorio y contrainterrogatorio que realicen las partes al niño. El juez tendrá siempre el control del video grabación y previo a iniciar el interrogatorio por las partes, se presentará al infante explicándole su función y que sus respuestas serán escuchadas por quienes son sujetos procesales.

El uso de ayudas didácticas como los muñecos sexuados no está establecido en un protocolo científico ni legal, por lo que la interpretación que de dichos instrumentos realizan los profesionales debe analizarse con especial cuidado, pues no tendrían *per se* la capacidad de demostrar el hecho del abuso de manera incuestionable y conclusiva; pero sumado a otros indicios y de conjunto con un acervo probatorio, bien pueden constituir los elementos de convicción adecuados para superar la duda y establecer la ocurrencia del hecho.

La Cámara de Gessel que debe estar anexa a la sala de audiencias en el escenario del juicio oral no es el único espacio donde se practican las entrevistas, pues ésta también está dispuesta en los CAIVAS u otras entidades donde se deban adelantar las entrevistas en el contexto forense de investigación, como donde se entrevistaría al niño, niña o adolescente en cumplimiento de las actividades de investigación, especialmente en desarrollo de los actos urgentes que adelanta la Policía Judicial para recoger la entrevista de la víctima con la

intervención por supuesto del defensor de familia y la asistencia del profesional en psicología, donde no es recomendable la presencia de los padres; o en el contexto terapéutico y de valoración diagnóstica psicológica. En este último escenario descrito, el entrevistador evalúa el desarrollo social, emocional y cognoscitivo del infante, su capacidad de comunicación y comprensión, los conceptos de verdad y mentira, el primer abordaje para la activación del lenguaje verbal corporal, gestual, la facilitación y participación de muñecos sexuados, gráficas ilustrativas y diferentes técnicas apropiadas de entrevista.

5.5 INSTITUCIONES QUE CONFORMAN EL EQUIPO DE LAS UNIDADES DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL

No en todas las ciudades se cuentan con los Centros de Atención Integral para Víctimas de Violencia Sexual (CAIVAS) pero sí en la mayoría se cuenta con entidades como la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, la Personería, la Policía Judicial, el Instituto Nacional de Medicina Legal, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) o a falta de esta entidad de manera subsidiaria las comisarías de familia o las inspecciones de policía que pueden apoyarse en personal con formación psicopedagoga de los centros de salud y del sector educativo o de la sociedad civil organizada.

5.6 ATENCIÓN PSICOSOCIAL AL NNA VÍCTIMA DE ABUSO SEXUAL

5.6.1 Psicoterapia de emergencia. Teniendo en cuenta que el principal punto de partida es la entrevista del NNA víctima de abuso sexual, en la mayoría de casos, la afectación emocional que ha generado impacto en la víctima conlleva situaciones de crisis donde se requiere un apoyo y orientación para la víctima y su familia con profesionales entrenados que apoyen terapéuticamente para estabilizar al entrevistado y recomendar su remisión al sector salud.

Generalmente, los NNA, víctimas de una agresión sexual, desencadenan una crisis emocional que requiere atención urgente cuando descubren y denuncian el hecho de la agresión.

5.6.2 Examen físico y médico. En la mayoría de casos, la remisión a Medicina Legal - INMLCF o a un centro de salud a falta de aquella entidad es de vital importancia para identificar dentro de los principios de privacidad, eficiencia y respeto, las anomalías o lesiones que requieran medidas diagnósticas o terapéuticas y, principalmente, para obtener muestras y evidencias físicas que puedan quedar del hecho de la agresión sexual, así como la identificación de enfermedades de transmisión, realizar la adecuada profilaxis y medidas de anticoncepción de emergencia.

El artículo 250, numeral 3 y 7 de la Constitución estipula que las autoridades inician el proceso de cadena de custodia y, en consecuencia, se entiende que se observará el Reglamento Técnico Forense Integral de la Víctima de Delitos Sexuales, según la Resolución 6394 de 2004 de la Fiscalía General de la Nación. Esto aplica cuando como resultado del examen médico forense, se encuentren entre otras evidencias biológicas, ropa interior, o prendas de las cuales se advierta la posible presencia de rastros que deban ser analizados en laboratorio.

5.7 ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN DE LA VÍCTIMA DE ABUSO SEXUAL

5.7.1 El Síndrome de Summit. También conocido como “acomodación sexual” o también conocido como “síndrome de acomodación infantil”, viene del psiquiatra estadounidense Roland Summit, quien actuó como testigo experto en casos de abuso sexual, señaló que un niño o niña que no ha sufrido ninguna agresión sexual, después de realizarle sesiones conductivas, insistentes y sugestivas, puede terminar admitiendo que sí ha sido agredido.

Se estructura sobre fases sucesivas por las que atraviesa un niño, niña o adolescente víctima de abuso, en estas etapas afloran la secretividad, el silencio con respecto al hecho, la acomodación, la revelación y el retracto. Vale decir que el mismo no ha sido aceptado en los tribunales norteamericanos y tampoco está clasificado en el manual de diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales DSM-IV.

El síndrome de Summit no pudo llegar a la categoría de instrumento válido para diagnosticar a la víctima de abuso sexual, pero sí es un aporte científico que arroja criterios importantes que se deben tener en cuenta en las valoraciones de las entrevistas y testimonios de los niños, niñas y adolescentes. Por lo tanto, es importante exigir a los expertos que detallen los hechos científicos y técnicos que fundan sus dictámenes, señalando los márgenes de error, el grado de certeza, y las limitaciones de las técnicas aplicadas.

De ahí la importancia de aplicar los métodos de investigación adecuados con las víctimas de abuso sexual, realizando una estricta distinción en el diagnóstico médico y psicológico de la acreditación legal del hecho de abuso sexual. El terapeuta y el investigador tienen enfoques diferentes en sus indagaciones y el resultado de las estas merece una perspectiva necesariamente distinta.

El autor,²⁹ con gran acierto, señala:

“Se ve en gran medida en nuestra justicia que se padecen auténticos procesos de invasión psiquiátrica y psicológica, donde todo lo que se discute, pasa por ese tipo de verdades, y aspectos de dicha índole, olvidando que la persona humana, escapa de ser precisada únicamente sobre la base de dichos parámetros. La realidad de un abuso siempre posee mayores aristas que aquellas que estas dos ciencias suelen presentar, muy sujetas a su óptica y, en caso de no ser toda la constelación consultada y valorada, se corre el riesgo de terminar resolviendo por opiniones que escapan del marco que deberían tener.”

²⁹ GUTIÉRREZ, Pedro. Delitos sexuales sobre menores. Ediciones la Roca, 2007.

5.8 VALORACIÓN DEL TESTIMONIO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE ABUSO SEXUAL JUNTO CON OTROS MEDIOS DE CONVICCIÓN ALLEGADOS AL PROCESO

Es preciso señalar que como prueba testimonial se debe entender tanto la declaración como el testimonio, siendo éstas diferentes. Cuando se habla de declaración, se alude a la deposición que realiza un testigo, de una declaración juramentada, de un testimonio o atestación. Testimonio es el relato o narración que realiza un sujeto interviniente o parte en un proceso penal, según la cual vierte su relato ante la autoridad, sobre las circunstancias temporomodales en que conoció unos hechos que constituyen la conducta punible que se investiga y pudo el testigo haber aprehendido a través de los órganos de los sentidos.

Es preciso señalar que conforme a la legislación penal colombiana, en lo que tiene que ver con el desueto procedimiento penal de la Ley 600 de 2004 que hoy en día sólo se aplica para investigaciones cuyos hechos hayan ocurrido antes de entrar en vigencia la Ley 906 de 2004, no se distinguía entre declaración y testimonio, pudiéndose determinar con el carácter y entidad de "prueba", la declaración o testimonio recibido en cualquier etapa del proceso, desde la investigativa hasta la etapa de juicio, y sin importar que dicha prueba se haya recaudado bien por el fiscal instructor o por el propio juez, es decir, conservando la connotación de prueba permanente.

Por ende, no se exigía al declarante autenticar o validar su declaración en juicio porque desde el momento en que se recogía su declaración esta ya constituía prueba. Dicha práctica, por supuesto, no tenía en cuenta el principio de Inmediación de la Prueba que en el actual esquema de enjuiciamiento criminal, obliga a que se practique en presencia del juez en debate de juicio oral exclusivamente o como prueba anticipada de manera excepcional; pero siempre a

través de un juez que es quien ordena su incorporación y admisión como prueba para la posterior valoración.

5.9 EL JUEZ COMO INTÉRPRETE DEL TESTIMONIO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Es importante distinguir la valoración y verificación pericial practicada al NNA dentro del proceso legal, de la realizada por los especialistas en el contexto terapéutico, dado que ello define el acervo probatorio que debe ofrecer amplios criterios al juez para otorgar credibilidad al dicho del infante, o desestimar la validez y eficacia de tales valoraciones, lo que lleva muchas veces a absolver en su sentencia. El autor del texto “Delitos sexuales sobre menores” a propósito señaló:

“Observamos de interés señalar la particularidad de que en la mayor parte de los países que han puesto su mira y experimentado sobre las mejores formas de abordaje al testimonio del menor y su consecuente proceso de valoración judicial, tal se observa por ejemplo en EE. UU. y Canadá, la justicia penal, simplemente deshecha todo material proveniente del trabajo específicamente terapéutico, estimando que ello no es ponderable por parecer insuficiente como prueba. Ello no ocurre entre nosotros de esa manera, desfilando por nuestros tribunales y en estos casos de abuso, profesionales convencidos, sin discutir con ello su profunda buena fe en la mayoría de los casos, que confunden su visión diagnóstica de aquello que es la verdad psicológica del paciente, y sobre la cual ellos deben trabajar, con lo que es la verdad o evidencia que debe alcanzarse en el proceso penal. Inconscientemente, se buscarán y manifestarán sólo aquellas facetas que avalan la creencia”³⁰.

En el proceso penal colombiano, pocas veces se distingue entre los testimonios que ofrecen los profesionales en psicología que con posterioridad a la agresión sexual que se investiga, intervinieron desde su disciplina con el NNA víctima, pues como se ha referido en esta tesis, varios son los escenarios y los momentos donde contribuyen en la atención a las víctimas de abuso sexual. Así por

³⁰ *Ibíd.*, p. 189.

ejemplo, en frecuentes casos el NNA, después del hecho del abuso, es atendido por un solo psicólogo y no vuelve a ser entrevistado por orden de autoridad judicial o administrativa alguna y tampoco es tratado terapéuticamente en el servicio de salud o por profesionales expertos como psiquiatras, psicólogos u otros expertos.

En estos casos, donde a veces se carece de suficientes elementos de prueba y evidencias, el ente acusador se valdrá de lo que tenga para sustentar su acusación; así entonces, puede que ofrezca al juicio oral como testigo al psicólogo, y que éste una vez esté siendo interrogado por las partes, estas le confundan con la declaración que se exige del testigo perito. En este último caso, convendría interrogar al testigo sólo sobre su experiencia, su formación profesional, su intervención en el momento de abordar a la víctima, el estado emocional de la misma, su ubicación alopsíquica, su narración espontánea de los hechos y los síntomas o afectación que se hayan evidenciado y que también puede brindar importantes elementos al juzgador sobre la ocurrencia de la agresión sexual.

Ahora bien, cuando se cuenta con un testigo perito, lo que este señale y concluya en su pericia no necesariamente vincula al juez, pues también puede apartarse. El autor citado también señala en la obra lo siguiente:

“El dictamen pericial no obliga al juez, quien debe someter dicho elemento de juicio a su consideración, a la luz de las reglas de la sana crítica racional. Es así que, en la medida en que funde debidamente los motivos por los que disiente con el perito, el tribunal se encuentra facultado a decidir en sentido diverso, por ejemplo, si el dictamen aparece infundado o vacío de contenido, contradictorio con el resto de las pruebas, inverosímil, viciado de defectos formales o irregularidades que lo nulifiquen, o si el perito carece de la calidad de experto, etc. (...) En esta línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que ‘la circunstancia de que sus conclusiones no sean vinculantes no significa que los magistrados puedan apartarse arbitrariamente de las mismas, concluyendo de propia autoría y conocimiento conceptos o evaluaciones médicas que el dictamen no contiene porque la

desestimación de sus conclusiones debe ser razonable y científicamente fundada”. (...) “Carece de todo sentido convocar al experto para que emita su parecer técnico y luego prescindir de éste sin exponer las razones de tal solución”³¹.

5.10 EXAMEN MÉDICO FORENSE Y ANÁLISIS PSÍQUICO DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE VÍCTIMA

Muchas veces, cuando el hecho que se investiga es el de actos sexuales abusivos, los tocamientos por sí solos no siempre dejan secuelas visibles al examen del médico forense en la valoración médico legal, sin embargo, los galenos utilizan en el formato de entrevista con el paciente un ítem que se denomina *anamnesis* y este se indaga a la víctima lo que tiene que contar, lo que recuerda frente a la agresión que se sufrió. Algunas veces cuando el NNA en razón a su corta edad o cuando presenta alguna discapacidad que le impide con sus palabras expresar el hecho de la agresión, los galenos indagan esta situación con el representante legal que le acompañe en la valoración y lo que éste diga es lo que se consigna por escrito.

Puede suceder que en el examen clínico y en las conclusiones no se plasmen lesiones, signos o síntomas físicos de agresión sexual o que no exista el hallazgo de muestras y fluidos para su respectivo análisis que permitan obtener elementos materiales de prueba o evidencias físicas que sirvan para sustentar y apoyar con mayor contundencia la acusación. Aquí es cuando el análisis psicológico, bien sea la entrevista diagnóstica psicológica, la entrevista realizada por policía judicial la declaración misma del NNA víctima del delito en la audiencia de juicio oral, cobran mayor importancia para evitar la desestimación de ocurrencia del hecho y una eventual impunidad.

³¹ *Ibíd.*, p. 202 y 203.

En el mejor de los casos, para una consistente investigación donde se logre obtener evidencias físicas, o establecer la ocurrencia de lesiones o rastros congruentes con la agresión sexual o cuando las conclusiones del dictamen señalan la penetración y los signos de abuso sexual o la presencia de fluidos corporales y material genético, esto por sí mismo no es suficiente cuando se ha descuidado la indagación en las circunstancias que rodean la agresión y sus responsables, de ahí la importancia de la entrevista de que trata el artículo 150 del Código de la Infancia y Adolescencia.

CAPÍTULO 6

ANÁLISIS Y VALOR PROBATORIO DEL TESTIMONIO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES Y SU VALOR PROBATORIO

Con relación al testimonio del menor, se ha dejado de pensar como lo dice la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal³², en que el testimonio de los niños merece desconfianza, aunque sea relativo que exista en ellos una capacidad imaginativa que les permite construir historias fantasiosas. Al testimonio del menor sobre todo cuando ha sido víctima de agresiones, se le debe otorgar especial confiabilidad, sin demeritarlo por la mera edad prematura.

La descalificación del testimonio de los niños hoy en día parece cosa del pasado, así lo ha demostrado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia³³ en donde retomó, ratificó y complementó sus líneas jurisprudenciales en cuanto a la impropiedad de descalificar el testimonio de un menor, alegando supuesta inmadurez, especialmente si se trata de niñas y niños víctimas de abuso sexual. La Corte sostuvo que a partir de investigaciones científicas es posible concluir que lo dicho por un menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abuso sexual.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente: "Calificar de falso un testimonio tan solo por provenir de un menor de edad es igualmente equivocado y es por eso que le corresponde al juez dentro de la sana crítica apreciarlo con el

³² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 2 de julio de 2008. Proceso 29117. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

³³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia 26 de enero de 2006. Proceso 23706, Op. cit.

conjunto de la prueba que aporten para determinar si existen medios de convicción y se dé una suficiente apreciación con los elementos de juicio y su valor probatorio".

Así, la Corte Suprema de Justicia, a través de sus últimos pronunciamientos, ha venido sosteniendo que no es acertado imponer una tarifa probatoria que margine de toda credibilidad el testimonio de los menores, así como el de ninguna otra persona por su mera condición. Estas condiciones no se ofrecen suficientes para restarles tal credibilidad cuando se advierte que han efectuado un relato objetivo de los acontecimientos. Expresa la Corte que en el pasado el menor era considerado "menos que los demás" y, por consiguiente, su intervención y su participación, en la vida jurídica, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.

Igualmente, la Corte Constitucional, con relación a los medios de prueba que normalmente se presentan en los delitos de abuso sexual, expresó que, cuando se trata de delitos sexuales contra menores, adquieren además relevancia la prueba iniciaría, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse³⁴.

Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizados en conjunto con las demás que reposan en el expediente. No le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho, sino al Estado.

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-554 de 2003, Op. cit.

El profesor Querejete³⁵, en su artículo Validez y credibilidad del testimonio, sostuvo lo siguiente: Cuando orientamos la valoración hacia la credibilidad del testimonio de un niño, el problema se complica notablemente desde la perspectiva del niño que declara como víctima, generalmente bajo la sospecha de un abuso sexual. Son delitos definidos por la privacidad. En estos casos, sobre todo en formas crónicas, los hallazgos físicos no se presentan y la cuestión, inevitablemente, discurre sobre el delicado filo de creer más o menos a un menor que a un adulto víctima y agresor.

El abuso sexual es una de las más devastadoras experiencias que pueda sufrir el ser humano. Las consecuencias de este acto perduran en el tiempo, destruyendo en los niños la expectativa de vida saludable y su alegría. En esta clase de delitos, no suele haber testigos directos o visibles de los hechos, el culpable no siempre confiesa, en muchas ocasiones los padres niegan el abuso, y no se tienen elementos materiales que evidencien el abuso. Estas limitaciones dejan pocas alternativas de establecer las circunstancias como sucedieron los hechos, por esta razón, la víctima es la única fuente de información, por lo cual no queda más sino atender su declaración.³⁶

El testimonio de los menores es decisivo para la cabal protección de los derechos de los niños víctimas de abuso sexual, que ellos no sean sometidos a rendir testimonio. La confrontación que debe hacer la víctima contra el inculpado agrava el fenómeno de retractación y es así como en muchas oportunidades pierde toda fuerza el acervo probatorio presentado por el ente investigador, tras escuchar el testimonio de la víctima que se retracta.

³⁵ QUEREJETA. Validez y credibilidad del testimonio, 1999. Citado por INSTITUTO VASCO DE CRIMINOLOGÍA. Cuaderno n.º 13., 1999. Consultado el 13 de marzo de 2014. Disponible en <http://www.ehu.es/es/web/ivac>

³⁶ POLO, L. & CABARCAS, A. Valor probatorio del testimonio de un menor en un proceso penal de abuso sexual. Pensamiento americano, 2013. p. 71-81.

En varios estudios realizados por la UNICEF³⁷ algo muy común abordado en las investigaciones es la validez y confiabilidad del testimonio de los niños. Se sospecha de su memoria bajo el supuesto que ella puede ser frágil que puede programarse para eventos que nunca ocurrieron. Se considera además que los niños son personas llenas de fantasía, lo que podría limitarlos, llevándolos a confundir y tergiversar la realidad. En contradicción a estas sospechas, los estudios muestran que niños y niñas son competentes, poniendo en duda una serie de mitos respecto de estos temas.

6.1 METODOLOGÍA DE LA ENTREVISTA FORENSE

La entrevista forense a los menores víctimas de abuso sexual se torna en el eslabón crucial en la investigación criminal. Actualmente, los profesionales en psicología del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las Comisarías de Familia aplican principalmente como técnicas de entrevista el protocolo de NICHHD, el protocolo de Michigan, el protocolo SATAC o cualquier técnica de entrevista semiestructurada, sin que haya una obligación legal o reglamentaria en aplicar una u otra metodología. El diagnóstico de abuso sexual suele establecerse a través de relato del NNA. Por la importancia de la entrevista, es vital que esta se lleve a cabo por expertos. El profesional que entreviste a un niño debe tener conocimiento especializado en psicología infantil debe saber establecer el desarrollo psicoevolutivo, debe manejar técnicas de recuperación de memoria y protocolos de entrevista.

6.1.1. Objetivo principal de la entrevista forense. El objetivo principal de la entrevista forense es obtener información veraz, de forma cronológica y fáctica con el fin de demostrar cómo sucedieron los hechos que motivaron la investigación. Este procedimiento debe llevarse a cabo dentro de un contexto

³⁷ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 1946. Consultado el 15 de marzo de 2014. Disponible en <http://www.onu.cl/onu/sample-page/agencias-fondos-y-programas/unicef/>

conversacional en un ámbito de respeto y dignidad, entendiendo la prioridad que tienen los derechos de los niños.³⁸

El entrevistador debe conducir la entrevista, teniendo en cuenta en nivel de desarrollo cognoscitivo, nivel de razonamiento, nivel de conocimiento y fases del niño. Con esto significa que el éxito de la información obtenida del menor sea de mayor confiabilidad y así poder establecer de una manera clara la ocurrencia de los acontecimientos que se están investigando. La entrevista debe llevarse en una cámara de Gesell³⁹ y ser filmada para lograr presentar en audiencia tanto el informe como el video de la entrevista.

Para los autores Manzanero y Muñoz, “las consideraciones forenses respecto a la credibilidad del testimonio de un menor supuestamente abusado sexualmente a las que el perito llega tras la aplicación de la técnica utilizada a tal fin dependen en gran medida de la información y experiencia de éste”⁴⁰. Es decir que para lograr una entrevista, el investigador debe conducir la entrevista donde permita obtener la información mediante procedimientos válidos y lícitos.

La entrevista forense es un tipo de entrevista realizada por funcionarios de policía judicial o, como lo dice la Ley 1652 de 2013, por personal capacitado del Cuerpo Técnico de Investigaciones (C T I) sin perjuicio de que puedan realizarse por otros funcionarios que se mencionan más adelante (porque en el país no se cuenta en toda la geografía personal capacitado) está dirigida a NNA a quienes se les debe brindar un trato con enfoque diferencial, tomando en consideración aspectos emocionales y las condiciones de desarrollo cognitivo de los entrevistados, lo que

³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 09 de noviembre de 2009. Proceso 32595. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

³⁹ GESELL, Arnol. Psicólogo estadounidense especializado en el desarrollo infantil. Las Cámaras de Gessell son salas de apoyo logístico a las actividades de investigación; forman parte de la planta física de Laboratorios de Psicología.

⁴⁰ MANZANERO, A.L. y MUÑOZ, J.M. “Prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio: Reflexiones psico-legales. Madrid: Editorial Sepin, 2011.

requiere de un entrenamiento específico para los entrevistadores. Se usa el término forense porque quien la hace puede ser llamado como testigo a audiencia de juicio oral para describir el proceso de obtención de la información. El objetivo principal de la entrevista forense, en el ámbito de la investigación de delitos sexuales, es obtener información útil, relevante y suficiente de niños, niñas o adolescentes víctimas o testigos de delitos sexuales.⁴¹

6.2 DESARROLLO DE LA METODOLOGÍA EN LA ENTREVISTA FORENSE SEGÚN EL PROTOCOLO SATAC PRINCIPALMENTE UTILIZADO POR LOS ESPECIALISTAS

- **METODOLOGÍA UTILIZADA POR EL INVESTIGADOR**

Se debe llevar a cabo un diálogo con la víctima para obtener información. Utilización del protocolo SATAC⁴² (protocolo que actualmente está utilizando la Fiscalía General de la Nación) protocolo especializado en la investigación de abusos sexuales y delitos contra NNA.

En el Protocolo SATAC cada letra tiene un significado.⁴³

S = Simpatía (enganche terapéutico con la menor generándole un clima de confianza.)

A = Autonomía (conocimiento de la niña respecto a las diferencias de género y sus partes íntimas.)

I = Tocamientos (caricias positivas y negativas).

⁴¹ INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, Op. cit.

⁴² International Criminal Training Assistance Program-ICITAP, Agencia del Ministerio de Justicia de Estados Unidos de América- Protocolo SATAC (Simpatía, Anatomía, Tocamientos, Abuso y Cierre).

⁴³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 18 de mayo de 2011. Rad n.º 33651, Op. cit.

A = Abuso (a la persona se le incentiva y deja que hable sobre el episodio ilegal que vivió.).

C = Cierre (se le da las gracias a la víctima por haber asistido a la entrevista).

El funcionario no requiere información previa para realizar la entrevista, esta se puede hacer inicialmente de la misma forma que se debe realizar con inmediatez labores investigativas como inspección de escena y otras entrevistas a posibles testigos.

6.3 PARALELO ENTRE LA LEY 1652 DE 2013 Y LA LEY 1098 DE 2006

Previo a realizar este paralelo de la Ley 1652 de 2013 que modificó a la Ley 906 de 2004 y a la Ley 1098 de 2006 es importante señalar que la Corte Constitucional resolvió una demanda de constitucionalidad contra la mayor parte del cuerpo de la norma, y que el sentido de la Sentencia C-177 fue proferido en el 26 de marzo de 2014, donde se declaró la exequibilidad condicionada de la norma.

LEY 1652 DE 2013⁴⁴	LEY 1098 DE 2006⁴⁵	DIFERENCIAS
En esta ley se hace referencia a la entrevista forense.	La práctica del testimonio que se encontraba estipulada en el art. 150 de la Ley 1098 de 2006.	Existen dos diligencias con técnicas diferentes.
En la entrevista de los niños/as será gravado o fijado en medio audiovisual o técnico.	En la ley 906 de 2004, en su artículo 205, indicaba que la grabación se realizaría a través de medios magnetofónicos o fonópticos.	Para la ley 1652 de 2013, este aspecto es más claro para el desarrollo de la entrevista, por parte del entrevistador, debido a que se habla de medios audiovisuales o técnicos.
La Ley 1652 de 2013 incluye el término de	En la Ley 1098 de 2006, Las declaraciones solo las	Las declaraciones en la Ley 1652 de 2013 sólo se

⁴⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1652 de 2013. "Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual".

⁴⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1098 de 2006., Op. cit.

<p>entrevista forense y entrevistador forense, como una nueva actividad de policía judicial y esta debe ser realizada por personal entrenado en entrevista forense.</p>	<p>podrá tomar el defensor de familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez. El defensor sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior.</p>	<p>tomarán por un entrevistador forense, se excluye al defensor de familia, éste solo estará presente en la diligencia.</p>
<p>Durante el desarrollo de la entrevista, esta se realizará en un espacio acondicionado especialmente para el NNA.</p>	<p>A discreción del juez, los testimonios podrán practicarse a través de comunicación de audio video, caso en el cual no será necesaria la presencia física del niño, la niña o el adolescente.</p>	<p>La Ley 1652 de 2013 reconoce que más allá de una cámara Gesell, lo que se requiere es un espacio físico debidamente condicionado para la tranquilidad y comodidad del NNA, con unas condiciones técnicas que permitan realizar una grabación audiovisual.</p>
<p>Algo muy importante en el desarrollo normativo de la Ley 1652 de 2013 es la entrevista realizada al NNA que solo podrá ser entrevistado preferiblemente una sola vez, consagrando los derechos a favor de los niños, disponiendo una protección prevalente de las autoridades judiciales.</p>	<p>En la Ley 1098 de 2006, artículo 193, numeral 12 dice. En los casos en que un niño niña o adolescente deba rendir testimonio deberá estar acompañado de autoridad especializada o por un psicólogo, de acuerdo con las exigencias contempladas en la presente ley.</p>	<p>Este es un buen principio que evita la victimización, lo que significa que el desarrollo de la entrevista se debe realizar con profesionalismo, debido a que solo se contaría con una oportunidad para obtener una buena información.</p>
<p>En la Ley 1652 de 2013, Admite excepcionalmente la entrevista del NNA, como prueba de referencia.</p>	<p>Se mantienen algunos criterios acerca de la prueba de referencia para que no sean tenidos en cuenta dentro del juicio, pero a través de pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia afirma lo contrario. "El informe escrito que rinde el perito como base de su dictamen no tiene la calidad</p>	<p>Esto significa que al mantener la entrevista como prueba de referencia disminuye la victimización y el aparato judicial debe obtener resultados investigativos en aras de un proceso justo tanto para la víctima como para el victimario.</p>

	de evidencia por sí mismo y no es apropiado impugnarlo, como si se tratara de una prueba, y menos <i>catalogarlo como prueba de referencia</i> , debe dirigirse la crítica hacia la prueba pericial y no al informe que la soporta, es decir, a la declaración hecha por el perito en la audiencia pública.	
En la Ley 1652 de 2013. La entrevista forense de niños, niñas o adolescentes víctimas de violencia sexual será realizada por personal del Cuerpo técnico de Investigación Criminal (C T I)	En la Ley 1098 de 2006. Las declaraciones solo las podrá tomar el defensor de familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez. El defensor sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior.	Se marginan a los defensores de familia como autoridades administrativas, y a los psicólogos de las entidades de protección especializadas, de la práctica de las entrevistas, al igual que a los funcionarios de policía judicial de la Policía Nacional que fueron entrenados en protocolo SATAC, lo cual pone a los NNA en evidente e inminente riesgo frente a eventuales nuevos actos de agresión por el hecho de traer la norma a un investigador a penas con capacitación en entrevista forense, marginando el carácter especializado que tenían las autoridades que según la Ley 1098 de 2006 venían realizando esta función y que son profesionales en ciencias sociales y del comportamiento, además de garantes de derechos
En la Ley 1652 de 2013, dentro de la entrevista forense, se requiere	Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio del niño, la niña o el adolescente para conseguir que este	Se estaría frente a un requisito, sin el cual no procedería la entrevista, lo cual iría en contraria de los intereses del menor,

<p>previa revisión del cuestionario por parte del defensor de familia sin perjuicio de su presencia en la diligencia.</p>	<p>responda a la pregunta que se le ha formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Dicho interrogatorio se llevará a cabo fuera del recinto de la audiencia y en presencia del defensor de familia, siempre respetando sus derechos prevalentes.</p>	<p>porque se entiende que sin cuestionario y sin defensor no hay entrevista. por otra parte, se pone en tela de juicio el conocimiento del experto en entrevista forense, por lo que el cuestionario debe ser revisado por el defensor, además de su presencia en la entrevista, aun cuando el entrevistador se encuentre más capacitado que el mismo defensor.</p>
---	---	---

6.3.1. Análisis sobre las dificultades que presenta la Ley 1652 de 2014 para la praxis judicial en el recaudo del testimonio del NNA víctima de abuso sexual. Se debe necesariamente hablar de una de las mayores dificultades que trajo la Ley 1652 de 2013, con respecto al hecho de haber delegado la responsabilidad de realizar la entrevista al NNA víctima de delitos sexuales, en personal del Cuerpo Técnico de Investigación (C T I) con capacitación en entrevista forense en casos de abuso sexual.

La Sentencia C – 177 de 2014⁴⁶ que realizó un examen de constitucionalidad a la Ley 1652 de 2013, con respecto al entrevistador insistió o interpretó que sería un profesional en medicina o psicología, un experto en ciencias del comportamiento con capacidad de interpretar el lenguaje del NNA, su nivel cognitivo, abordar y saber responder ante el estado emocional del entrevistado, y es que no es para menos, pues la experiencia demuestra que el C T I no tiene en todo el país el personal capacitado en entrevista forense para casos de abuso sexual, la mayoría de los investigadores de policía judicial son hombres, que pocos de ellos son peritos en las diferentes disciplinas y pocos son profesionales.

⁴⁶ Sentencia C – 177 de 2014 Corte Constitucional, M.P. Nilson Pinilla Pinilla

Con frecuencia los infantes que resultan víctimas de delitos sexuales graves son niñas de corta edad a quienes se les dificulta verbalizar dada su capacidad cognoscitiva, que después de un hecho traumático es más difícil obtener de ellos un relato espontáneo porque a veces están en crisis emocional, a veces con eventos de estrés postraumático, o con episodios psicológicos o clínicos que sólo se saben interpretar gracias a la ayuda de expertos y especialistas, preferiblemente mujeres, que son quienes naturalmente saben generar un mejor ambiente de confianza y de seguridad para una víctima que debe revivir un episodio traumatizante.

La Ley 1652 de 2014, promulgada en el mes de junio de 2014, fijó como plazo máximo para la implementación al C T I de la Fiscalía General, del personal capacitado en entrevista forense para casos de víctimas de abuso sexual, lo cual desde el principio de la entrada en vigencia generó renuencia en los psicólogos del ICBF para practicar estas entrevistas que venían realizando, so pretexto de que la nueva regulación legal que les eximía de este deber, y que por ende lo delegaba en un nuevo responsable, es decir, en el investigador de C T I que a su vez el C T I venía contestando que la Ley le había otorgado un año para la capacitación de estos investigadores especializados, y en esa tensión generada, quedaban muchas veces detenidas las investigaciones donde NNA eran víctimas.⁴⁷

El 12 de junio de 2014, la coordinadora de Autoridades Administrativas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) emitió un memorando dirigido a las Direcciones Regionales del ICBF a nivel nacional y a las Defensorías de Familia de todo el país, con el fin de impartir “línea técnica con relación a la aplicación de la Ley 1652 de 2013 sobre entrevistas forenses y testimonios en

⁴⁷ Memorandos del ICB F S-2014-044012 enviado a los Directores Regionales el 12 de junio de 2014 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; y Circular Informativa n.º 071 del 23 de julio de 2013 de la Directora Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación del (C T I) Fiscalía General de la Nación

procesos penales de NNA víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

En síntesis, el documento en cuestión les señala a los servidores públicos y contratistas vinculados a las Defensorías de Familia que atienden violencia sexual que “no tienen competencia” para realizar entrevista forense a los NNA víctimas de violencia sexual en virtud de lo establecido por la nueva ley. Aunque claro está, reconoce el documento y reitera el deber del defensor de familia frente a la revisión del cuestionario de preguntas que debe remitir el fiscal a efecto de objetar las que sean contrarias al interés superior del NNA.

Lamentablemente, la teoría muchas veces desconoce la práctica. Por lo general las entrevistas a NNA víctimas de abuso sexual las realizaba antes del advenimiento de la Ley 1652 de 2014, el profesional en psicología y/o en presencia del defensor de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) como entidad protectora especializada en derechos de la infancia y adolescencia, y se realizaba en una sala a puerta cerrada para realizar las preguntas previo cuestionario del Fiscal, pero cuya entrevista era una diligencia preferiblemente entre el especialista psicólogo con el NNA paciente, o la autoridad administrativa con su usuario, donde se daba aplicación a las diversas técnicas de su disciplina y de su experiencia que quedaban plasmadas por escrito, donde se tenían ayudas lúdicas, y se analizaba el estado psíquico de la víctima y se generaba empatía en un ambiente de confianza, sabiendo cómo resolver un estado de crisis emocional, e interpretando y ayudando al infante a verbalizar el evento.

CONCLUSIONES

El grupo de investigación, en respuesta a la pregunta problema planteada sobre si *“pueden emitirse sentencias condenatorias en procesos penales por delitos sexuales, cuando la prueba testimonial del niño, niña o adolescente víctima de un delito sexual, no ha sido recaudada estrictamente con las formalidades legales”*, llegó a la conclusión de que sí puede un juzgador dictar una sentencia, en la que la prueba testimonial no se ha erigido bajo las estrictas y rígidas formas legales que la ley procesal penal prevé para la prueba testimonial de cualquier otro testigo adulto víctima de otra clase de delitos.

Se concluye que el funcionario judicial no puede absolver en su fallo a un acusado cuando su sentencia va en contra de la evidencia probatoria ni puede tampoco separarse de esta y mucho menos puede resolver el caso a su arbitrio aplicando criterios legales exegéticos que desconozcan las garantías fundamentales que deben tenerse en cuenta cuando las víctimas de delitos sexuales son los menores de edad.

Se han señalado las características del pensamiento infantil, la capacidad imaginativa del niño y se han citado casos donde se evidencia la influenciabilidad de que pueden ser objeto los NNA; pero se ha citado la jurisprudencia nacional que ha reconocido la capacidad moral y cognitiva que tienen los NNA y la importancia de conocer su situación y sus manifestaciones como víctimas en el proceso penal y se ha demostrado que para evitar su revictimización están los profesionales especializados para ayudarles a expresar los sucesos.

Puede indicarse que existe un precedente constitucional, puesto que el testimonio de los NNA puede ser suficiente como elemento probatorio de cargo y que ignorar el testimonio de estas víctimas es incurrir en una vía de hecho y que no se puede actuar de manera discriminatoria en contra de ellos, pues mayor

atención requieren en razón a la situación de indefensión que afrontan en calidad de sujetos pasivos de la conducta punible.

Cuando la autoridad judicial tenga que resolver el caso sometido a juicio, deberá hacer prevalecer el interés superior del niño como el imperativo que obliga a las autoridades judiciales y administrativas a proteger y garantizar los derechos de los NNA y de privilegiar su interés cuando esté en tensión con los derechos de otras personas, inclusive con los derechos del mismo procesado.

Que durante la etapa de investigación y juzgamiento se debe siempre observar y analizar el interés superior del NNA víctima de delitos sexuales, como una serie de garantías y beneficios que los protegen y como un principio orientativo para las autoridades al momento de resolver los conflictos que involucran a un menor, estableciendo criterios para abordar y resolver situaciones específicas condicionado a verificar el aspecto fáctico de las circunstancias particulares del caso, y visto en conjunto sin atender a aspectos aislados, y al aspecto jurídico en el entendido de los parámetros y criterios establecidos por el legislador que promueve el bienestar del NNA.

Se pudo establecer que en las investigaciones por delitos sexuales contra menores permanece con gran relevancia la prueba indiciaria y que el juzgador tendrá que examinar las afirmaciones del NNA de acuerdo con la sana crítica, pues no siempre deben ser rechazadas o creérseles indefectiblemente, y que no puede asumirse su verdades de manera incontestable e indubitable. También se aportaron y se señalaron los criterios para determinar cuando los NNA pueden mentir o narrar situaciones alejadas de la realidad, y que al igual que cualquier otro testigo pueden tener intereses personales o puede existir una influencia como la manipulación parental.

Se estableció además que en cuanto a las técnicas para la elaboración de la entrevista a las víctimas de abuso sexual, que con frecuencia en las sentencias se reclaman, no se exige ninguna en especial en la legislación colombiana y que tampoco existe documento alguno que contemple la obligatoriedad de realizar las entrevistas bajo ciertas y estrictas modalidades, pero que estas deben desarrollarse en un sitio cómodo que le genere privacidad y tranquilidad al NNA deponente, y en la que se apliquen los parámetros del Reglamento para Abordaje a la Víctima de Abuso Sexual contenido en la Versión 03 de junio de 2009 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el que no se exige ningún tipo de técnicas en particular, distintas a las que faciliten al menor el tránsito hacia lo ocurrido. Que conforme a las reglas de la sana crítica, son los profesionales de la salud, como cualquier perito, los que determinan qué técnicas utilizan, pues son ellos quienes tienen los conocimientos que les permiten llegar a conclusiones que auxilian a la actividad judicial.

Igualmente, con respecto a las entrevistas registradas a través de videofilmación, estas pueden ser útiles porque permiten la permanencia de la prueba, y que conforme a la Ley 1652/13, pueden ser introducidas al juicio oral como prueba de referencia, y que en todo caso su finalidad es minimizar el eventual daño que pueda generársele al NNA víctima como consecuencia de la entrevista o revictimizarlo y que tampoco pueden ser confrontadas las víctimas con sus agresores.

Tal vez una de las principales conclusiones que se destacan en este trabajo es que, en todo caso, en la actividad procesal penal, cuando los derechos en discusión tocan la violación a la libertad e integridad y formación sexual de los NNA, el caso debe resolverse a la luz del principio *pro infans*, postulado derivado de la Constitución Política del cual proviene la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico, siguiendo la protección del interés superior del niño y que este principio es una herramienta hermenéutica valiosa en

la ponderación de derechos constitucionales cuando existe tensión entre prerrogativas de índole superior, donde se debe preferir la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad.

Logramos identificar cómo una de las graves falencias que trajo la Ley 1652 de 2014, que dicha ley le quite la competencia que tenía el psicólogo del ICBF y el defensor de familia para realizar las entrevistas que mediante orden a policía judicial eran solicitadas con previo cuestionario del Fiscal, ya que ahora tal responsabilidad se delegó por mandato legal en el personal entrenado en entrevista forense del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General, y que así dispuso de esta función legal para otros delitos que afectan también a las víctimas de otros delitos, como sería el caso de atentados contra el patrimonio económico, el buen nombre, delitos contra la familia, libertad, integridad personal y vida, etc.

Que el art. 150 del C I A, ninguna diferencia dispone en cuanto a que realizará la entrevista el defensor de familia o el psicólogo si se trata de delitos sexuales u otra clase de delitos. Que actualmente hay problemas en diferentes lugares del País, porque el C T I no tiene personal capacitado en entrevista forense para abuso sexual, y que los funcionarios del I C B F, se están negando a asistir y a entrevistar a los NNA víctimas de delitos sexuales, con el argumento y la directriz impartida al interior de la entidad de que ya no son competentes para realizar estas diligencias.

Concluyendo además, que la entrevista forense que impone la Ley 1719 de 2014 adelantar al personal del C T I, no puede ser tenida como única tarifa legal probatoria, ya que son múltiples y diversos los medios de convicción que pueden allegarse al proceso y practicarse en el juicio oral, para demostrar la ocurrencia del hecho victimizante o delito sexual, por ejemplo, entre las más importantes, la valoración médico legal practicada principalmente por el médico legista del

INMLCF en las ciudades principales, o por el médico general del centro de salud u hospital oficial; la entrevista que le corresponde realizar al Defensor de Familia del ICBF (o en ausencia de éste, el Comisario de Familia o el Inspector de Policía, principio de subsidiariedad) teniendo en cuenta que el art. 150 de la Ley 1098 de 2006 no ha sido derogado; la(s) valoración(es) psicológica(s) efectuada(s) por los equipos interdisciplinarios del ICBF o del CAIVAS; la valoración que hace el especialista de la Comisaría de Familia, psicólogo, trabajador social, psicorientador, o experto en ciencias sociales dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos; las valoraciones surtidas dentro de un proceso terapéutico o de una intervención especializada al NNA víctima de abuso sexual y; entre las más completas y relevantes, el dictamen pericial llevado a cabo por el psiquiatra forense del INMLCF.

BIBLIOGRAFÍA

BAEZA CONCHA, Gloria. "El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia". En: Revista Chilena de Derecho. Vol. 28, núm. 2, 2001.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vigésima segunda edición.

GATICA, Nora, y CHAIMOVIC, Claudia. "La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño". En: Revista Semana Jurídica. (mayo 13, 2002)

GESEEL, Arno. psicólogo estadounidense especializado en el desarrollo infantil. Las Cámaras de Gessell son salas de apoyo logístico a las actividades de investigación; hacen parte de la Planta física de Laboratorios de Psicología.

GUTIÉRREZ, Pedro. Delitos sexuales sobre menores. Ediciones la Roca, 2007.

GÓMEZ SIERRA, Francisco. Constitución Política de Colombia. Bogotá: Editorial Leyer, 2012.

GORPHE, Francois. Apreciación judicial de las pruebas. Bogotá: Editorial Temis, 2004.

ICITAP. Entrevista forense a niños y su preparación para el juicio. Internacional Criminal Investigative Training and Assistance Program

INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES. Acuerdos sobre la entrevista y la evolución forense en el contexto de procesos judiciales por delitos sexuales.

INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES. Reglamento técnico para el abordaje forense integral de la víctima en la investigación del delito sexual. Bogotá, 2006.

MANZANERO, A.L. y MUÑOZ, J.M. "Prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio: Reflexiones psico-legales. Madrid: Editorial Sepin, 2011.

NOVOA VELÁSQUEZ, Armando. La prueba testimonial. 1ª Ed. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2011.

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. 9ª Ed., Bogotá: Ediciones Liberia del Profesional, 1998.

POLO, L. & CABARCAS, A. Valor probatorio del testimonio de un menor en un proceso penal de abuso sexual. Pensamiento Americano, 2013.

NORMATIVA

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1652 de 2013. “Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual”.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2737 de 1989. “Por el cual se expide el Código del Menor”. En: Diario Oficial N° 39.080 del 27 de noviembre de 1989.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1098 de 2006. “Por la cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia”. En: Diario Oficial N° 46.446 del 8 de noviembre de 2006.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. En: Diario oficial N° 45658 de septiembre 1 de 2004.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000. “Por medio de la cual se expide el Código Penal”. En: Diario Oficial N° 44097 de 24 de junio de 2000.

CONGRESO DE LA REPUBLICA. Proyecto de Ley 01 de 2011. Autor, Senador Juan Francisco Lozano Ramírez.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-117 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-078 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-118 de 2006. M.P. Jaime Araújo Reintería.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-554 de 2003. Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-408 de 1995. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia 18 de mayo de 2011. Rad n.º 33651. M.P. Javier Zapata Ortiz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 09 de noviembre de 2009. Proceso 32595. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Sentencia del 29 de febrero de 2008. Rad. n.º 28257. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 2 de julio de 2008. Proceso 29117. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación. Proceso n.º 23706 del 26 de enero de 2006. M.P. Marina Pulido de Barón.

PÁGINAS WEB

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 1946. Consultado el 15 de marzo de 2014. Disponible en <http://www.onu.cl/onu/sample-page/agencias-fondos-y-programas/unicef/>

QUEREJETA. Validez y credibilidad del testimonio, 1999. Citado por INSTITUTO VASCO DE CRIMINOLOGÍA. Cuaderno n.º 13., 1999. Consultado el 13 de marzo de 2014. Disponible en <http://www.ehu.es/es/web/ivac>

MAFFIOLETTI CELEDÓN, Francisco. La entrevista forense a la víctima de delitos sexuales. "Violencia familiar y abuso sexual". Citado por Compilación de VIAR y LAMBERTI. Editorial Universidad del Museo Social de Argentina, 1998. Consultado el 8 de febrero de 2014. Disponible en www.icev.cl/wp.../entrevista-forense-a-la-victima.pdf

VITALES, Gabriel M. De los testimonios de niños y niñas: Análisis y propuestas. Jornada de Capacitación en Cámara Gesell. En: Poder Judicial. Escuela de Capacitación Judicial. Consultada el 2 de febrero de 2014. Disponible en: <http://www.jussanjuan.gov.ar/escuelajudicial/index.php/biblioteca/nuestro-material-de-estudio/163-jornada-de-capacitacion-en-camara-gessel?start=2>

<http://definicion.de/testimonio/>